



REVISTA

# Controle

Doutrina e Artigos

- ① **CAPACITANDO E DESENVOLVENDO SERVIDORES PÚBLICOS PARA UMA GESTÃO PÚBLICA DE EXCELÊNCIA - A EXPERIÊNCIA DA ESCOLA DE CONTAS E GESTÃO PÚBLICA DO TCE-CE**  
Alexandre Figueiredo / Paulo Alcântara Saraiva Leão / Maria Hilária de Sá Barreto / Francisco Otávio de Miranda Bezerra
- ② **PROCESSO E EFICÁCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS**  
J. R. Caldas Furtado
- ③ **ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E CONTRATAÇÃO DE PESSOAL: CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS PRECÍPUOS**  
Bruno Santos Cunha / Renato Saeger Magalhães Costa
- ④ **OS EFEITOS DA VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL E A (IN)EXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO: REFLEXÕES SOBRE AS MUDANÇAS DE INVESTIDURA DENTRO DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS SOB O ADVENTO DA LEI N.º 12.772/2012**  
Cynara Monteiro Mariano

REVISTA

# *Controle*

*Doutrina e Artigos*

Volume XII - Nº 1

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

---

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

---

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

**Revista Controle.**

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

Periodicidade irregular (1998-2004)

Anual (2005-2008)

Semestral (2009- )

ISSN 1980-086X

1. Tribunal de Contas - Ceará - Periódicos. 2. Ceará.  
Tribunal de Contas - Periódicos. I. Tribunal de Contas  
do Estado do Ceará.

CDU 336.126.55(813.1)(05)

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

**ISSN 1980-086X**

**DISTRIBUIÇÃO GRATUITA**

# **Tribunal de Contas do Estado do Ceará**

## **Conselheiro Presidente**

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

## **Conselheiro Vice-Presidente**

Edilberto Carlos Pontes Lima

## **Conselheiro Corregedor**

Rholden Botelho de Queiroz

## **Conselheiros**

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

## **Conselheiros substitutos**

Itacir Todero

Paulo César de Souza

## **Ministério Público junto ao TCE-CE**

### **Procurador-Geral**

Eduardo de Sousa Lemos

### **Procurador**

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

# **Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública** **Ministro Plácido Castelo**

## **Diretor-Presidente**

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

## **Presidente do Conselho Consultivo Pedagógico e Editor da Revista Controle**

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

## **Diretor de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós Graduação**

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

## **Diretora Executiva**

Maria Hilária de Sá Barreto

## **Coordenadora Técnica**

Marcella Laura Leite Feitosa

## **Secretário Executivo**

Paulo Alcântara Saraiva Leão

## **Consultora Técnica**

Fabíola Pinheiro Donsouzis Cruz

## **Assessor da Diretoria**

Pedro Henrique Alves Camelo

## **Chefe do Núcleo de Pesquisa e Extensão**

João Adeodato Neto

## **Chefe de Núcleo de Atividades Pedagógicas**

Raylena Pontes Cruz

## **Chefe do Núcleo de Biblioteca e Documentação**

Maria Amélia Holanda Cavalcante

# Expediente

## Conselho Editorial

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

**Alexandre Figueiredo**

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

**Alexandre Cialdini**

Mestre em Economia

**Alcimir Aguiar Rocha Neto**

Mestre em Filosofia do Direito e professor da Unifor

**Amandino Nunes**

Pós-doutor em Direito, professor do Uniceub, Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados

**Antonino Fontenele de Carvalho**

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

**Augusto Sherman**

Mestre em Direito, Ministro do TCU

**Bernardo Mueller**

Pós-doutor em Economia, professor da Universidade de Brasília

**Carlos Mauro Benevides Filho**

Doutor em Economia, professor do CAEN/UFC

**Cesar Barreto**

Mestre em Gestão e Modernização Pública

**Fernando Luiz Ximenes Rocha**

Mestre em Direito, Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará

**Fernando Rezende**

Mestre em Economia, Diretor da FGV

**Marcos Mendes**

Doutor em Economia, Consultor Legislativo do Senado

**Filomeno Moraes**

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

**Francisco Otávio de Miranda Bezerra**

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

**Hugo de Brito Machado Segundo**

Doutor em Direito, professor da UFC

**Jair do Amaral Filho**

Pós-doutor em Economia, professor do CAENUFC

**Jorge Katsumi Niyama**

Pós-doutor em Contabilidade, professor de Contabilidade da UnB

**José Oswaldo Cândido Júnior**

Doutor em Economia, pesquisador do IPEA

**José Roberto Afonso**

Doutor em Economia, Economista do IBRE/FGV

**Marcus Mello**

Doutor em Ciência Política, professor da Universidade Federal de Pernambuco

**Martônio Mont'Alverne Barreto Lima**

Doutor em Direito, professor da Unifor

**Raul Wagner dos Reis Velloso**

Doutor em Economia, Consultor

**Roberto Ellery**

Doutor em Economia, professor da Universidade de Brasília

**Valmir Pontes Filho**

Mestre em Direito, professor da UFC

---

**Jornalista responsável**

Kelly de Castro - 46162MTb/DF

**Colaboradores**

Jessica Pereira da Silva  
Raquel D. de Palhano Xavier  
Raimir Holanda Filho

**Revisão Ortográfica**

Infra Experts

**Tiragem**

2.000 exemplares - Distribuição gratuita

Impressa em Janeiro de 2015



## Nota do Editor

É com satisfação que apresentamos mais um número da Revista Controle. Como nas anteriores, esta edição traz artigos de autores de diversas instituições e Estados brasileiros. O artigo que a inaugura trata da trajetória da Escola de Contas do Tribunal de Contas do Ceará, o Instituto Plácido Castelo. Prevista em lei em 1995, começou efetivamente a atuar em 2008. A experiência do IPC é rica, incluindo cursos de especialização, de mestrado, seminários, palestras e conferências, concursos de monografia, além de diversos cursos de pequena duração. Especialmente relevante é o Programa Agente de Controle, que atua promovendo o controle social, por meio de palestras em escolas públicas e privadas. Certamente a experiência aqui relatada pelo Conselheiro Alexandre Figueiredo e a equipe que com ele dirigem o IPC servirá para reflexões de outras Cortes de Contas e suas respectivas escolas.

Em seguida, o professor, Conselheiro do Tribunal de Contas do Tribunal de Contas do Maranhão e autor de festejado livro de Direito Financeiro, Caldas Furtado, traz trabalho de grande interesse para todos os que militam nas Cortes de Contas e são afetados por suas deliberações, que é o processo e a eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. Inicialmente, o autor analisa a natureza dos feitos que tramitam nas Cortes de Contas, discutindo os tipos e princípios informadores, como a exigência de contraditório e ampla defesa, a oficialidade, o formalismo moderado, entre outros, bem como o próprio processo de contas, que envolve desde a instrução, as decisões, os recursos, alcançando até o chamado recurso de revisão. Na continuação, ele enfrenta questões de como o Direito tutela a atividade das Cortes de Contas, a executividade das decisões que imputam débito ou aplicam multa, incluindo a prescrição do título referente à multa.

Logo a seguir, Bruno Cunha e Renato Costa tratam da contratação de pessoal nas organizações sociais. Se é certo que tais entes não se sujeitam às amarras do serviço público, que exige o concurso público como meio de contratação, elas devem respeitar os princípios exigíveis para a Administração Pública, expressamente previstos na Constituição Federal, como a impessoalidade, a moralidade e a publicidade. Para tanto, um processo seletivo simplificado, que contemple tais requisitos, tem sido entendido como suficiente.

Como em outras edições, há muitos artigos dignos de comentários, já

que todos envolvem temas relevantes, notadamente para a Administração Pública. O trabalho da Professora Cynara Mariano, por exemplo, que trata dos efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável e a controvérsia sobre a preservação de direitos incorporados ao patrimônio do servidor, analisa o caso particular dos docentes de universidades públicas federais, mas as ponderações são úteis para o serviço público de uma forma geral.

Destacamos ainda as reflexões sobre o Plano Nacional de Educação e suas repercussões sobre os municípios, a gestão associada e a prestação de serviços de saneamento, a controvérsia sobre o instituto do “carona” em licitações, tema que já foi tratado em outros números da Revista Controle e que continua a exigir aprofundamentos, a exigência de amostras e protótipos de bens de informática na fase de habilitação, a ascensão funcional vedada pela Constituição, entre vários outros merecedores de consulta e referência.

Outra vez agradecemos às muitas manifestações favoráveis à Revista Controle, a confiança dos autores que nos enviaram artigos e reafirmamos o compromisso do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e de sua Escola de Contas com o debate amplo e livre de ideias.

**Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima**

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

## SUMÁRIO

<b>Capacitando e desenvolvendo servidores públicos para uma gestão pública de excelência - A experiência da Escola de Contas e Gestão Pública do TCE-CE</b> Alexandre Figueiredo / Paulo Alcântara Saraiva Leão Maria Hilária de Sá Barreto / Francisco Otávio de Miranda Bezerra.....	13
<b>Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas</b> J. R. Caldas Furtado.....	29
<b>Organizações Sociais e Contratação de Pessoal: características e objetivos precípuos</b> Bruno Santos Cunha / Renato Saeger Magalhães Costa.....	56
<b>Os efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável e a (in)existência de direito adquirido: reflexões sobre as mudanças de investidura dentro das universidades federais sob o advento da Lei n.º 12.772/2012</b> Cynara Monteiro Mariano.....	69
<b>O Município e o Plano Nacional de Educação</b> Flavio Corrêa de Toledo Jr. / Sérgio Ciquera Rossi.....	86
<b>O princípio da gestão associada e a prestação dos serviços de saneamento ambiental – condições e possibilidades</b> AzorElAchkar.....	99
<b>Ascensões funcionais ilegais: A questão da sua invalidação à luz do princípio da segurança jurídica</b> Leonardo Fuentes Fauaz de Andrade.....	116
<b>A exigência de amostras e protótipos de bens de informática na fase de habilitação</b> João Luiz Francalacci Rocha.....	124

<b>Aspectos polêmicos acerca do “carona” em licitação com ata de registro de preços</b> Fábio José Silva de Araújo / Laércio Pereira Costa Júnior.....	137
<b>Aderência dos municípios cearenses à lei da transparência</b> Júlio César Muniz Filho / Renata Bessa Pontes.....	163
<b>Análise das alterações causadas pela nova legislação de convênios e congêneres – Lei complementar Nº 119/2012 no âmbito do estado do Ceará</b> Izabelle Amorim e Vasconcelos Oliveira.....	180
<b>O controle interno e auditoria governamental: comparativo</b> Denise Fontenele de Oliveira.....	196
<b>Registro contábil no âmbito do setor público: competências do contabilista e seu software</b> Allan Jonson Piccini.....	212
<b>A coletivização das demandas como forma de tornar mais efetiva e célere a atuação dos Tribunais de Contas no exercício de suas competências</b> Ediara de Souza Barreto.....	227
<b>Breve ensaio acerca da posse em cargo, função ou emprego público civil efetivo por militar</b> Luiz Eduardo de Paula Ponte.....	242
<b>Algumas considerações sobre o direito alternativo no Brasil</b> Ana Paula de Oliveira Gomes.....	257
<b>Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle..</b>	271

## Capacitando e desenvolvendo servidores públicos para uma gestão pública de excelência - A experiência da Escola de Contas e Gestão Pública do TCE-CE

A Training and empowering public servants for the excellence in public management – The experience of the School of Accounting and Public Management of TCE-CE

**Alexandre Figueiredo<sup>1</sup>**  
**Paulo Alcântara Saraiva Leão<sup>2</sup>**  
**Maria Hilária de Sá Barreto<sup>3</sup>**  
**Francisco Otávio de Miranda Bezerra<sup>4</sup>**

### RESUMO

O aperfeiçoamento profissional e humano das pessoas que fazem uma organização é fundamental para que ela desempenhe bem sua missão e alcance seus objetivos. É por meio da valorização do trabalho, que se torna possível atingir as metas estabelecidas para a instituição e o aumento de produtividade de seus colaboradores.

Com essa premissa, o Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE) vem sempre empenhando esforços no desenvolvimento de seus servidores, jurisdicionados e da sociedade, por meio de capacitações que aperfeiçoem as competências profissionais, comportamentais e organizacionais, com atividades educacionais, nos campos do ensino, pesquisa e extensão, nas modalidades presencial e a distância, objetivando ampliar, inovar, reciclar e compartilhar conhecimento. Nesse sentido, o TCE-CE, seguindo a tendência verificada nos demais Tribunais de Contas do país, implantou em 1995 sua Escola de Contas, o Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo (IPC), responsável pelas ações educacionais do Tribunal.

1 Conselheiro Decano; Diretor-Presidente – IPC/TCE-CE. E-mail: alexandre@tce.ce.gov.br

2 Secretário Executivo – IPC/TCE-CE. E-mail: pauloalcantara@tce.ce.gov.br

3 Diretora Executiva – IPC/TCE-CE. E-mail: hilaria@tce.ce.gov.br

4 Diretor de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós Graduação – IPC/TCE-CE. E-mail: foto-  
vio@tce.ce.gov.br

Neste artigo, apresentamos a trajetória do IPC, até o presente momento, destacando sua razão de existência, atividades desempenhadas, e realizações e feitos mais significativos, em benefício de uma gestão pública de excelência e uma correta aplicação dos recursos públicos do estado do Ceará.

**Palavras-Chave:** Tribunal de Contas. Escola de Contas. Capacitação. Educação. Administração Pública. Controle Externo.

## ABSTRACT

The professional and personal improvement of the personnel who make an organization is essential for it to perform well its mission and achieve its goals. It is through the appreciation of the work, it becomes possible to achieve the goals set for the institution and to increase the productivity of its employees. With this assumption, the Court of Audit of the State of Ceará (TCE-CE) is always making efforts in developing their own personnel, the state public servants and the society as a whole, through training that enhance the professional, behavioral and organizational skills, with educational activities, in the fields of teaching, research and extension, in classroom and distance modes, aiming to expand, innovate, recycle and share knowledge. In this sense, the TCE-CE, following the trend of other Courts of Audit in the country, implemented in 1995 its School of Accounting and Public Management, the "Institute Higher School and Public Management Minister Plácido Castelo (IPC), responsible for the educational activities of the Court.

In this article, we present the IPC's trajectory so far, highlighting its reason for existence, activities performed, and significant achievements, for the benefit of an excellent public management and a proper use of public funds of the state of Ceara.

**Keywords:** Court of Audit. School of Accounting and Public Management. Training. Education. Public Administration. Government Auditing.

## 1 O INSTITUTO

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE) é a instituição pública responsável pelo controle de bens e recursos públicos estaduais, promovendo a ética na gestão pública visando garantir o exercício pleno da cidadania da população cearense. Tem a competência constitucional de fis-

calizar e julgar a boa e regular aplicação dos recursos públicos pelos administradores e demais responsáveis, auxiliando a Assembleia Legislativa do Estado no exercício do controle externo. O combate e prevenção à ilegalidade, à corrupção, ao descaso, ao desperdício, a falhas intencionais e ao uso pessoal da máquina estatal são objetos do controle exercido pelo TCE-CE.

O Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo (IPC) é o órgão do TCE-CE, responsável pela condução das ações educacionais do Tribunal. Sua razão de existir é compartilhar conhecimentos, o que promove a democratização do saber, fim de todo processo educacional, buscando com isso desenvolver os servidores do TCE-CE, bem como técnicos e gestores da administração pública estadual, para o aperfeiçoamento da gestão pública.

O IPC tem como missão promover o desenvolvimento dos servidores do TCE-CE e de seus jurisdicionados visando ao aperfeiçoamento do controle governamental e da gestão pública.

Para desempenhar a contento sua missão, o Instituto traçou os seguintes objetivos:

- Promover e organizar cursos e treinamentos de aperfeiçoamento, como também cursos de pós-graduação lato e stricto sensu, para os servidores do TCE-CE e de seus jurisdicionados;
- Fomentar o aprimoramento do controle social;
- Desenvolver atividades de pesquisas e estudos sobre questões relacionadas com as técnicas de controle interno e externo da Administração Pública;
- Promover e organizar simpósios, jornadas, seminários e outros eventos;
- Produzir publicações relativas à sua missão e a do TCE-CE, tais como a Revista Controle, informativos, manuais e outros documentos;

Desejando ampliar o alcance de suas atividades, para chegar mais perto do real beneficiário das políticas públicas, a partir de 2012, o IPC incluiu a sociedade no público-alvo de suas ações educacionais.

Os cursos e eventos ofertados pelo IPC são primordialmente nas áreas de gestão pública, controle externo, auditoria governamental, finanças e contabilidade pública.

Além das áreas de ensino e pesquisa, esta última em estágio inicial de im-

plantação, o IPC atua também na área de extensão, com a oferta de cursos e eventos, bem como a realização de atividades que buscam abrir o TCE-CE à sociedade.

Como parte de sua estrutura organizacional, o IPC conta com a Biblioteca Ministro Raimundo Girão, especializada em direito administrativo, financeiro e constitucional. A biblioteca é aberta ao público para consultas.

Nosso Instituto orienta sua atuação com base em seu Projeto Político Pedagógico e Andragógico (PPPA), documento norteador de toda a ação educacional do IPC. O objetivo do PPPA é definir parâmetros, procedimentos e diretrizes educacionais de modo a servir de orientações nas ações e projetos de iniciativa do IPC, no âmbito da educação corporativa. Conforme previsto neste documento, o IPC pauta sua atuação na área educacional baseada em quatro modelos de gestão: Modelo de Administração e Sustentabilidade, Modelo Educacional, Modelo Tecnológico e Modelo da Visão Sistêmica, sendo o PPPA parte integrante do Modelo Educacional.

O IPC, na condução de suas atividades, adota padrões de qualidade na área de capacitação, baseados nas normas NBR ISO 100015/2001, ou seja obedece as etapas fundamentais para o ciclo de treinamento: diagnóstico de necessidades de desenvolvimento, planejamento de ações educacionais, execução de ações educacionais e avaliação dos resultados das ações.

## 2 CRIAÇÃO E INSTALAÇÃO

O Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo (IPC), criado em 1995 pela Lei Orgânica do TCE-CE Nº 12.509/95, figura como uma das escolas de contas mais antigas do país. Seu nome é uma homenagem ao ex-governador do estado do Ceará e ex-membro desta Corte de Contas, Ministro Plácido Aderaldo Castelo, personalidade relevante na história do TCE e com reconhecida contribuição para o desenvolvimento do Ceará.

Já em 2002, a semente do IPC foi plantada, com a realização do curso de pós-graduação “Gestão e Modernização Pública” para servidores do Tribunal, em parceria com três universidades, sendo uma federal (a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE), uma estadual (a Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA), e uma internacional, a Universidade Internacional de Lisboa. Este feito é considerado pioneiro entre órgãos públicos do Brasil.

Embora criado em 1995, o IPC iniciou efetivamente suas atividades em 2008, quando foi implementado, por meio da Resolução TCE-CE 2.722/2007, quando foram estabelecidas suas atribuições e estrutura organizacional. Neste mesmo ano, o Instituto foi instalado em sua sede atual, em edifício anexo ao TCE-CE. Com a instalação, foram empossados o corpo diretivo e a equipe de colaboradores do Instituto, que imediatamente iniciaram os trabalhos, a partir da construção de forma compartilhada de seu planejamento estratégico.

Já em 2011, com a Resolução Administrativa 5/2011, uma importante mudança foi efetivada no perfil do IPC, que passou a denominar-se Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo. Isso elevou o potencial educacional do Instituto, bem como ampliou o campo de atuação, permitindo-o alçar vôos mais altos.

A criação do IPC foi um marco importante para o TCE-CE e para a administração pública estadual, pois teve como intuito estimular no Tribunal uma atuação mais pró-ativa em relação aos gestores públicos. Ao invés de atuar apenas na fiscalização da aplicação dos recursos públicos, atentando aos requisitos legais e de desempenho, com a entrada em operação da Escola de Contas, o Tribunal passou a capacitar permanentemente os servidores públicos, buscando prevenir o mau uso dos recursos públicos. O papel do Tribunal passou a ser, a partir daquele momento, não só fiscalizar, eventualmente aplicando sanções aos administradores públicos, mas também capacitá-los e orientá-los. Um gestor bem capacitado tenderá a não cometer erros nos trabalhos sob sua responsabilidade.

### 3 CAPACITAÇÃO

Ao longo de sua existência, diversos eventos foram promovidos, onde inúmeras oportunidades de capacitação foram ofertadas, tanto para o corpo funcional do TCE-CE, quanto para servidores dos órgãos e entidades jurisdicionados, e a sociedade em geral.

As ações educacionais no âmbito interno são baseadas nas competências estabelecidas para os servidores, sejam elas técnicas, pessoais ou gerenciais, nas avaliações de desempenho, no planejamento estratégico institucional e nas demandas de capacitação levantadas pelas diversas áreas do

Tribunal. O IPC, em parceria com o Núcleo de Recursos Humanos, desenvolve anualmente o plano de capacitação para os servidores do TCE, com objetivo de torná-los ainda mais eficientes em suas funções, sendo ofertadas capacitações nas modalidades de educação presencial ou a distância.

No âmbito externo, são realizadas ações para aprimorar os conhecimentos dos servidores dos jurisdicionados do Tribunal, através de cursos voltados para os diversos temas afins à área de administração pública, também nas modalidades presencial e a distância. Essas ações são planejadas a partir de levantamento prévio das demandas dos servidores públicos estaduais, bem como de sugestões apontadas pelas áreas técnicas de fiscalização do Tribunal.

### 3.1 Oportunidades para a sociedade

Os cursos ofertados para o público externo são também extensivos à sociedade. Em geral, um percentual médio de 15% das vagas em cursos a distância selecionados são destinados a pessoas da sociedade, não ligadas ao TCE-CE nem à administração pública estadual.

### 3.2 Cursos de Especialização

Dois cursos em nível de especialização foram realizados pelo IPC, em parceria com instituições de ensino superior:

- Curso Especialização em Direito Previdenciário, em parceria com a Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA), no ano de 2008
- Curso de Especialização em Auditoria Governamental, em parceria com a Universidade de Fortaleza (UNIFOR), em 2012

### 3.3 Mestrado

Foi concluído em setembro de 2014 o Curso de Mestrado em Economia do Setor Público, realizado pelo IPC em parceria com o Centro de Aper-

feijramento de Economistas do Nordeste (CAEN), da Universidade Federal do Ceará (UFC).

### 3.4 Capacitação de Gestores Escolares

Uma importante contribuição do IPC à melhoria da gestão pública no estado do Ceará é o programa de capacitação para os gestores escolares das escolas públicas estaduais. Denominado “Curso de Qualificação de Gestores Escolares em Prestação de Contas”, as capacitações são ministradas por técnicos do TCE-CE especialistas na fiscalização da secretaria estadual de educação, e são realizadas tanto em Fortaleza, quanto em municípios do interior do estado. Até a presente data, 78 (setenta e oito) municípios do estado foram contemplados com a capacitação de 1.189 gestores.

### 3.5 Educação a distância

Para ampliação do alcance de suas ações educacionais, o IPC lançou em 2012 seu programa de Educação a Distância (Programa e-DUCANDO), com o objetivo de promover educação aberta, continuada e a distância, por meio da disponibilização de cursos, via Internet. Neste mesmo ano, foi criado o Núcleo de Educação a Distância (NEAD) para coordenar a oferta dos cursos na modalidade a distância, os quais são produzidos, disponibilizados e acompanhados integralmente pelo IPC.

Os cursos são realizados em plataforma de educação a distância própria, o Ambiente Virtual de Aprendizagem do IPC (AVA-IPC), em produção desde 2012, que é baseada em ambiente Web e na ferramenta livre Moodle (*Modular Object-Oriented Dynamic Learning Environment*). A equipe de tutores é formada por servidores do TCE-CE, sob a coordenação do NEAD.

A aceitação dos cursos ofertados tem crescido de forma bastante significativa, inclusive atraindo interessados de outros estados do país. Nesse sentido, o IPC, por intermédio de seu NEAD, já vem ofertando turmas em nível nacional.

Ainda no campo da educação a distância, o IPC participou ativamente

da organização do IV Encontro Nacional de Educação a Distância para a Rede de Escolas de Governo, realizado no período de 16 a 18 de novembro de 2011, em Fortaleza-CE.

### 3.6 Ciclo de Palestras

Desde 2009, o IPC vem promovendo diversas palestras sobre temas de interesse do Tribunal. Para ministrar as palestras, o TCE-CE sempre tem convidado especialistas e personalidades da maior expressão no nosso Estado, e em nível nacional. Normalmente, além do público interno, as palestras também são abertas a gestores públicos dos órgãos e entidades jurisdicionados.

Em torno de 35 (trinta e cinco) palestras foram promovidas pelo IPC até o momento. Uma relação resumida pode ser conferida abaixo, com as palestras de maior destaque, realizadas nos últimos anos:

- Gestão do Conhecimento (Ricardo Marques);
- Previdência Social no Brasil: Desafios e Limites (Ministro de Estado da Previdência José Pimentel);
- Gestão Ambiental (Sheila Pitombeira - Procuradora do Ministério Público Estadual);
- Advocacia nos Tribunais de Contas (Juraci Mourão – Procurador do Município);
- Ajuste fiscal, estabilidade e retomada do crescimento econômico (Raul Veloso);
- O Portal da transparência do governo federal – instrumento de controle Governamental e social (Marcelo Miranda Barros);
- Ouvidoria (Jornalista Adísia Sá);
- O Papel das escolas de governo frente ao controle social (Valdecir Pascoal – Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco);
- Palestra de encerramento do Seminário Ciência, Tecnologia e Inovação: Segurança Jurídica (Lucas Furtado – Procurador Geral do Tribunal de Contas da União - TCU);
- Contas Públicas (José de Ribamar Caldas Furtado - Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão);
- Improbidade Administrativa: Aspectos Relevantes (Amandino Nunes);

- O Código da Inteligência- Qualidade de Vida no Século XXI (Augusto Cury).

Apresentamos no quadro abaixo, de forma sintética, nossos números na área de capacitação, até outubro de 2014, contemplando quantidade de cursos e eventos ofertados, total de oportunidades (vagas) e horas-aulas, organizados por ano, tipo de público-alvo e modalidade de ensino:

Ano	Servidores do TCE-CE (presencial)			Jurisdicionados e sociedade (presencial)			Servidores do TCE-CE, jurisdicionados e sociedade (a distância)			Total		
	Cursos/ Eventos	Oport.	Horas	Cursos/ Eventos	Oport.	Horas	Cursos/ Eventos	Oport.	Horas	Cursos/ Eventos	Oport.	Horas
2008	1	53	48	1	50	48				2	103	96
2009	78	940	936	6	303	120				84	1.243	1.056
2010	65	1.006	1.232	15	485	242				80	1.491	1.474
2011	74	1.439	684	14	681	168	2	104	40	90	2.224	892
2012	80	1.045	1.488	15	651	171	5	1.038	115	100	2.734	1.774
2013	89	966	940	52	3.830	313	9	2.455	209	150	7.251	1.462
2014	53	658	717	8	300	126	10	3.785	247	71	4.743	1.090
<b>Total</b>	<b>440</b>	<b>6.107</b>	<b>6.045</b>	<b>111</b>	<b>6.300</b>	<b>1.188</b>	<b>26</b>	<b>7.382</b>	<b>611</b>	<b>577</b>	<b>19.789</b>	<b>7.844</b>

No caso do servidor interno, além dos cursos realizados pelo próprio Instituto, também são ofertadas oportunidades de capacitação em eventos promovidos por outras instituições, incluindo cursos de pós-graduações em instituições de ensino superior.

Para dar suporte às ações de capacitação, implantamos em 2012 o Sistema de Gestão Educacional (SIGED), um sistema de informações que permite a completa gestão dos eventos e oportunidades de capacitação ofertadas pelo IPC.

#### 4 EVENTOS SIGNIFICATIVOS

Desde sua criação, o Instituto tem realizado diversos eventos, tanto para seu público interno quanto o externo, sempre com o propósito de democratizar o saber. Dentre todos, realçamos a realização dos seguintes:

- Seminários de comemoração dos 8 e 10 anos da LRF - Lei de Res-

ponsabilidade Fiscal – A Atuação dos Tribunais de Contas, em 2008 e 2010;

- I e II Ciclo de Debates do Ministério Público de Contas (em parceria com o Ministério Público de Contas do TCE-CE), em 2010 e 2012;
- I Encontro Nacional de Auditoria de Tecnologia da Informação (ENAUTI), realizado nos dias 24 e 25 de maio de 2012, que teve como objetivo congrega auditores, e demais interessados no tema, para discutir questões e experiências na área de auditoria de Tecnologia da Informação (TI);
- Seminário Ciência, Tecnologia e Inovação: Segurança Jurídica, realizado em parceria com a Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP), em 31 de agosto de 2012;
- Workshop Gestão de Contas em Ciência, Tecnologia e Inovação, de 24 a 25 de outubro de 2013 (segundo momento do seminário de 2012 acima);
- Jornada do Meio Ambiente do TCE-CE, realizada anualmente desde 2011, compreendendo palestras e outras atividades relacionadas ao tema meio ambiente e sua sustentabilidade na vida das pessoas e das organizações. Na jornada do ano de 2013, o Tribunal tomou a decisão de aderir internamente à Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P);
- Curso Capacitação em Liderança e Desenvolvimento Gerencial, realizado para o corpo gerencial do TCE-CE, de 08/08 a 26/09/2014;
- III JurisTCs - Encontro Jurisprudência nos Tribunais de Contas, realizado em parceria com o Instituto Rui Barbosa, de 22 a 24 de outubro de 2014;
- Lançamento do programa Café com Leitura – Contos e Encontros, promovido pela Biblioteca Ministro Raimundo Girão, unidade deste Instituto, no dia 30 de outubro de 2014.

## 5 COOPERAÇÃO

A cooperação com outras instituições é considerada de muita relevância pelo IPC, como forma de ampliar seus horizontes e aumentar suas possi-

bilidades de realizar atividades, para o desempenho de sua missão. Em 2009, estabeleceu cooperação técnica com o Tribunal de Contas da União (TCU), com o objetivo de promover intercâmbio de informações e cooperação técnico-científica para capacitação de recursos humanos. Em 2010 foi a vez da Escola Superior de Administração Fazendária (ESAF).

O IPC figura também como membro fundador da Rede Estadual de Escolas de Governo do Ceará, tendo organizado e sediado o I Encontro das Escolas de Governo do Estado do Ceará, realizado em novembro de 2009.

Dentro desta rede, atualmente composta de 12 escolas, o Instituto tem promovido vários eventos, dos quais destacamos a realização do I Encontro Nordestino de Escolas de Governo, nos dias 26 e 27 de setembro de 2013, na Universidade do Parlamento Cearense (UNIPACE).

Outra participação do IPC em rede, se dá no Comitê de Qualificação do Instituto Rui Barbosa, exercendo a coordenação de normas e procedimentos.

Ainda no sentido da cooperação, só que no âmbito interno, o IPC colaborou com o TCE-CE na gestão de importantes projetos de tecnologia da informação que vieram aperfeiçoar o controle externo, atividade fim do Tribunal, que foram os seguintes:

- Desenvolvimento do Sistema de Registro Eletrônico de Atos de Pessoal (REAP), em 2010, através do qual os jurisdicionados do TCE-CE irão enviar e acompanhar o processo de análise dos atos sujeitos a registro de forma totalmente eletrônica, com certificação digital;
- Criação e implantação da área de Auditoria de Tecnologia da Informação no TCE-CE, pioneira em tribunais de contas no país, em 2009.

## 6 APROXIMANDO O TRIBUNAL DA SOCIEDADE

### 6.1 Visitas Guiadas

Visando abrir as portas do TCE-CE à sociedade, o IPC deu início em 2012 ao programa de visitas guiadas ao Tribunal, para estudantes de instituições de ensino superior. Por meio de palestras, os alunos conhecem as

atividades exercidas pelo TCE-CE e vivenciam a realização de julgamentos de processos na sessão plenária.

## 6.2 Prêmio Plácido Castelo - Concurso de Monografia e Redação

Por iniciativa do IPC, foi instituído pelo TCE em 2009, com o objetivo de estimular o conhecimento em torno de temas relacionados à atuação dos tribunais de contas e ao controle dos gastos públicos. Em 2010, ocorreu sua primeira edição, com o lançamento do I Concurso de Monografias e Redações, tendo sido seus autores vencedores premiados em 10 de outubro de 2010. Mais duas edições do prêmio ocorreram em 2011 e 2013.

## 6.3 Revista Controle

A Revista Controle é uma publicação do TCE-CE, criada de forma pioneira em 1998, sendo a primeira do país entre os Tribunais de Contas. Tinha originalmente objetivo de divulgar notícias institucionais do TCE-CE, bem como artigos técnicos de conselheiros e servidores do Tribunal com temas alusivos à área da atuação dos tribunais de contas. A partir de 2009, passou a ser editada pelo IPC, com periodicidade trimestral, e com uma nova proposta editorial, focada na divulgação de doutrinas e artigos de cunho técnico-científico, nas áreas de políticas públicas, controle governamental, gestão pública, direito, e outros assuntos correlatos. Desde então, já foram publicados 10 (dez) números. A Revista Controle conta com um conselho editorial composto de renomados expoentes nas áreas da administração pública, economia, contabilidade, ciência política e direito. Em todas as suas edições, tem recebido importantes contribuições de todo o país, por meio de artigos inéditos e com conteúdo de alto nível.

## 7 ESTÍMULO AO CONTROLE SOCIAL

O Programa Agente de Controle, criado em 2008, visa fortalecer a interação entre o Tribunal e a sociedade, bem como realçar a relevância da participação do jovem cidadão no controle social. O programa atua por meio de palestras nas escolas públicas e privadas do Estado do Ceará. Assim, o programa busca contribuir com o aprimoramento das atividades de fiscalização da aplicação dos recursos públicos estaduais. Como apoio às atividades do programa, foi desenvolvida a cartilha “TCE-CE em Formando Cidadãos”, que apresenta o Tribunal em linguagem adequada ao público jovem.

Desde sua criação, o Programa Agente de Controle, já alcançou os seguintes números, contemplando além de Fortaleza, os municípios de Caucaia, Maracanaú, Senador Pompeu, Juazeiro do Norte, Sobral, Iguatu, Tianguá e Acaraú:

Ano	Palestras	Alunos participantes
<b>2009</b>	8	572
<b>2010</b>	21	1.075
<b>2011</b>	55	2.839
<b>2012</b>	27	1.389
<b>2013</b>	21	2.371
<b>2014</b>	36	2.560
<b>Total</b>	<b>168</b>	<b>10.806</b>

O programa já obteve vários reconhecimentos, por meio de seleção e apresentação em eventos nacionais, e este ano conquistou o Certificado de Honra ao Mérito do Prêmio Construindo a Nação.

## 8 RECONHECIMENTO

A atuação do IPC tem sido reconhecida em nível estadual e nacional, com o recebimento das seguintes seleções e premiações:

- Apresentação do Programa Agente de Controle no XXV Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado em novembro de

- 2009, em Curitiba-PR;
- Artigo sobre o Programa Agente de Controle, publicado na Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro - TCM-RJ, Nº 44 Ano XXVII, Maio 2010;
  - Apresentação do Programa Agente de Controle no II Encontro Técnico de Educação Corporativa dos Tribunais de Contas, realizado de 10 a 12 de agosto de 2011, no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (trabalho publicado nos anais do evento);
  - Apresentação dos regulamentos de instrutoria do IPC no III Encontro Técnico de Educação Corporativa dos Tribunais de Contas, realizado de 11 a 12 de agosto de 2012, em Curitiba-PR;
  - Apresentação do PPPA no IV Encontro Técnico de Educação Corporativa dos Tribunais de Contas, realizado de 21 a 23 de agosto de 2013, em Belo Horizonte-MG;
  - A construção do PPPA e implantação do NEAD foi tema de artigo acadêmico selecionado e apresentado no evento “19º CIAED - Congresso Internacional ABED de Educação a Distância”, realizado em Salvador-BA, no período de 9 a 12 de setembro de 2013;
  - Certificado de Honra ao Mérito do Prêmio Construindo a Nação, pelo desenvolvimento do Programa Agente de Controle, recebido pelo IPC em 17 de março de 2014, em São Paulo-SP.

## 9 PESQUISA

A pesquisa também está incluída no escopo de atuação do IPC. Com ela, pretende-se aprofundar o nível de conhecimento dos servidores do TCE-CE e de seus jurisdicionados, contribuindo para reforçar as competências institucionais e aperfeiçoar o nível de qualidade dos serviços prestados pelo Tribunal. Com isso, o IPC objetiva fomentar o interesse pela pesquisa no Tribunal e seus jurisdicionados, bem como ampliar os limites do conhecimento no campo da gestão pública, controle governamental e áreas afins. Os projetos de pesquisa poderão ser desenvolvidos por grupo e área do saber, no âmbito interno do TCE-CE, por meio de seus servidores, dentro da administração pública estadual, e em parcerias com outras instituições, acadêmicas

ou não, celebradas através de convênios, sempre sob a coordenação do IPC. Visando concretizar essa área, o IPC recentemente implantou seu Núcleo de Pesquisas (NUPESQ).

## 10 DIVULGANDO SUAS AÇÕES

Consciente da importância da divulgação de suas atividades, o IPC publica semestralmente o Informativo Controle, desde 2009. Antenado com as novas mídias, o IPC tem se preocupado desde o início em ampliar seus canais de comunicação. Lançou seu sítio corporativo em 2008, e em 2010, criou o Twitter Agente de Controle, para veicular suas ações no campo do estímulo ao controle social, junto ao meio estudantil e à sociedade de forma ampla. O IPC também está presente em outras mídias sociais tais como Facebook e Youtube, onde divulga notícias e vídeos.

## 11 CONCLUSÃO

A boa prestação dos serviços pelos governos exige primordialmente uma forte e permanente capacitação dos seus servidores. Como prestadores de serviços, a administração pública depende fundamentalmente do seu corpo funcional para desempenhar adequadamente sua missão de atender as demandas da sociedade.

Neste sentido, os técnicos e gestores públicos precisam ser capacitados e desenvolvidos, em um processo educacional permanente, a fim de que os serviços públicos sejam prestados, com qualidade e efetividade, em benefício da população.

O TCE-CE, por intermédio do IPC, acredita que somente a educação em todos os sentidos, quer profissional ou acadêmica, pode transformar as pessoas e organizações.

## REFERÊNCIAS

Barreto, Maria Hilária de Sá; Camelo, Pedro Henrique Alves; Leão, Paulo Alcântara Saraiva. **Programa Agente de Controle** - Formando cidadãos para o controle social. Anais do II Encontro Técnico de Educação Corporativa dos Tribunais de Contas, 2011, Rio de Janeiro-RJ.

Castelo, Instituto Plácido. **Relatório de Gestão do IPC, anos de 2008 a 2013**. Fortaleza-CE.

CEARÁ Lei nº 12.509/95, de 6 de dezembro de 1995. **Lei Orgânica do TCE-CE**. Fortaleza-CE.

CEARÁ Resolução TCE-CE 2.722/2007, de 23 de outubro de 2007. **Implementa o Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo**. Fortaleza-CE.

Figueiredo, Alexandre; Barreto, Hilária; Feitosa, Marcella; Camelo, Pedro Henrique. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro** – TCMRJ Nº 44 Ano XXVII, Rio de Janeiro-RJ.

Leão, Paulo Alcântara Saraiva. Auditoria de Tecnologia da Informação – **A experiência do TCE-CE**. Revista Controle Volume X, Nº 1, 2012, Fortaleza-CE.

Rocha, Enilton Ferreira; Leão, Paulo Alcântara Saraiva. **Gestão da EAD: Sustentabilidade e Inovação no TCE-CE**. In: 19º CIAED - Congresso Internacional ABED de Educação a Distância, 2013, Salvador-BA.

## Processo e eficácia das decisões do tribunal de contas

Process and effectiveness of decisions of the court of auditors

J. R. Caldas Furtado<sup>1</sup>

### RESUMO

Este texto desdobra-se em duas partes. Na primeira, a partir da distinção entre processo e procedimento, discute-se a natureza dos feitos que correm no Tribunal de Contas, seus princípios informadores, os tipos, bem como o procedimento comum costumeiramente adotado e o processo de contas (instrução, decisões e recursos), encerrando-se com uma reflexão sobre o denominado recurso de revisão/pedido de rescisão. Na segunda parte, investiga-se a eficácia das decisões proferidas pelas Cortes de Contas, examinando-se, inicialmente, como o Direito tutela a atividade da Instituição de Contas, inclusive envolvendo o crime de desobediência ou prevaricação por descumprimento de suas ordens; enfrenta-se também a questão da executividade das decisões que imputam débito ou aplicam multa, a função do Ministério Público, bem como a prescrição do título referente à multa aplicada pelos Tribunais de Contas. Assim, aproveitando-se pesquisa realizada na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores, pretende-se contribuir para o debate em torno de aspectos tão relevantes relacionados com a atuação do controle externo da Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Tribunal de Contas. Processo. Procedimento. Princípios. Eficácia das decisões. Crime de desobediência ou prevaricação. Executividade dos acórdãos.

<sup>1</sup> Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão. Professor de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário da UFMA. Mestre em Direito pela UFPE. Pós-graduado em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Professor convidado da Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão e da Escola Superior do Ministério Público do Maranhão. Ex-Auditor Substituto de Conselheiro do TCE-MA. Ex-Auditor Fiscal da Receita Federal. Ex-Analista de Finanças e Controle do Ministério da Fazenda. Autor do livro *Direito Financeiro*, publicado pela Editora Fórum. E-mail: [caldasfurtado@uol.com.br](mailto:caldasfurtado@uol.com.br)

## ABSTRACT

This text sub-divided into two parts. At first, from the distinction between process and procedure, discusses the nature of the acts that run in Court, its informants principles, types, as well as the common procedure routinely adopted and account processes (statement, decision and resources), ending with a reflection on the so-called motion for review / termination request. The second part investigates the effectiveness of decisions rendered by the Courts of Accounts, by examining, first, as the law supervises the activity of the Institution of accounts, including those involving the crime of disobedience or misconduct for noncompliance with its orders; also faces the question of the enforceability of decisions they impose debit or apply a fine, the function of the prosecutor, as well as the prescription of the title refers to the fine imposed by the Court of Accounts. Thus, taking advantage of research conducted in the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, aims to contribute to the debate on issues related to the role of external control of public administration as relevant.

**Keywords:** Court of Auditors. Procedure. Procedure. Principles. Effectiveness of decisions. Crime of disobedience or misconduct. Enforceability of judgments.

## 1 PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS

### 1.1 Distinção entre processo e procedimento

Discute-se na doutrina a diferença entre processo e procedimento. Em síntese, pode-se dizer que:

- a) procedimento é o rito fixado na legislação para ser utilizado na solução de uma categoria de situações; processo é o meio, consubstanciado em um conjunto de peças, que tem a finalidade de resolver o caso concreto;
- b) procedimento é gênero; processo é espécie;
- c) o procedimento existe em tese; o processo no caso concreto;
- d) o processo subsume-se ao procedimento;
- e) processo é a aplicação do procedimento previsto na legislação para

resolver o caso concreto.

Tem-se, então, que processo é o conjunto de peças que documentam o exercício da atividade do Tribunal de Contas (Resolução TCU nº 191/06, art. 2º, XVII). Com efeito, todas as decisões tomadas pela Corte de Contas são processualizadas, vale dizer, resultam de processos que tramitam segundo os procedimentos previamente estabelecidos na legislação; esses ritos procedimentais guardam grande similitude com aqueles que vigoram na esfera judicial, principalmente por força de mandamentos constitucionais. É o que será evidenciado no item seguinte.

## 1.2 Natureza do processo no Tribunal de Contas

Vale acentuar que o processo judicial e o processo no Tribunal de Contas possuem diferenças. É útil ressaltar algumas delas:

PROCESSO JUDICIAL	PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS
Partes em litígio	Ausência de litígio entre as partes
Inércia da jurisdição	Jurisdição <i>ex officio</i>
3 (três) atores principais: autor, juiz e réu	2 (dois) atores principais: responsável e Tribunal de Contas (interesse público)
A relação jurídica começa com a interposição da petição inicial	A relação jurídica se instaura com o início da gestão de recursos públicos
Duplo grau de jurisdição, com raras exceções	Pedidos de reconsideração

Se o Tribunal de Contas é órgão político-administrativo, pelos mesmos motivos, essa natureza se estende ao processo que nele tramita; não é processo administrativo nem judicial ou legislativo, suas características o qualificam como político-administrativo: seu objeto reflete competência ou atribuição outorgada diretamente pela Carta Política; está disciplinado basicamente por normas constitucionais; seus julgadores ou apreciadores têm as garantias, prerrogativas e impedimentos próprios dos magistrados; o órgão que o processa – além do nome *Tribunal* – tem a típica capacidade de se organizar e de operar dos tribunais judiciários; o acórdão emitido com multa ou débito constitui título executivo; não processa ou fiscaliza quanto à pró-

pria atividade, mas relativamente à atuação de qualquer outro agente, órgão ou entidade dos 3 (três) Poderes estatais; resulta em decisão definitiva – no caso do processo de contas –, quanto ao mérito do julgamento.

### 1.3 Os princípios informadores do processo no Tribunal de Contas

À semelhança do que ocorre nos processos judiciais, é obrigatória a observância nos processos que tramitam nos Tribunais de Contas, às vezes por imposição constitucional<sup>2</sup>, de princípios consagrados no Direito Processual. São eles: *devido processo legal, contraditório, ampla defesa, oficialidade, verdade material, formalismo moderado, celeridade processual, publicidade, motivação, livre convencimento, julgador natural e lealdade processual*.

O princípio do devido processo legal (due process of law) estipula que o processo, para que seja válido, deve seguir todas as etapas previstas em lei. Além disso, o encadeamento, a sequência e a forma dos atos processuais que o constituem devem observar o rito previamente estabelecido em lei. Cuida-se de garantia individual, que tem base constitucional no artigo 5º, LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal) e LV (aos litigantes em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes).

O princípio do contraditório exige que o administrador responsável seja citado<sup>3</sup> ou intimado<sup>4</sup> para apresentar defesa, mediante alegações e produção

2 CF, art. 5º, LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

3 É o primeiro chamamento do responsável ao processo. No TCU, quanto a esse ato processual, faz-se distinção entre *citação* e *audiência* (LOTUCU, art. 12, II e III). Denomina-se citação quando há indícios de *dano* aos cofres públicos imputável ao responsável; chama-se de audiência o ato de chamamento do responsável por suposto ato irregular que não configura débito. No caso de *citação*, a resposta do responsável recebe o nome de alegações de defesa; na hipótese de *audiência*, de razões de *justificativa*.

4 Qualquer comunicação feita ao responsável, que não configure a citação, é denominada mais propriamente de intimação, segundo a terminologia do Direito Processual hodiernamente utilizada.

de provas, quanto à irregularidade ou ilegalidade por ele supostamente praticada, segundo informação constante em relatório técnico, denúncia ou representação; impõe-se a reabertura de prazo para defesa, no caso de juntada superveniente de documentos novos que possam agravar a situação do responsável.

Derivado do princípio da igualdade, o *contraditório* é instrumentalizado pelo direito de petição – previsto na Lei Maior, artigo 5º, XXXIV –, segundo o qual são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de requerer aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, bem como a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Ele opera em busca da verdade, do real conhecimento dos fatos, sendo importante na formação do convencimento do julgador.

A *ampla defesa* contempla a faculdade de o responsável formular alegações e a possibilidade de produzir provas antes da decisão final; no Tribunal de Contas, elas devem ser apresentadas de forma documental (RITCU, art. 162, *caput*). A juntada de documentos novos pelo responsável ou interessado deve ser pleiteada no período que vai desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução (art. 160, §1º). Trata-se de direito fundamental capitulado na Magna Carta (art. 5º, LV), porém disponível, ou seja, o titular pode abrir mão simplesmente se omitindo, quando chamado para exercê-lo.

É muito importante assinalar que a faculdade do exercício da ampla defesa vai além da fase de instrução do processo, alcançando toda a tramitação possível constante no rito processual. Assim, a impossibilidade de interpor recurso, ou mesmo de fazer sustentação oral na apreciação deste, constitui cerceamento do direito de defesa, podendo resultar em nulidade do processo. Situação equivalente ocorre quando o gestor falece no período compreendido entre o julgamento do processo e a apreciação do respectivo recurso.

Diferentemente do que ocorre no processo judicial – em que o autor inicializa o processo e tem o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, cabendo ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito demandado (CPC, art. 333) –, no processo de contas, compete originalmente ao responsável o dever de demonstrar a correta aplicação dos recursos geridos (CF, art. 70, parágrafo único); tratando-se de prestação de contas, até mesmo o ato que inicializa o processo é atribuído ao responsável pelas irregularidades e ilegalidades acaso nele apuradas.

Pelo *princípio da oficialidade* – que deriva da supremacia e da indispo-

nibilidade do interesse público –, o Tribunal de Contas deve impulsionar o processo de forma automática (de ofício), contínua, sem necessidade de iniciativa do responsável ou de terceiros, mas sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa. Assim, o órgão tem o poder/dever de atuar e dar prosseguimento ao processo até o seu final, com o alcance do resultado conclusivo e definitivo.

O *princípio da verdade material* faculta à Corte de Contas produzir provas a seu critério, independentemente da atuação do responsável ou interessado, mas sem prejuízo da sua respectiva participação, respeitado o contraditório e ampla defesa, com o objetivo de evidenciar e valorizar os fatos ocorridos e atos efetivamente praticados, levados à apreciação ou julgamento. A persecução da verdade material pode colocar em segundo plano aspectos formais relativos às provas carreadas aos autos.

Nesse sentido também atua o *princípio do formalismo moderado*, que possibilita o aproveitamento de informação importante, que possa evidenciar a verdade dos fatos e atos em exame, agravando ou atenuando a imputação de responsabilidade às partes<sup>5</sup> envolvidas, ainda que disso resulte certo prejuízo à marcha do processo fixada em lei. Esse princípio fundamenta o recebimento, conhecimento e aproveitamento excepcional de peças e provas apresentadas intempestivamente, mas os autos não podem ficar parados, aguardando a inoportuna ação do responsável ou interessado; não se pode confundir *moderado* com *liberado*.

Preconiza a Lei Fundamental que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CF, art. 5º, LXXVIII)<sup>6</sup>. Eis a raiz constitucional do *princípio da celeridade processual*. No âmbito dos processos que tramitam na Corte de Contas, a rapidez na emissão das decisões é uma exigência da sociedade, que deseja saber, o quanto antes, de que forma foram ou estão sendo geridos os seus recursos.

No processo que corre na Corte de Contas, o *princípio da publicidade* preconiza que os atos processuais devem ser levados ao conhecimento da

5 RITCU, art. 144. São partes no processo o responsável e o interessado.

§1º Responsável é aquele assim qualificado, nos termos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e respectiva legislação aplicável.

§2º Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo Relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo.

6 Incluído pela Emenda Constitucional nº 45/04.

sociedade, salvo quando o sigilo se impõe por razões de interesse público, em face do direito à privacidade ou no resguardo dos direitos e garantias individuais (CF, art. 5º, XXXIII). Nesse sentido, o TCU dará tratamento sigiloso às denúncias formuladas, até decisão definitiva sobre a matéria (LOTUCU, art. 55, *caput*). Com assento constitucional (art. 37, *caput*), essa diretriz ganha especial relevo na Administração Pública brasileira com a publicação da denominada Lei de Acesso à Informação Pública (Lei nº 12.527/11).

Consectário do Estado Democrático de Direito, representando uma garantia do cidadão contra o arbitrário exercício do poder, o *princípio da motivação* é dos mais consagrados, tanto no Direito Processual quanto no Direito Administrativo, embora não esteja expressamente consignado no *caput* do artigo 37 da Lei Maior. A referência a esse princípio ocorre quando assinala que todas as decisões proferidas em julgamento dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas e motivadas suas decisões administrativas, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX e X).

Com efeito, é na motivação que o Tribunal de Contas aponta a legislação aplicada e os fatos que o conduziram à decisão prolatada. Sem esses elementos, resta cerceado o direito de recorrer, até mesmo aos órgãos do Poder Judiciário. Vê-se que, sem a motivação, ficam comprometidos outros tantos princípios: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, etc., fatalmente resultando em nulidade da decisão.

Nesse sentido, será parte essencial das decisões da Corte de Contas, seja do Plenário ou de Câmara (LOTUCU, art. 1º, §3º):

a) o relatório apresentado pelo Relator, no qual constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas/unidades técnicas) e do Ministério Público de Contas;

b) a fundamentação, em que o Relator analisará as questões de fato e de direito;

c) a parte dispositiva, em que Relator decidirá sobre o mérito do processo.

O *princípio do livre convencimento* também é aplicado nos processos que tramitam nas Instituições de Contas. Por esse princípio, o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar os motivos que lhe formaram o convencimento (CPC, art. 131). Isso não significa que pode acontecer no Tribunal de Contas decisão contrária às provas carreadas

aos autos; não se cogita de decisão arbitrária, nem de julgamento *secundum conscientiam*. Também denominado de princípio da persuasão racional do juiz, se situa “entre o sistema de prova legal e o do julgamento *secundum conscientiam*. O primeiro (prova legal) significa atribuir aos elementos probatórios valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente. O segundo coloca-se no polo oposto: o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova (...). O princípio *secundum conscientiam* é notado, embora com certa atenuação, pelos tribunais do júri, compostos por juízes populares”.<sup>7</sup>

O princípio do julgador natural preconiza a preexistência do juiz competente para atuar em todos os casos que se enquadrem em normas anteriormente estabelecidas. É diretriz que se contrapõe ao julgador de exceção, que é expressamente vedado pela Carta Democrática de 1988, artigo 5º, XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção). Entretanto, de nada adiantará a predefinição do juízo competente, se o julgador não dispuser de meios que favoreçam sua imparcialidade e independência.

É por isso que os membros do Tribunal de Contas desfrutam das mesmas garantias, prerrogativas e impedimentos dos magistrados (CF, art. 73, §§3º e 4º) e a distribuição de processos entre eles observará os preceitos da publicidade, da alternatividade e do sorteio (LOTUCU, art. 107).

A *lealdade processual* se reporta ao dever de todos aqueles que atuam nos processos que correm nas Cortes de Contas de se comportarem com lealdade e dentro de padrões éticos aceitáveis, valorizando a verdade, agindo de boa-fé,

---

7 CINTRA, Antônio Carlos Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 67.

com lisura e probidade.<sup>8</sup> No decorrer das fiscalizações, nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonogado, qualquer que seja o pretexto, sob pena de aplicação das sanções legais e representação para a autoridade superior do órgão ou entidade pública, para as medidas cabíveis (LOTUCU, art. 42).<sup>9</sup>

Vê-se que o exercício da *ampla defesa* não pode ultrapassar a fronteira da *lealdade processual*. É de todo condenável, mesmo que a esse pretexto, o uso de artifícios fraudulentos (notas fiscais frias, etc.) pelo responsável ou interessado, quer seja diretamente ou por intermédio de advogado, contador ou qualquer outro representante. Ante a presença de indícios de má-fé, a Corte de Contas tem, inclusive, o poder/dever de representar perante a respectiva entidade de classe do procurador, se for o caso. Isso terá o sentido de

8 CPC, art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

CPC, rt. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

CP, art. 347. Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

9 CP, art. 314. Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonogá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

prevenir e reprimir tal prática, infelizmente muito encontrada na atividade processual desenvolvida pelos Tribunais de Contas.

#### 1.4 Tipos de processo

É possível classificar os diversos processos que tramitam nos Tribunais de Contas segundo a natureza da atividade envolvida no objeto de cada um, considerada a respectiva função desempenhada.

No TCU, tramitam os seguintes tipos de processo:

I) processo de contas, que tem por objeto a apreciação das contas de governo ou o julgamento das contas de gestão;

II) processo de fiscalização, quando versam sobre a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal, de concessões de aposentadorias, reformas ou pensões, ou sobre a realização de inspeções e auditorias, inclusive as relativas às contas nacionais das empresas supranacionais e à aplicação de quaisquer recursos repassados mediante convênio ou outros instrumentos congêneres;

III) processo de pedido de informação, quando se cuida de prestação de informações ou de pronunciamento solicitado pelo Congresso Nacional;

IV) processo de denúncia ou representação, que corresponde à tramitação do respectivo ato, conforme se caracterize. A denúncia se distingue da representação pelo seguinte (*vide* a Resolução TCU nº 191/06, arts. 119, 127, 131 e 132):

a) a denúncia pode ser formulada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato; a representação somente será feita por parte legitimada constante na legislação (membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, chefes do controle interno, senadores, deputados federais, estaduais e distritais, vereadores, juízes, membros de equipes de inspeção ou de auditoria, chefes de unidades técnicas, licitantes<sup>10</sup>, etc.);

b) na denúncia, não existe correlação entre a irregularidade ou ilegalidade denunciada e o exercício de cargo público; na representação, a autori-

---

10 Lei nº 8.666/93, art. 113, §1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

dade ou funcionário público comunica a ocorrência de irregularidade de que tenha conhecimento em virtude do cargo que ocupe;

c) na denúncia, a fim de resguardar o sigilo do denunciante, o documento original encaminhado ao Tribunal, no qual consta sua identificação, constituirá anexo dos autos, do qual não se concederá vista ou cópia, sendo a unidade principal do processo formada pelas demais peças de instrução, incluída cópia do documento original da denúncia, devendo ser tarjados quaisquer sinais que possam identificar o denunciante, tais como papel timbrado, nome, assinatura, endereço e qualificação profissional; na representação não há necessidade de sigilo;

V) processo de consulta, por meio do qual são processualizadas as respostas aos questionamentos formulados pelas autoridades competentes, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares;

VI) processo normativo ou regulamentar, quando se trata do cálculo das quotas referentes aos fundos de participação ou da elaboração do regimento interno, de atos e instruções normativas.

## 1.5 Procedimento comum

Os ritos processuais fixados na legislação no âmbito do Tribunal de Contas apresentam poucas variações, de acordo com a natureza do processo cuja tramitação será regulamentada.

De um modo geral, para efeitos didáticos, podem-se separar as etapas do processo que tramita na Corte de Contas da seguinte forma (*vide* o RITCU, art. 156):

I) instrução:

- a) recebimento e autuação das peças iniciais;
- b) elaboração de relatório pelo corpo técnico;
- c) citação do responsável e juntada de sua defesa;
- d) análise da defesa pelo corpo técnico;

II) parecer do Ministério Público de Contas;

III) julgamento (processo de contas de gestão) ou apreciação (demais processos) pela Câmara ou Plenário;

IV) recursos (agravo, recurso de reconsideração<sup>11</sup> e embargos de declaração):

- a) recebimento e admissão do recurso;
- b) posição do corpo técnico, se for o caso;
- c) parecer do Ministério Público de Contas, se for o caso;
- d) decisão do Plenário ou da Câmara.

Especificamente no caso de processo de contas, é possível recurso de revisão/pedido de rescisão contra a decisão definitiva.

## 1.6 O processo de contas (instrução, decisões e recursos)

### 1.6.1 Instrução

A *instrução do processo* de contas tem como ponto de partida o recebimento e a autuação das contas prestadas ou tomadas. A partir daí o processo externo<sup>12</sup> ou o conjunto de documentos passa a constituir processo do Tribunal de Contas, após o recebimento de numeração específica. Segue-se o devido registro para fins de controle de distribuição ou remessa, com a sua inserção em sistema próprio de dados, a numeração e rubrica de suas folhas.

Quem preside a instrução do processo é o Relator (Ministro/Conselheiro ou Substituto). Mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público de Contas, ele poderá determinar (LOTUCU, art. 11):

- a) o sobrestamento do julgamento;
- b) a citação dos responsáveis;
- c) outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.

---

11 No TCU, tratando-se de recurso contra decisão de mérito proferida em processo concernente a ato sujeito a registro e a fiscalização de atos e contratos, esse recurso recebe o nome de pedido de reexame, mas tem as mesmas características do recurso de reconsideração (RITCU, art. 286).

12 Correspondente à tomada de contas especial realizada pelo controle interno ou por outro órgão público.

A defesa do responsável será admitida dentro do prazo estipulado em lei, facultada ao responsável a juntada de documentos novos desde a constituição do processo até o término da etapa de instrução – que se concretiza com a juntada do relatório de análise da defesa pelo corpo técnico e remessa dos autos ao gabinete do Relator –, sem prejuízo do direito da parte de distribuir, após a inclusão do processo em pauta, memorial aos Ministros/Conselheiros, Substitutos e ao membro do Ministério Público de Contas (RITCU, art. 160).

As provas devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros, vedadas as obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI); cabe ao Relator, em decisão fundamentada, negar a juntada de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias (RITCU, art. 162).

### 1.6.2 Decisões

No processo de contas, as decisões podem ser de 3 (três) tipos (LOT-CU, arts. 10, 20 e 21):

- a) preliminar, quando o Relator ou o Tribunal resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação dos responsáveis ou determinar outras diligências necessárias ao saneamento do processo;
- b) definitiva, quando o Tribunal julga as contas regulares, regulares com ressalva ou irregulares;
- c) terminativa, pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas iliquidáveis, que ocorre quando caso fortuito ou de força maior, comprovadamente alheio à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento de mérito; transcorridos 5 (cinco) anos sem que novos elementos justifiquem o seu desarquivamento, as contas serão consideradas encerradas, com baixa na responsabilidade do administrador.

### 1.6.3 Recursos

Contra as decisões proferidas no processo de contas, cabem os seguintes recursos:

- a) agravo;
- b) embargos de declaração;
- c) recurso de reconsideração.

Interposto o recurso, o Relator apreciará sua admissibilidade e fixará os itens do acórdão sobre os quais ele incide, em prazo a ser definido em ato normativo, após exame preliminar da unidade técnica; os itens não recorridos não sofrem o efeito suspensivo, caso em que deverá ser constituído processo apartado para prosseguimento da execução das decisões (RITCU, arts. 278, caput, e 285, §1º).

Se o Relator entender admissível o recurso, determinará as providências para sua instrução, saneamento e apreciação, bem como para comunicação aos órgãos ou entidades pertinentes, se houver efeito suspensivo (§1º). Não sendo admissível, mesmo que por motivo decorrente de erro grosseiro, má-fé ou atitude meramente protelatória, ou por estar prejudicado em razão da manifesta perda de seu objeto, o Relator, ouvido o Ministério Público, quando cabível, não conhecerá do recurso mediante despacho fundamentado ou, a seu critério, submetê-lo-á ao colegiado (§2º).

A interposição de recurso, ainda que venha a não ser conhecido, gera preclusão consumativa (§3º); ou seja, uma vez protocolizada a peça, o recorrente fica impedido de aditá-lo, apresentar novos documentos ou substituir o recurso interposto, ainda que não tenha decorrido o período que, em princípio, corresponde ao prazo recursal. Não se conhecerá de recurso da mesma espécie, exceto embargos de declaração, pela parte ou pelo Ministério Público de Contas, contra deliberação que apreciou o primeiro recurso interposto (4º). Note-se que as regras referentes à tramitação do recurso são bem mais rígidas.

É obrigatória a audiência do Ministério Público de Contas em todos os recursos, ainda que o recorrente tenha sido ele próprio, exceto nos embargos de declaração e no agravo, ou quando a proposta do Relator for pelo não conhecimento, correção de erro material ou evidente conteúdo de baixa complexidade que não envolva o mérito. Nestas últimas hipóteses, haverá, na sessão de julgamento, manifestação oral do representante do MPC, que poderá pedir vista (art. 280).

Nos recursos interpostos pelo *Parquet*, é necessária a instauração do contraditório, mediante concessão de oportunidade para oferecimento de contrarrazões recursais, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situ-

ação do responsável (art. 283, *caput*). Havendo partes com interesses opostos, a interposição de recurso por uma delas enseja à outra a apresentação de contrarrazões, no mesmo prazo dado ao recurso (art. 284).

O agravo é cabível, no prazo de 5 (cinco) dias, contra despacho decisório do Presidente do Tribunal, de Presidente de Câmara ou do Relator, desfavorável à parte, e contra medida cautelar adotada. Uma vez agravado o despacho, quem o emitiu poderá reformá-lo ou submetê-lo à apreciação do colegiado competente para o julgamento de mérito do processo (art. 289, *caput* e §1º).

Se o despacho recorrido for do Presidente do Tribunal ou de Câmara, o julgamento será presidido por seu substituto, computando-se o voto do Presidente. Caso a decisão agravada seja do Tribunal, o Relator do agravo será o mesmo que já atuava no processo ou o redator do acórdão recorrido, se este houver sido o autor da proposta de medida cautelar. A critério do Presidente do Tribunal ou de Câmara ou do Relator, conforme o caso, poderá ser conferido efeito suspensivo ao agravo (§§ 2º, 3º e 4º).

De decisão definitiva em *processo de contas*, cabe *recurso de reconsideração*, com efeito suspensivo, para apreciação do colegiado que houver proferido a decisão recorrida; pode ser formulado uma só vez e por escrito, pela parte ou pelo Ministério Público de Contas, dentro do prazo de 15 (quinze) dias (art. 285, *caput*). Não se conhecerá de recurso de reconsideração quando intempestivo, salvo em razão de superveniência de fatos novos e dentro do período de 180 (cento e oitenta) dias contados do término do prazo recursal, caso em que não terá efeito suspensivo (§2º).

Os *embargos de declaração* serão opostos por escrito pela parte ou pelo Ministério Público de Contas, dentro do prazo de 10 (dez) dias, com a indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissis presente em acórdão do Tribunal que deva ser esclarecido, e submetidos à deliberação do colegiado competente pelo Relator ou pelo Redator, conforme o caso (art. 287, §§1º e 2º).

Esse recurso suspende (ou interrompe, conforme a legislação aplicável) os prazos para cumprimento do acórdão embargado e para interposição dos demais recursos, salvo quanto aos itens do acórdão que não foram questionados, os quais não sofrem efeito suspensivo. Quando meramente protelatórios, serão recebidos como petição, por meio de despacho do Relator, sem efeito suspensivo. Conferidos efeitos infringentes aos embargos, serão devolvidos os prazos a todos os interessados (§§3º, 6º e 7º).

## 1.7 O recurso de revisão/pedido de rescisão

Com fundamento nos artigos 32, I, e 35 da Lei Orgânica, o Regimento Interno do TCU, Título IX (Recursos), dispõe que de decisão definitiva em processo de contas, cabe “recurso de revisão” (*sic*) ao Plenário, de natureza similar à da ação rescisória, sem efeito suspensivo, interposto uma só vez e por escrito pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público de Contas, dentro do prazo de 5 (cinco) anos, e fundar-se-á (RITCU, art. 288, *caput*):

- a) em erro de cálculo nas contas;
- b) em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado o acórdão recorrido;
- c) na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

Eis aí uma flagrante contradição. O meio, qualificado como de *natureza similar à da ação rescisória*<sup>13</sup>, pelo qual alguém busca desconstituir decisão proferida pelo Tribunal de Contas, em processo transitado em julgado, jamais pode receber o nome de *recurso*, e menos ainda ter o seu regramento capitulado dentro de parte reservada da norma para os *recursos*. É o que se pode chamar de antinomia endógena, que vai além do uso impróprio de termos.

O pior é que essa incoerência da norma do TCU tem sido reproduzida nas demais Cortes de Contas, gerando grande confusão. Tem acontecido de a ideia de recurso sobrepujar a de ação rescisória, prolongando-se demasiadamente o processo de contas, em prejuízo do interesse público. Ainda bem

---

13 Essa índole se confirma com as escassas hipóteses de cabimento, a ausência de efeito suspensivo, o tão dilatado prazo para interposição e a definitividade da decisão questionada. No processo civil, a rescisória é uma ação autônoma que tem o objetivo de desconstituir os efeitos de sentença transitada em julgado (contra a qual não cabe qualquer recurso), em razão da presença de vício que a torne anulável. Não representa nova oportunidade para se discordar do conteúdo da decisão atacada, ainda que os recursos previstos não tenham sido utilizados no processo que resultou na decisão questionada; é necessário que se aponte o vício capaz de inquiná-la, dentre aqueles taxativamente relacionados em lei. A ação rescisória está normatizada nos arts. 485 a 495 do Código de Processo Civil; o direito de propô-la se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495).

que alguns Tribunais de Contas estaduais já corrigiram essa distorção; é o caso do de Minas Gerais (TCE-MG), que deu ao procedimento o nome apropriado de Pedido de Rescisão, o disciplinou no Capítulo VI (Do pedido de rescisão) do Título V (Dos recursos e do pedido de rescisão) da sua Lei Orgânica (Lei Complementar Estadual/MG nº 102/08, arts. 109 e 110). Dessa forma, o instrumento fica bem disposto, facilitando a sua compreensão e aplicação.<sup>14</sup>

O processo referente ao pedido de rescisão (ou “recurso de revisão”) passa pelas seguintes etapas:

- a) recebimento e conhecimento;
- a) posição do corpo técnico;
- b) parecer do Ministério Público de Contas;
- c) decisão do Plenário ou da Câmara.

No âmbito do TCU, tem-se ainda que (RITCU, art. 288, §§1º ao 6º):

a) o acórdão que der provimento ao pedido ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado;

b) quando interposto pelo Ministério Público de Contas, em face de indícios de elementos eventualmente não examinados pelo Tribunal, compreenderá o pedido de reabertura das contas e o de mérito;

c) admitida a reabertura das contas pelo Relator, ele ordenará sua instrução pela unidade técnica competente e a consequente instauração de contraditório, se apurados elementos que conduzam ao agravamento da situação do responsável ou à inclusão de novos responsáveis;

d) a instrução do pedido abrange o reexame de todos os elementos constantes dos autos;

e) o Ministério Público de Contas fará petição autônoma para cada processo de contas a ser reaberto;

f) ainda que os elementos que derem ensejo ao pedido se refiram a mais de um exercício, os respectivos processos serão conduzidos por um único Relator, sorteado para o pedido.

14 Formas semelhantes já foram adotadas pelos seguintes Tribunais: a) TCE-PE (Lei Estadual/PE nº 12.600/04, art. 83); b) TCE-PR (Lei Complementar Estadual/PR nº 113/05, art. 77); c) TCE-SP (Lei Complementar Estadual/SP nº 709/93, art. 74); d) TCE-SC (Lei Complementar Estadual/SC nº 202/00, art. 75); TCE-MS (Lei Complementar Estadual/MS nº 160/12, art. 73).

## 2 EFICÁCIA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

### 2.1 Considerações iniciais

São diversos os institutos jurídicos que operam no sentido de que as decisões do Tribunal de Contas possam atingir os objetivos a que se propõem. O adequado uso desses instrumentos estimulará o respeito às competências do órgão e o cumprimento efetivo do Direito por ele aplicado, com resultados positivos em prol da sociedade.

Merecem destaque os seguintes:

a) a indeclinabilidade do parecer prévio no julgamento das contas de governo pelo Parlamento (CF, art. 71, I);<sup>15</sup>

b) a exclusividade no julgamento das contas de gestão (CF, art. 71, II);<sup>16</sup>

c) a compulsoriedade da apreciação da legalidade de ato de admissão de pessoal, aposentadoria, reforma ou pensão (CF, art. 71, III);

d) a capacidade sancionatória que possibilita a aplicação direta das penas previstas na respectiva lei orgânica (CF, art. 71, VIII) contra os responsáveis por infrações legais (multa, inabilitação para exercer função pública, declaração de inidoneidade para participar de licitação pública, etc.);

e) a tipificação do descumprimento de ordem emanada da Corte de Contas como *crime de desobediência* ou prevaricação, conforme o caso;

f) a executividade judicial das decisões que imputam débito ou aplicam multa (CF, art. 71, §3º);

g) a inelegibilidade por rejeição de contas;

h) a tipificação como *infração penal*<sup>17</sup>, *ato de improbidade adminis-*

15 É imprescindível o parecer prévio do Tribunal de Contas no julgamento das contas de governo pelo Parlamento (STF, Plenário, ADI 261-9 / SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 14/11/02, D.J. 28/02/03).

16 Conforme entendimento do STJ (STJ, 2ª Turma, ROMS 11.060 / GO, Rel. Min. Laurita Vaz, Rel. para acórdão Min. Paulo Medina, 25/06/02, D.J. 16/09/02, p. 00159) e do STF (STF, Plenário, ADI 849 / MT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 11/02/99, D.J. 23/04/99).

17 Merecem destaque os tipos dos arts. 312, 315, 319, 324, 330, 359-A, 359-B, 359-C, 359-D, 359-E, 359-F, 359-G, 359-H do Código Penal; dos arts. 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97 e 98 da Lei nº 8.666/93; do art. do 1º do Decreto-Lei nº 201/67.

trativa<sup>18</sup> ou *crime de responsabilidade*<sup>19</sup> de diversas condutas passíveis de serem detectadas no âmbito de sua atuação.

Vê-se que o Direito tutela a atividade do Tribunal de Contas de variadas formas, ora garantindo a sua atuação ora instrumentalizando a compulsoriedade de suas decisões ou valorizando seus efeitos. Portanto, o eventual déficit de efetividade do órgão não pode ser creditado à ordem jurídica, pelo menos no que diz respeito às normas referentes à sua competência e funcionalidade.

## 2.2 O crime de desobediência ou prevaricação por descumprimento de ordem do Tribunal de Contas

Em processo que comporta a emissão de ordem a jurisdicionado – a exemplo da medida cautelar –, a decisão proferida pela Instituição de Contas é dotada de *coercibilidade*, vale dizer, é *imperativa* por si só. Isso significa que o órgão, a entidade, o agente público ou particular deve tempestivamente cumprir o que foi determinado, sob pena de o responsável se submeter às sanções previstas na respectiva lei orgânica.

O descumprimento de ordem do Tribunal de Contas pode ser considerado como *crime de desobediência* (CP, art. 330)<sup>20</sup> ou *prevaricação* (CP, art. 319)<sup>21</sup>, conforme o caso. Todavia, como se cuida de crime de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, art. 61)<sup>22</sup>, descabe, em princípio, a prisão em flagrante. Nesses casos, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado Especial Criminal (art. 69, *caput*). Ao responsável pelo descumprimento que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado

18 É o caso das condutas descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92.

19 Vide os arts. 4º, 7º e 8º do Decreto-Lei nº 201/67 e os arts. 4º, V, VI e VII, 9º, 10 e 11 da Lei nº 1.079/50.

20 CP, art. 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

21 CP, art. 319 – Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

22 Lei nº 9.099/95 (dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (redação dada pela Lei nº 11.313/06).

ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança (art. 69, parágrafo único). O fato também deve ser comunicado ao Ministério Público para providências.<sup>23,24</sup>

Sobre a distinção entre o *crime de desobediência* e o de *prevaricação*, Celso Delmanto e outros ensinam que, “se o ato de desobedecer não se refere às atividades exercidas pelo funcionário, configura-se o art. 330 do CP; se a ordem descumprida diz respeito à sua atividade funcional propriamente dita, tipifica o art. 319 (TACrSP, RJDTACr 27/218). Pratica o delito do art. 319 o funcionário público que, *nesta qualidade*, deixa de cumprir ordem legal; agindo *como particular*, caracteriza-se o crime de desobediência (ITAMG, HC 11.307, j. 4.1.89)”.<sup>25</sup>

No caso de *prevaricação*, a pena será aumentada da terça parte quando o autor for ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da Administração Direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação pública (CP, art. 327, §2º). Por outro lado, “inexiste *crime de desobediência*, quando a lei extrapenal comina san-

23 Vide BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais: contra a administração pública, a previdência social, a ordem tributária, o sistema financeiro nacional, as telecomunicações e as licitações, estelionato, quadrilha ou bando, moeda falsa, abuso de autoridade, tráfico transnacional de drogas, lavagem de dinheiro*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 167.

24 No mesmo sentido, assinalam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar que “nas infrações de menor potencial ofensivo, que são os crimes com pena máxima de até dois anos, cumulados ou não com multa, e as contravenções penais (art. 61, Lei nº 9.099/1995), em vez da lavratura do auto de flagrante, teremos a realização do termo circunstanciado, desde que o infrator seja imediatamente encaminhado aos juizados especiais criminais ou assuma o compromisso de comparecer, quando devidamente notificado. Caso contrário, o auto será lavrado, recolhendo-se o agente ao cárcere, salvo se for admitido a prestar fiança, nas infrações que a comportem, ou se puder se livrar solto, dentro das hipóteses do art. 321 do CPP” (TÁVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4ª ed. Bahia: JusPODIVM, 2010, p. 522).

25 Esses autores ressaltam que “o descumprimento por autoridade administrativa de sentença proferida em mandado de segurança configura, em tese, o delito (TRF da 1ª R., HC 11.161, DJU 12.3.90, p. 3891) de prevaricação” (DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 639). Contudo, o Prefeito, quando no exercício de suas funções, deixa de cumprir ordem judicial comete o denominado crime de responsabilidade, tipificado no art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67, que é, na verdade, crime comum (STF, 2ª Turma, HC 76.888-2 / PI, Rel. Min. Carlos Velloso, 29/09/98, D.J. 29/09/98).

ção civil ou administrativa, e não prevê cumulação com o art. 330 do CP”, assinala Cezar Roberto Bitencourt<sup>26</sup>. Por isso, é importante que a Lei Orgânica do Tribunal de Contas preveja essa ressalva, quando disciplinar emissão de ordem a não servidor público.

O certo é que deixar o agente público regularmente intimado de cumprir ordem emanada da Corte de Contas, em sede de medida cautelar ou em processo que não caiba mais recurso com efeito suspensivo, configura crime de prevaricação na modalidade omissiva, que assim considerado é crime permanente e coloca o agente em situação de flagrante delito, enquanto não cessar a permanência (CPP, art. 303).<sup>27</sup>

Além disso, constitui *ato de improbidade administrativa*, que atenta contra os princípios da Administração Pública, qualquer ação ou omissão no sentido de retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (Lei nº 8.429/92, art. 11, II).<sup>28</sup>

Entretanto, o conteúdo das decisões prolatadas pela Casa de Contas pode ser rediscutido na esfera judicial, salvo quando se tratar de processo de contas – cujo mérito não pode ser julgado pelo Judiciário (CF, art. 71, I e II) –, resguardada a possibilidade de declaração de nulidade do ato decisório em razão de não inobservância de formalidade legal ou manifesta ilegalidade.

### 2.3 Natureza jurídica das decisões que imputam débito ou aplicam multa

Com efeito, a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível (CPC, art. 586). Após relacionar es-

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1120.

27 CPP, art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

28 A pena prevista – independentemente das sanções penais, civis e administrativas – é a de ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 (três) a 5 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 (três) anos (Lei nº 8.429/92, art. 12, III, c/c art. 11).

pecificamente os títulos que qualifica como executivos extrajudiciais, o Código de Processo Civil afirma que assim devem ser considerados todos os demais a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva (art. 585, VIII).

Aí se enquadra a decisão do Tribunal de Contas que imputa débito ou aplica multa. Sucede que o Texto Constitucional estabelece que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo (CF, art. 71, §3º).

Ressalte-se que a parte de tal comando da Magna Carta que fixa a natureza de título executivo das decisões de que resulte imputação de débito é corolário do artigo 71, II, que prevê o julgamento de contas de gestão pela Instituição de Contas. Assim, insista-se, é estreita a correlação entre o *juízo de contas* e o *acórdão* do Tribunal de Contas, com natureza de *título executivo*, que imputa débito: este último não existe sem o primeiro; assim como não existe *juízo de contas de gestão* sem emissão de *acórdão*.

## 2.4 Execução das decisões que aplicam multa ou imputam débito

### 2.4.1 A titularidade do direito de executar

Pelo que dispõe o Código de Processo Civil, podem promover a execução forçada (art. 566):

- a) o credor a quem a lei confere título executivo;
- b) o Ministério Público, nos casos prescritos em lei.

Preliminarmente, cabe evidenciar a diferença entre imputar débito e aplicar multa, na órbita de atuação do Tribunal de Contas, para efeito de se identificar o credor do direito consubstanciado no respectivo título executivo.

Bem examinando a questão, o Superior Tribunal de Justiça assentou o seguinte:<sup>29</sup>

a) diversamente da imputação de débito/ressarcimento ao erário, em que se busca a recomposição do dano sofrido pelo ente público, nas multas

29 STJ, 2ª Turma, AgRg-REsp 1.181.122 / RS, Rel. Min. Humberto Martins, Rel. para o acórdão Min. Mauro Campbell, 06/05/2010, D.J.E. 21/05/2010.

há uma sanção a um comportamento ilegal da pessoa fiscalizada, tais como, *verbi gratia*, nas hipóteses de contas julgadas irregulares sem resultar débito; descumprimento das diligências ou decisões do Tribunal de Contas; embaraço ao exercício das inspeções e auditorias; sonegação de processo, documento ou informação ou reincidência no descumprimento de determinação da Corte de Contas;

b) as multas têm por escopo fortalecer a fiscalização desincumbida pela própria Corte de Contas, que certamente perderia em sua efetividade caso não houvesse a previsão de tal instrumento sancionador;

c) em decorrência dessa distinção essencial, deve ser conferido tratamento distinto para cada situação: nos casos de ressarcimento ao erário/imputação de débito a pessoa jurídica que teve seu patrimônio lesado é quem – com toda a razão – detém a titularidade do crédito consolidado no acórdão da Corte de Contas; para a multa aplicada, a solução adequada é proporcionar ao próprio ente estatal ao qual esteja vinculada a Instituição de Contas a titularidade do crédito decorrente da cominação da multa imposta no exercício de seu mister, ou seja, ela deve ser recolhida aos cofres da entidade que mantém o Tribunal de Contas, ou ainda, não deve reverter à pessoa jurídica de cujas contas se cuida<sup>30</sup>.

Nesse passo, quando a Corte de Contas Federal fiscaliza outros entes que não a própria União, a multa eventualmente aplicada será revertida sempre à União – pessoa jurídica a qual está vinculada –, e não à entidade objeto da fiscalização. Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação aos Tribunais de Contas Estaduais, de modo que a multa deverá ser recolhida aos cofres do Estado, até mesmo quando aplicada contra gestor municipal, e a legitimidade para ajuizar a ação de cobrança relativa ao respectivo crédito é do ente público que mantém a referida Corte, que atuará por intermédio de sua Procuradoria.<sup>31</sup>

Por outro lado, na hipótese de débito imputado pela Casa de Contas

30 Vide Portaria TCU nº 209/01 (versa sobre o Manual para Formalização de Processos de Cobrança Executiva) e Portaria SEGECEX/TCU nº 9/06 (trata do Manual de Cobrança Executiva). Este último dispositivo estabelece que a multa é sempre recolhida aos cofres da União ou Tesouro Nacional e sua execução judicial está sob a responsabilidade da Procuradoria-Geral da União/AGU.

31 Em alguns Estados, o produto da arrecadação das multas aplicadas pelo Tribunal de Contas constitui fundo especial destinado a modernizá-lo e aparelhá-lo.

o credor do respectivo valor é o ente público cujo patrimônio deve ser reparado; é ele quem tem legitimidade para agir, em razão de ser o titular do interesse processual, que se traduz de forma imediata e concreta. Assim, a cobrança dos débitos imputados contra gestores municipais deve ser promovida pela Fazenda Pública Municipal, por intermédio dos Procuradores do Município ou do Prefeito, e assim por diante.<sup>32</sup> O problema reside na leniência dessas cobranças, que frustra a expectativa da reparação do dano patrimonial detectado.

#### 2.4.2 A função do Ministério Público

Nesse cenário, exsurge a dúvida: é possível o Ministério Público, ante a omissão da Fazenda Pública interessada, promover a tal cobrança?

Esse problema já foi levado ao crivo dos Tribunais Superiores.

Em 28/04/2009, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Ministério Público possui legitimidade para a propositura de ação de execução de título extrajudicial oriundo de Tribunal de Contas Estadual (precedentes: REsp 996031/MG, primeira turma, DJ de 28/04/2008 e REsp 678969/PB, primeira turma, DJ 13/02/2006), com os seguintes argumentos:<sup>33</sup>

a) é que a decisão de Tribunal de Contas Estadual que impõe débito ou multa possui eficácia de título executivo, a teor do que dispõe o artigo 71, § 3º, da Constituição Federal de 1988;

b) a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o *status* de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 129, *caput*);

c) a Lei nº 8.429/92 estabelece as sanções aplicáveis aos agentes públicos que pratiquem atos de improbidade administrativa, prevendo que a Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à com-

32 CPC, art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:  
I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;  
II – o Município, por seu Prefeito ou procurador;  
(...).

33 STJ, 1ª Turma, REsp 1.109.433 / SE, Rel. Min. Luiz Fux, 28/04/09, D.J.E. 27/05/09.

plementação do ressarcimento do patrimônio público (artigo 17, § 4º), permitindo ao Ministério Público ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas (artigo 25, VIII, da Lei nº 8.625/93);

d) os artigos 129, III, da Constituição Federal de 1988, 6º, VII, “b”, da Lei Complementar nº 75/93, e 25, IV, “a” e “b”, da Lei nº 8.625/93, admitem a defesa do patrimônio público pelo Ministério Público, em ação civil pública.

Entretanto, de modo diverso, em 03/09/13, o mesmo Superior Tribunal de Justiça ementou:<sup>34</sup>

a) em que pese a anterior jurisprudência do STJ em sentido contrário, deve prevalecer a tese diversa, pela qual se entende não possuir o Ministério Público legitimidade para cobrar judicialmente dívidas consubstanciadas em título executivo de decisão do Tribunal de Contas;

b) é vedado ao Ministério Público exercer as funções de representação judicial de entidades públicas;

c) inexistente dúvida acerca da eficácia de título executivo extrajudicial de que são dotadas as decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa, nos termos do artigo 71, § 3º, da Constituição Federal;

d) antes da Constituição de 1988, nada obstava que lei ordinária conferisse ao Ministério Público outras atribuições, ainda que incompatíveis com suas funções institucionais; contudo, com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o exercício pelo *Parquet* de outras funções, incompatíveis com sua finalidade institucional, restou expressamente vedado (art. 129, IX, da CF), inclusive a representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

Esta última interpretação tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal. Ao decidir no Recurso Extraordinário nº 687.756 – MA, o Ministro Teori Zavascki, assentou que a jurisprudência do STF, em casos idênticos, firmou-se no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para executar penalidades impostas pelo Tribunal de Contas.<sup>35</sup>

Resta, então, ao Tribunal de Contas e ao Ministério Público trilhar o árduo e tortuoso caminho do controle das execuções desses títulos, a serem efetuadas pelas procuradorias estaduais ou municipais, com o objetivo de

34 STJ, 1ª Turma, EDcl-REsp 1.194.670 / MA, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 03/09/13, D.J. 20/09/13.

35 STF, Decisão Monocrática, RE 687.756 / MA, Rel. Min. Teori Zavascki, 17/03/14, D.Je. 21/03/2014.

identificar e buscar a punição dos agentes responsáveis por negligência na cobrança desses créditos, sob pena de se reduzir a vontade do constituinte originário – expressa no artigo 71, § 3º – a um *nada jurídico*, em favor da impunidade dos malfeitores da coisa pública.

Importa dizer que, diferentemente da multa aplicada pelo Tribunal de Contas – em função do princípio da intranscendência –,<sup>36</sup> a responsabilidade pelo pagamento do débito lançado nos seus acórdãos se transfere aos sucessores civis do devedor, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Nesse sentido, a lei processual estabelece que o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor podem figurar como sujeito passivo na execução (art. 568, II). O espólio responde pelas dívidas do falecido; feita a partilha, cada herdeiro responde por elas na proporção da parte que na herança lhe coube (art. 597).

Cabe ainda informar que, consoante a orientação jurisprudencial predominante no Superior Tribunal de Justiça, não se aplica a Lei nº 6.830/80 (dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública) à execução de decisão condenatória do Tribunal de Contas quando não houver inscrição em dívida ativa. Tais decisões já são títulos executivos extrajudiciais, de modo que prescindem da emissão de Certidão de Dívida Ativa – CDA, o que determina a adoção do rito do Código de Processo Civil quando o administrador discricionariamente opta pela não inscrição.<sup>37</sup>

## 2.5 Prescrição do título executivo referente à multa aplicada pelo Tribunal de Contas

A Carta da República prevê que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (CF, art. 37, §5º).

Vê-se que o constituinte originário teve o especial cuidado de ressaltar

36 CF, art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

37 STJ, 2ª Turma, AgRg-REsp 1.322.774 / SE, Rel. Min. Mauro Campbell, 26/06/2012, DJe 06/08/2012.

as ações de ressarcimento referentes a prejuízos ao erário de qualquer possibilidade de prescrição; aí se enquadram as ações de cobrança dos títulos executivos consubstanciados em acórdãos do Tribunal de Contas que visam à reparação de dano patrimonial mediante a imputação de débito. Nessa direção, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.210-9/DF, que versava especificamente sobre débito imputado pelo TCU, fixou entendimento no sentido da imprescritibilidade da ação de ressarcimento de dano ao erário.<sup>38</sup>

De modo diverso, a cobrança das multas impostas pela Corte de Contas, por terem caráter punitivo e não ressarcitório (natureza civil), submete-se ao prazo prescricional de 05 (cinco) anos, contados da data de emissão do acórdão.<sup>39</sup>

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca do procedimento ideal a ser adotado na tramitação dos processos que correm no âmbito dos Tribunais de Contas, bem como a sua padronização, é tema tão importante que coloca em pauta corrente a necessidade da edição de lei que estabeleça o rito a ser adotado em nível nacional; é a denominada Lei Processual dos Tribunais de Contas. Neste texto, a partir do que já existe, algumas contribuições foram oferecidas, sempre se mirando evidenciar que rito processual bom é aquele tanto mais simples e compacto quanto possível.

Por outro lado, o relevante debate em torno da eficácia das decisões prolatadas pelas Cortes de Contas mereceu pesquisa e reflexões. Pelo que foi exposto – principalmente considerando que os débitos imputados não podem ser cobrados pelo Ministério Público e que as multas aplicadas prescrevem em 5 (cinco) anos –, fica patente que os Tribunais de Contas precisam queimar energias na organização e planejamento das ações voltadas para acompanhamento do cumprimento de seus atos decisórios.

38 STF, Plenário, MS 26.210-9 / DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 04/09/08, D.J. 10/10/08.

39 STF, Plenário, Decisão Monocrática, AI 848.482 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 31/08/12, D.Je. 22/02/2013.

## **Organizações Sociais e Contratação de Pessoal: características e objetivos precípuos**

Social Organizations and personnel hiring: characteristics and main goals

**Bruno Santos Cunha<sup>1</sup>**  
**Renato Saeger Magalhães Costa<sup>2</sup>**

### **RESUMO**

Um dos maiores debates atuais acerca das entidades do Terceiro Setor está relacionado à forma segundo a qual selecionam e contratam pessoal no bojo de instrumentos de parceria com o Poder Público. Em específico – e centrando atenção, por ora, nas Organizações Sociais –, o presente estudo busca elencar os principais motivos pelo qual se entende perfeitamente viável a arregimentação de pessoal por tais entidades mediante seleção pública simplificada, em detrimento do instituto do concurso público a que submetidos os entes e órgãos componentes da Administração Pública (art. 37, II, da CF/88). Para além disso, o escopo do trabalho é ressaltar as especificidades de tal seleção pública simplificada, com suas características e objetivos precípuos.

**Palavras-Chave:** Terceiro Setor. Contratação de Pessoal. Processo Seletivo Público.

### **ABSTRACT**

One of the biggest debates nowadays around the Third Sector is related to the way in which the selection and hiring of personnel is managed inside a partnership instrument with the State. In more specific terms – and focusing on the Social Organizations –, the present article intents to discriminate the main

---

1 Mestre em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Universidade de São Paulo – USP; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC; Procurador do Município do Recife e Advogado em Urbano Vitalino Advogados; Professor Universitário. E-mail: brunofloripa@gmail.com

2 Bacharelado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: renato.costa@urbanovitalino.com.br

motives to which it's commonly understood that the regimentation of personnel can be managed through a simplified public selection, rather than the public examination that the organs and entities of the Public Administration are submitted (art. 37, II, of Brazil's 1988 Constitution). More and more, the scope of this article is to highlight the specifications of that simplified public selection, with its main goals and characteristics.

**Keywords:** Third Sector. Hiring. Public examination.

## 1 ESTADO, REFORMA GERENCIAL E O TERCEIRO SETOR: AS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Em breve e direta síntese, é possível enquadrar as Organizações Sociais como fruto de um desenvolvimento histórico-político que buscou desobstruir o Estado da burocracia em que se afundava, permitindo-se a desestatização de atividades de utilidade pública mediante contrato de gestão a ser firmado entre o Poder Público e entidades não governamentais sem fins lucrativos (Organizações Sociais).

Nesse sentido, é possível se perceber, de plano, que tais entidades, componentes do chamado Terceiro Setor, integravam a pauta da Reforma Gerencial que se instaurou no país há décadas atrás, sobretudo a partir de um movimento internacional com os mesmos rumos.

A aludida Reforma buscou ao máximo implementar na sociedade brasileira uma Administração Pública mais eficiente e menos burocrática, focando no controle de resultados, na descentralização e na eficiência no desempenho das atividades-fim. O que se objetivava, deste modo, era uma verdadeira transferência para o setor privado das atividades exercidas pelo Estado, mas que, na espécie e diante de caracteres intrínsecos específicos, poderiam ser manejadas com mais eficiência pelo setor privado.

Como bem salienta Marco Aurélio Nogueira,

[...] a reforma, no fundo, destinava-se a desconstruir o Estado com o propósito de encontrar outra maneira de posicioná-lo *vis-à-vis* o mercado e a sociedade, que se modificavam rapidamente por efeito da globalização. O aparelho de Estado precisaria ser outro para poder ter melhor desempenho. (NOGUEIRA, 2005, p. 47.)

Em si, esse modelo de gestão compartilhada / apoiada no setor privado mostrou-se bastante útil para que se expandisse a participação social na gestão do aparato público, de modo que o Estado permaneceu como titular do serviço prestado, em termos de competência, e, outrossim, trouxe parceiros privados para a realização de atividades de nítida utilidade pública.

Sendo assim, o Terceiro Setor<sup>3</sup> – demarcado pelas entidades privadas que se enquadravam fora da definição dual entre Estado e Mercado – acabou por personificar a transferência para o setor privado de atividades de interesse social e utilidade pública anteriormente exercidas e controladas diretamente pelo Estado.

Criou-se, portanto, um verdadeiro lócus público não estatal capaz de interagir com o Estado a fim de prestar atividades materialmente públicas, ainda que não exclusivas. Dentre as entidades do Terceiro Setor, destacam-se, por ora, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Organizações Sociais (OS), tendo-se o foco do presente trabalho no exame dos caracteres mais específicos das segundas, ainda que as ilações aqui empreendidas também sejam válidas às primeiras.<sup>4</sup>

Por certo, uma vez adquirida, pois, a qualificação jurídica de Organização Social por parte de uma pessoa jurídica privada, esta é declarada como de interesse social para todos os efeitos legais, inclusive para receber repasses orçamentários e utilizar-se de bens públicos para consecução de seus objetivos. Assim – e conforme anota José dos Santos Carvalho Filho –,

[...] o novo sistema, como se pode observar, tem na parceria entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos o seu núcleo jurídico. A descentralização administrativa nesse tipo de atividade pode propiciar grande auxílio ao governo, porque as organizações sociais, de um lado, têm vínculo jurídico que as deixa sob controle do Poder Público e, de outro, possuem a flexibilidade jurídicas das pessoas privadas, distante dos freios burocráticos que se arrastam nos corredores dos órgãos públicos. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 328.)

3 Terceiro setor é o “conjunto de entidades privadas sem fins lucrativos ou econômicos que exploram atividades de interesse coletivo”. Vide: FURTADO, 2007, p. 9-11.

4 Ademais, é de ver-se que a lógica aqui tratada pode ser expandida para as parcerias firmadas entre Administração e organizações da sociedade civil de que trata a Lei Federal n. 13.019/2014.

Como se vê, as Organizações Sociais representam, atualmente, uma solução para os entraves burocráticos que ainda subsistem no desempenho da atividade administrativa diretamente realizada pelo Estado. O que se tem, diante disso, é verdadeiro regime de parceria em serviços de natureza não exclusiva por parte do Estado, em típica gestão associada e concertada da atividade pública com vistas a uma melhor prestação de serviços aos administrados.

Por se tratarem de entidades privadas que atuam ao lado do Estado não lhe pertencendo (lócus público não estatal ou *publicizadas*<sup>5</sup>), e ainda pela sua recente difusão, muita querela se instaurou quanto ao regime jurídico aplicável a tais pessoas jurídicas, sobretudo no que tange à obrigatoriedade ou não de realização de concursos públicos para arregimentação de pessoal. Esse, pois, o ponto focal daqui por diante.

## 2 FORMAS DE ARREGIMENTAÇÃO DE PESSOAL PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (TERCEIRO SETOR)

Tendo em vista os primados da impessoalidade e da moralidade, insculpidos na Constituição de 1988 e imperiosos na atividade administrativa (art. 37, *caput*, da CF/88), restou estabelecido que as seleções públicas para arregimentação de pessoal para composição dos quadros públicos deveriam ser feitas mediante a realização de concursos públicos.

O instituto do concurso público, podemos afirmar, é o certame em que participam nas mesmas condições, e em nítida concorrência, os interessados em integrar os quadros da Administração Pública. É, portanto, “o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei”.<sup>6</sup>

Regra geral, por intermédio da meritocracia aferida por critérios minimamente objetivos, todos os interessados em assumirem cargos / empregos públicos efetivos, em sentido lato, hão de se submeter ao concurso de provas ou provas e títulos oferecidos pela Administração. Esta, por sua vez, tem por

5 O termo *publicização*, no original, *publicación*, é utilizado por Luiz Carlos Bresser Pereira em diversas obras contextualizadas na administração pública gerencial para designar as instituições públicas não-estatais. Vide: BRESSER PEREIRA, 2008.

6 MEIRELLES, 2005, p. 419

objetivo contingenciar aqueles mais aptos à prestação dos serviços públicos aos cidadãos. Os agentes que exercem função pública, portanto, estariam, via de regra, sujeitos à arregimentação por seleção universal, impessoal e objetiva, de provas ou provas e títulos, nos termos da previsão constitucional.

Por outro lado, é possível agregar-se recursos humanos pela mera avaliação subjetiva do candidato – ainda que com certas balizas de objetividade –, como corriqueiro na iniciativa privada. De fato, tal proceder é facilmente verificável, ainda que no âmbito do Poder Público, sendo possível, em determinados casos, a seleção de pessoal sem a exigência de realização de concurso público (cargos em comissão, por exemplo).

Neste ínterim, e por residir na intersecção do domínio entre o público e o privado, o Terceiro Setor tem sido precursor da querela acerca da indispensabilidade ou não de seleção de pessoal por concursos públicos. É que o uso das contratações por concurso por entidades do Terceiro Setor em parceria com o Estado, dentre as quais as OS, entendemos, deve ser flexibilizado, consubstanciando a sua posição de ente privado parceiro do Estado, de modo que lhes seja permitido realizar procedimentos simplificados para contratação de pessoal.

Os órgãos de controle, apesar da grande variabilidade nas decisões sobre a matéria, têm caminhado no sentido da consolidação de posição jurisprudencial que indica a possibilidade de utilização de padrões mais flexíveis para a contratação de pessoal por entidades do Terceiro Setor, nos moldes das denominadas seleções públicas, ainda que não se fulmine, no todo, a autonomia administrativa inerente ao setor.

Nessa linha, o próprio Tribunal de Contas da União indica, como supedâneo para tal sorte de contratação de pessoal, a necessidade de se atender às balizas constitucionais da isonomia e eficiência, de modo a se alcançar uma seleção de pessoal legítima e escorreita<sup>7</sup>. Assim é que o fim último nas contratações pelas Organizações Sociais deve ser o da eficiente prestação do serviço e o da eficaz realização do interesse público manejado na prestação, sem que se olvide, de todo modo, das diretrizes de impessoalidade e isonomia.

Ainda nesse ponto, é notável que a flexibilização oriunda do regime jurídico decorrente de contratos de gestão entre Poder Público e Organizações Sociais acaba por representar grande dificuldade tanto para gestores como

7 CUNHA; CARVALHO, 2014, p. 266.

para os órgãos de controle da Administração. Como bem salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] aqui no Brasil o contrato de gestão tem sido um desses temas em que a aplicação prática antecede o labor legislativo e exige todo um trabalho de interpretação e, mais do que isso, de acomodação de um instituto novo ao ordenamento jurídico vigente. E as dificuldades não são pequenas para o estudioso do direito, em face de um sistema jurídico-constitucional rígido, que praticamente fecha todas as portas para qualquer tipo de flexibilização nas formas de atuação da Administração Pública. As poucas frestas deixadas pelo legislador vão servindo de caminho para os tecnocratas, na tentativa de modernizar a Administração Pública, tornando mais eficiente. (DI PIETRO, 2011, p. 256.)

Bem de ver, pois, que a rigidez do direito positivo nacional e a inovadora flexibilidade decorrente dos contratos de gestão acaba por ser absorvida em diferentes escalas pela prática jurídica e, conseqüentemente, nas decisões de órgãos de controle da Administração (sejam os órgãos jurisdicionais, sejam os Tribunais de Contas). Isso indica, adiante, um amplo espectro de entendimentos sobre a questão, não havendo, por conseguinte, a adoção de premissas estanques e imutáveis acerca da temática.

Nessa medida, os precedentes na matéria apontam, de plano, para a insubsistência do concurso público como metodologia de seleção para as Organizações Sociais no bojo de suas parcerias com o Estado. Mais do que isso, é inconteste o fato de que os Tribunais afastam, de forma incisiva, alegações de improbidade e até mesmo de crime em atuações de Organizações Sociais que, em sua gestão cotidiana, prescindem da realização de concurso público.

Veja-se, por exemplo, precedente paradigmático de exclusão de tipicidade na conduta de contratação de pessoal sem concurso público por Organização Social:

A administração pode celebrar contrato de gestão com organização social, ou firmar termo de parceria com organização da sociedade civil de interesse público - OSCIP, prevista pela lei 9.790/99 - desde que a seleção da entidade seja precedida de regular procedimento licitatório, vez que será beneficiada por recursos ou verbas públicas. Contudo, **uma vez celebrado o contrato de gestão ou o termo de parceria em consonância**

**com o edital do certame, a organização pode contratar diretamente - independentemente de nova licitação ou concurso público - os serviços e a mão de obra necessários à consecução das obrigações assumidas junto à Administração.** Em suma, os fatos narrados na denúncia evidentemente não constituem crime. A contratação de OSCIP - organização da sociedade civil de interesse público - por meio de Termo de Parceria, após regular licitação (cuja regularidade não foi questionada na denúncia), e a contratação por parte desta, de pessoas para exercerem as obrigações contraídas, não caracteriza o crime do art. 1º, inc. XIII do Decreto-lei 201/67, nem violação ao art. 37, II da Constituição Federal. (TJPR - ED 523078601 – 2ª Câmara Criminal – Rel. Des. Lilian Romero – Julgamento em 1.10.2009)

Em situação assemelhada, é de se evidenciar o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, em seu voto-vista na ADI 1923 que trata justamente dos caracteres de constitucionalidade da Lei instituidora do regime de Organizações Sociais em nosso ordenamento jurídico (Lei Federal n. 9.637/98). Naquela oportunidade, eis a elucidativa argumentação do referido Ministro sobre a aproximação das Organizações Sociais às condições de mercado, especialmente na contratação de pessoal:

As Organizações Sociais, portanto, traduzem um modelo de parceria entre o Estado e a sociedade para a consecução de interesses públicos comuns, com ampla participação da comunidade. De produtor direto de bens e serviços públicos o Estado passa a constituir o fomentador das atividades publicizadas, exercendo, ainda, um controle estratégico de resultados dessas atividades. O contrato de gestão constitui o instrumento de fixação e controle de metas de desempenho que assegurem a qualidade e a efetividade dos serviços prestados à sociedade. **Ademais, as Organizações Sociais podem assimilar características de gestão cada vez mais próximas das praticadas no setor privado, o que deverá representar, entre outras vantagens: a contratação de pessoal nas condições de mercado; a adoção de normas próprias para compras e contratos; ampla flexibilidade na execução do seu orçamento.**<sup>8</sup>

8 Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 1923 MC – Rel. Min. Ilmar Galvão – Rel. para Acórdão Min. Eros Grau – Plenário – Julgamento em 1/8/2007.

Como visto, as manifestações acima indicam a insubsistência da exigência do concurso público como imperativo para a atuação das Organizações Sociais. O que se tem, pois, é a possibilidade de abertura procedimental para contratação de pessoal em sistemática que se aproxima das condições usuais de mercado (privado).

É que, se assim não o fosse, poderia restar inviabilizada a arregimentação de pessoal por tais entidades, sobretudo por se ter uma trava burocrática que fulminaria o próprio mote de sua existência: a simplificação de formalidades e a descentralização com controle de resultados.

E é exatamente neste tema que impende asseverar que, caso fosse obrigatória a contratação mediante concurso público pelas Organizações Sociais, restaria evidenciada uma contradição inafastável. As Organizações Sociais que já existissem antes da assinatura de eventual contrato de gestão com o Poder Público provavelmente teriam em seu quadro de recursos humanos pessoas que não teriam realizado qualquer espécie de seleção (contratação notadamente privada), mas que, mesmo assim, viriam a exercer atividade publicizada no bojo do contrato de gestão posteriormente firmado.

Diante disso, a Corte de Contas Federal assim afirmou:

[...] as OS, na moldura definida pela Lei 9.637/1998, podem preexistir ao contrato de gestão. Nessa circunstância, carece de razoabilidade definir aspectos relativos à seleção de pessoal, haja vista que os serviços poderão ser executados, inclusive, por pessoal anteriormente contratado, o qual pode não ter se submetido a qualquer espécie de seleção. Por essas razões, entendo que o melhor encaminhamento a ser dado por este Tribunal é aquele originalmente proposto pelo relator, eminente Ministro José Múcio, que se limitou a recomendar à CGEE a observância dos princípios constitucionais insculpidos no caput do art. 37 da Constituição quando da realização de processo seletivo para a contratação de pessoal. **(TCU – Ac. 1679/2013 – Plenário – Voto do Rel. Min. José Múcio Monteiro – Sessão do dia 3/7/2013).**

De qualquer sorte, é válido evidenciar, também, os posicionamentos que aludem a uma flexibilização que instaura o processo de seleção de pessoal nas Organizações Sociais com menores amarras e ingerências burocrático-procedimentais.

Em contexto assemelhado e tendo como pano de fundo a situação dos Serviços Sociais Autônomos como componentes do já aludido lócus público não estatal, eis a linha trilhada pelo Ministro do TCU Benjamin Zymler:

[...] o fato de não se sujeitarem à obrigatoriedade de realizar concurso público nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, permite aos serviços sociais autônomos a adoção de formas de seleção diferenciadas, as quais refogem ao estrito objetivismo característico dos concursos públicos realizados pela Administração Pública. Assim que, desde que assegurada a obediência aos princípios básicos de direito público (legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade), não se pode concluir de forma imediata que a avaliação de habilidades seja um método de seleção necessariamente não-isonômico e não transparente. (TCU – Acórdão 1.132/2007 – 2ª Câmara – Rel. Min. Benjamin Zymler – Julgamento em 15/5/2007).

Sobre a questão do respeito aos princípios da Administração Pública, portanto, é certo que devem ser zelados quando da realização do procedimento simplificado de seleção de recursos humanos pelas Organizações Sociais. Nesses termos, ainda que não exista obrigatoriedade legal à realização de concursos públicos, é imperioso o integral respeito aos princípios administrativos constantes do artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988.

A ausência da observação aos princípios da impessoalidade, publicidade, isonomia e eficiência, buscando realizar a seleção de pessoal de forma legítima e transparente, pautada em critérios objetivos previamente definidos em seu próprio regulamento de seleção de pessoal, portanto, ensejaria infração a ser imputada pelo órgão competente de controle.<sup>9</sup>

No entanto, a incidência de tais princípios na atuação das Organizações Sociais não lhes retira a possibilidade de temperamento aos estritos requisitos inerentes aos concursos públicos. Nesses termos, a reiterada manifestação do Tribunal de Contas da União:

---

9 Em específico, a seleção deve ser pautada em critérios minimamente objetivos, estabelecidos de forma prévia ao certame: seja no regulamento de seleção da entidade, seja no próprio instrumento convocatório. Ademais, é necessário, como providência inafastável, a mais ampla publicidade e divulgação dos atos de seleção, alcançando-se o maior espectro possível de interessados na seleção.

Não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão; entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade. **(TCU – Ac. 3239/2013 – Plenário – Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues – Sessão do dia 27/11/2013).**

[...] entendo suficiente recomendar à CGEE que adote critérios objetivos de seleção de pessoal, de forma a assegurar a isonomia entre os interessados, a impessoalidade, a transparência e publicidade dos procedimentos utilizados para a admissão de pessoal. **(TCU – Ac. 1679/2013 – Plenário – Rel. Min. José Múcio Monteiro – Sessão do dia 3/7/2013).**

Em tal toar, e uma vez respeitados os princípios constitucionais, é perfeitamente viável a seleção simplificada para contratação de pessoal pelas Organizações Sociais, uma vez que, caso não o fizessem – e fossem obrigadas a realizar concurso público em termos estritos –, tais entidades estariam em patente desconformidade com sua própria natureza jurídica. Sobre o tema, o TCU assim se pronunciou:

[...] a submissão das OS ao regime jurídico-administrativo implicaria retirar dessas organizações as vantagens comparativas que justificaram sua criação. Aduzo que, ainda que se admitisse, a título de argumentação, a necessidade de as OS observarem regras de direito público quando da realização dos certames seletivos de pessoal, haveria um sério problema a ser equacionado. Considerando que as OS desempenham atividades custeadas com recursos de diversas fontes e possuem empregados que foram contratados sem observar as exigências em tela, quando as organizações sociais utilizassem recursos repassados com fulcro em contratos de gestão, quem ficaria responsável por executar as tarefas neles avençadas? Aquelas pessoas contratadas por meio desses certames seletivos ou os demais empregados da OS? Além disso, quem precisaria ser admitido por meio dessa seleção: todos os empregados ou apenas aqueles que executassem determinadas atividades? Consta-se que a exigência da realização desse tipo de certame acarretaria uma série de problemas práticos em organizações que utilizam recursos de fontes variadas, públicas e privadas. **(TCU – Ac. 1111/2008 – Plenário – Rel. Min. Benjamin Zymler – Sessão do dia 11/6/2008).**

Por fim, deve-se assinalar que não obstante a arregimentação de pessoal poder ser feita de forma simplificada, é inafastável a exigência de critérios objetivos para tal contratação. Em que pese tal fato, a alegação acima não impede a existência de requisitos de ordem subjetiva nas seleções de pessoal das Organizações Sociais; no entanto, deve-se atentar para que tais critérios sejam predominantemente aferidos de modo objetivo.

Aliás, não se pode presumir que quando parte da avaliação decorra de elementos subjetivos haja mácula em todo o procedimento administrativo de contratação de pessoal. Veja-se, nesse tocante, o voto do Ministro do TCU Benjamin Zymler em precedente sintomático sobre esse tema:

Nessa linha, julgo que a redação da recomendação contida do novo subitem 9.4.1 merece igualmente ser adaptada, pois a expressa menção à necessidade de a entidade se abster de utilizar, dentre os critérios de seleção, da avaliação psicológica, confere caráter coercitivo à recomendação exarada. Ademais, não se deve olvidar que diversas entidades privadas adotam a avaliação psicológica como fase no processo de seleção de pessoal, sem que isso importe, necessariamente, na violação do princípio da impessoalidade. (TCU – Ac. 1679/2013 – Plenário - Rel. Min. José Múcio Monteiro – Sessão do dia 3/7/2013).

Ainda quanto à questão da objetividade inerente aos certames de seleção de pessoal, é de ver-se que, nos termos dos precedentes acima colacionados, o próprio Tribunal de Contas da União trata da temática indicando que o rigorismo objetivista das seleções não demarca, por si só, a correição do certame. Veja-se:

[...] a administração tem obrigação de ser eficiente. Se o legislador editou norma prevendo a delegação de determinados serviços públicos para as OS, depreende-se que vislumbrou a possibilidade de elevar o grau de eficiência em razão do afastamento de restrições impostas pelo ordenamento jurídico à administração. Portanto, impor às OS que seus processos seletivos observem as normas e critérios aplicáveis à administração vai de encontro à finalidade da celebração dos contratos de gestão. (TCU - Acórdão nº 1679/2013 – Plenário - Rel. Min. José Múcio Monteiro – Sessão do dia 3/7/2013)

Ora. O contrato de gestão tem por escopo dar mais celeridade, autonomia, qualidade, produtividade e eficiência ao serviço de relevância pública prestado pelas Organizações Sociais. Assim é que o instrumento de parceria cumpre seu desígnio constitucional e legal, tendo-se que as Organizações Sociais, inegavelmente, satisfazem a consecução dos princípios constitucionais da Administração na medida em que arregimentam seu pessoal na forma acima exposta.

### 3 CONCLUSÃO

Em termos finais, o que percebe, então, é que os atuais patamares de juridicidade inerente às Organizações Sociais acabam por amenizar a rígida procedimentalização dos concursos públicos para a arregimentação de pessoal por tais entidades no bojo de suas atividades compartilhadas com o Poder Público (no bojo de instrumentos de parceria). Diante disso, é inteiramente possível às Organizações Sociais que manejem a contratação de seus recursos humanos mediante seleção pública simplificada, desde que presentes critérios minimamente objetivos e que sejam respeitados os princípios atinentes à Administração Pública previstos no texto constitucional (entre outros, impessoalidade, moralidade, isonomia e publicidade).

### REFERÊNCIAS

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: A reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. 34. ed. Brasília: ENAP, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FURTADO, Lucas Rocha. **Entidades do Terceiro Setor e o dever de licitar**. Belo Horizonte: Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, ano 6, n. 65, maio 2007.

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

NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Um Estado para a sociedade civil: Temas éticos e políticos da gestão democrática**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

## **Os efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável e a (in)existência de direito adquirido: reflexões sobre as mudanças de investidura dentro das universidades federais sob o advento da Lei n.º 12.772/2012**

The effects of vacancy for taking office into a non-accumulated job position and the (in)existence of vested right: reflections about changes of investiture inside federal universities under the Federal Law n.º 12.772/2012

**Cynara Monteiro Mariano<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

O presente artigo aborda a temática acerca dos efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável, prevista na Lei n.º 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Civil Federal), no art. 33, inciso VIII, e a polêmica existente em torno da (in)existência de direito adquirido à preservação dos direitos personalíssimos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor público durante a investidura anterior. O estudo tem por finalidade investigar se o entendimento que vem sendo conferido pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal ao referido instituto, restringindo sua eficácia à continuidade de apenas algumas vantagens funcionais (por exemplo, férias e regime previdenciário), é harmônico com a garantia do direito adquirido e com os princípios constitucionais pertinentes ao assunto, especialmente o princípio da razoabilidade. Isso porque, diferentemente das demais hipóteses de vacância que resultam na interrupção do vínculo com a Administração Pública, a vacância por posse em cargo inacumulável não provoca a solução de continuidade, autorizando o raciocínio de que, nesse caso, os benefícios e vantagens sujeitos ao respectivo implemento dos requisitos fático-legais, uma vez já consumados, devem ser preservados. Ainda mais em se tratando de situações que vêm se tornando frequentes na carreira do Magistério Superior Federal, em que a mudança de vínculo ocorre muitas vezes entre cargos idênticos, dentro da mesma pes-

1 Pós-doutora em Direito Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC), Advogada e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. E-mail: cynaramariano@gmail.com.

soa jurídica de direito público, entre unidades acadêmicas ou departamentais distintas. O artigo visa, então, estabelecer uma exegese jurídica diferencial para uma situação que reclama, ao nosso sentir, um tratamento igualmente singular, afastando a tese geral de inexistência de direito adquirido a regime jurídico, já pacificado na jurisprudência dos tribunais brasileiros.

**Palavras-Chave:** Cargo público. Vacância. Direito adquirido.

## ABSTRACT

The present paper addresses the issue of the vacancy effects for taking office into a non-accumulated job position, provided in the Law No. 8.112/90 (Statute of the Federal Civil Public Servant), in Art. 33, clause VIII, and the existing controversy around the (in)existence of vested right to the preservation of very personal rights already incorporated into the legal patrimony of the public servant during the previous job investiture. The study aims to investigate whether the understanding that has been conferred by the organs and entities of the Federal Public Administration to the referred institute, restricting its effectiveness to the continuity of only some functional benefits (e.g., vacation and pension scheme), is harmonic with the assurance of the vested right and the constitutional principles pertinent to the subject, especially the principle of reasonableness. That is because, unlike other hypotheses of vacancy that result in the interruption of the employment bond with the Public Administration, the vacancy for taking office into a non-accumulated job position does not cause interruption, allowing the reasoning that, in such case, the benefits and advantages subject to the respective implement of the factual and legal requirements, as already accomplished, must be preserved. Even more when it comes to situations that have become common in the career of Federal Higher Education, in which the change of bonding often occurs between identical positions within the same legal entity under public law between different academic or departmental units. The article seeks, then, to establish a differential legal exegesis for a situation that claims, to our feeling, an equally natural treatment, ruling out the general thesis of lack of entitlement to statutory scheme, already pacified in the jurisprudence of Brazilian courts.

**Keywords:** Public job position. Vacancy. Vested Right.

## 1 INTRODUÇÃO

Os efeitos da vacância de cargo público constituem temática que ainda apresenta entendimentos dissonantes na doutrina e jurisprudência brasileiras, possivelmente pelo fato de as leis estatutárias regedoras dos respectivos regimes jurídicos do servidor público no País não estabelecerem os seus efeitos jurídicos de forma expressa. Isso resulta em decisões administrativas díspares entre os vários órgãos e entidades da Administração Pública, que geralmente conferem interpretação bastante restrita a tais efeitos, ancoradas em manuais internos, notas técnicas, pareceres normativos etc., ou seja, em atos normativos de natureza infra-legal, que muitas vezes atentam contra garantias e princípios constitucionais.

O assunto merece uma análise mais acurada porque envolve situações comuns no serviço público, em que, imbuídos pelo espírito desafiador ou com vistas a melhores condições remuneratórias e de trabalho, servidores públicos, muitas vezes já estáveis, logram êxito em outros concursos públicos, passando a ser investidos em novos cargos nas mesmas ou diferentes esferas da Administração Pública.

Há, inclusive, situação peculiar que vem se tornando frequente no âmbito da carreira do Magistério Superior Federal, em especial após o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), instituído pelo Decreto nº 6.096, de 24 de abril de 2007. Com o REUNI, o Governo federal pretendeu retomar o crescimento do ensino superior público, criando condições para que as universidades federais do País promovessem a sua expansão física, acadêmica e pedagógica.

Como o Programa possibilitou a destinação de recursos financeiros para pagamento de despesas de custeio e de pessoal associadas à expansão das atividades decorrentes dos planos de reestruturação apresentados pelas universidades federais, houve a criação de um número expressivo de vagas no corpo técnico das instituições, o que impulsionou a contratação de muitos docentes e servidores administrativos, sendo aqueles, em sua grande maioria, submetidos ao regime de 40 horas com dedicação exclusiva. O Programa impulsionou também a migração de docentes e demais servidores entre as universidades federais e dentro das próprias universidades.

Nem mesmo essa situação peculiar, de mudança de vínculo na mesma esfera federal e dentro da mesma pessoa jurídica de direito público, foi capaz de

produzir um entendimento diferente da exegese restritiva que os órgãos e entidades da Administração Pública federal costumam empregar à vacância dos cargos anteriores, certamente obrigando os interessados a recorrer às vias judiciais para assegurar a manutenção de suas vantagens e direitos personalíssimos.

Mais especificamente, é usual ser negado, administrativamente, o aproveitamento do tempo de exercício anterior para fins de estágio probatório e as progressões e promoções já obtidas, mesmo quando os cargos são idênticos (mas ambos inacumuláveis) e exercidos dentro da mesma pessoa jurídica de direito público. Já para efeitos previdenciários e férias, é comumente assegurado o cômputo do tempo de exercício.

Verifica-se, portanto, que a Administração Pública costuma aplicar entendimentos equivocados e contraditórios quanto aos efeitos da vacância, considerando que não houve solução de continuidade para certos fins e que houve para outros fins. Mais precisamente, que não houve interrupção do vínculo funcional para efeitos previdenciários e para fins de cálculo das férias, mas que houve para efeito de estágio probatório e progressão/promoção na carreira, ainda que a nova investidura ocorra no mesmo cargo, mas pertencente a unidade administrativa diversa, como é o caso das unidades departamentais das universidades federais.

Isso sem qualquer amparo legal mais subsistente, pois a Lei n.º 8.112/90 não prevê expressamente os efeitos da vacância. Então nem mesmo o princípio da legalidade está sendo cumprido.

Assim, uma nova exegese, mais harmônica com o texto constitucional, e até mesmo com o próprio princípio da legalidade, deve ser estabelecida. Afinal, é raciocínio basilar no direito, extraído dos princípios da isonomia e da razoabilidade, que situações peculiares merecem tratamento diferenciado, não podendo mais subsistir esse entendimento da Administração Pública que emprega à vacância efeitos controversos, particularmente diante de situações que envolvam provimentos em cargos públicos indênticos e dentro da mesma pessoa jurídica de direito público.

## 2 DOS EFEITOS DA VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Há diferença, em termos de efeitos jurídicos, entre a vacância motivada pela posse em cargo inacumulável, descrita no inciso VIII do art. 33 da Lei n.º 8.112/90, e a vacância derivada das demais hipóteses legais, previstas nos outros incisos desse mesmo artigo:

Art. 33. A vacância do cargo público decorrerá de:

- I - exoneração;
- II - demissão;
- III - promoção;
- IV - ~~ascensão~~; (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- V - ~~transferência~~; (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)
- VI - readaptação;
- VII - aposentadoria;
- VIII - posse em outro cargo inacumulável;
- IX - falecimento.

O efeito é justamente esse: a vacância por posse em cargo inacumulável, assim como a decorrente de promoção e readaptação, não resulta em solução de continuidade do vínculo mantido com a Administração Pública, enquanto a vacância resultante de exoneração e de demissão acarreta a interrupção do vínculo.

A vacância é o desligamento de cargo público efetivo, com a geração de vaga, que possibilita o servidor aprovado em concurso público ser nomeado para outro cargo inacumulável, independentemente da esfera de poder, e sem que haja o rompimento da relação jurídica com o ente onde o servidor se encontra inicialmente lotado. Obviamente, se não se verifica o rompimento da relação jurídica, devem ser preservados todos os direitos personalíssimos já incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, como as férias já adquiridas, o tempo de contribuição, o regime previdenciário, o tempo de estágio probatório etc.

É nesse sentido que se expressa o entendimento exarado em alguns pareceres normativos da própria Administração Pública Federal:

Na hipótese de tratar-se de posse e conseqüente vacância de cargo pertencente à União, são preservados os direitos personalís-

simos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, mesmo se, na data em que este for empossado, os preceptivos de que advieram os direitos não mais integrarem a ordem estatutária, pois subsistirá a relação jurídica e nenhuma interrupção ocorrerá na condição de servidor da entidade empregadora. (Parecer N -AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000).

Entende-se por direitos personalíssimos do servidor, todos aqueles que passaram a compor o seu patrimônio jurídico em decorrência de um vínculo com a Administração Pública, tais como as vantagens pessoais e as incorporações de décimos, bem como a contagem do período aquisitivo para novas férias. (Parecer PJ/SLP n.º 275/02)

Nos casos de provimento e vacância envoltentes de pessoas político-federativas distintas, aproveita-se o tempo de serviço ou de contribuição, conforme o caso, para efeito de aposentadoria. (Parecer N-AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000). O servidor estável ou não estável, regido pela Lei nº 8.112, de 1990, que tomar posse em outro cargo público federal, que já tenha cumprido o interstício de 12 (doze) meses de efetivo exercício no cargo anteriormente ocupado, fará jus às férias e gratificação natalina correspondente àquele ano civil no novo cargo efetivo, caso não tenha usufruído, e desde que não haja quebra de interstício. (Nota Informativa COGES/DENOP/SRH/MP nº 305/2010 e art. 11 da ON SRH/MP nº 2/2011).

Deverá haver o acerto financeiro com relação à gratificação natalina, bem como em relação às férias por ocasião de vacância motivada por posse em outro cargo público inacumulável. (Parecer PJ n.º 275/02).

Não será exigido período aquisitivo de 12 (doze) meses de efetivo exercício para efeito de concessão de férias no novo cargo, desde que o servidor tenha cumprido essa exigência no cargo anterior (Art. 7.º, “d”, Portaria Normativa n.º 02/98).

Inclusive, mais especificamente, entendendo que a vacância por posse em cargo inacumulável, diferentemente da exoneração, mantém o vínculo anterior, preservando os direitos personalíssimos já adquiridos pelo servidor público, cite-se trecho do Parecer N -AGU/WM-1/2000 – Anexo ao Parecer nº GM 013/2000, da lavra de Gilmar Mendes, à época Advogado-Geral da União:

PARECER N. AGU/WM-1/2000 (Anexo ao Parecer nº GM-013)  
PROCESSOS NS. 00400.001788/99-63 E 00416.011419/99-91  
ASSUNTO: Posse em cargo público federal e conse-

qüente vacância de outro cargo, ambos inacumuláveis. Direitos que são adquiridos, preservados e extintos. EMENTA: A nomeação e a posse constituem relação jurídica entre o servidor e o Estado, gerando direitos e deveres. A exoneração os extingue.

(...) Na hipótese de tratar-se de posse e consequente vacância de cargo pertencente à União, são preservados os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor, mesmo se, na data em que este for empossado, os preceptivos de que advieram os direitos não mais integrarem a ordem estatutária, pois subsistirá a relação jurídica e nenhuma interrupção ocorrerá na condição de servidor da entidade empregadora.

(...) PARECER (...) 17. Essa noção de manutenção de vinculação funcional deflui ainda do regramento, que se cita à guisa de exemplo:

a) da estabilidade, dado que adquirida no serviço público (v. o art. 21 da Lei n. 8.112). Não se caracteriza como atributo do cargo, pois o servidor a mantém quando é investido noutro cargo de quadro de pessoal de uma mesma pessoa jurídica;

b) da recondução de pessoal estável, ao cargo de que é exonerado, decorrente da inabilitação em estágio probatório ou da reintegração do anterior ocupante do cargo ocupado pelo servidor a ser reconduzido (arts. 20 e 29 da Lei n. 8.112 e 41, § 2º, da C.F.);

c) da reclassificação de cargos e de servidores, mediante transformação dos primeiros, como determinada, exemplificativamente, pelo art. 4º da Lei n. 9.421, de 1996 (criou as carreiras dos servidores do Poder Judiciário).

18. Ora, se persistem: a) a condição de servidor quando este é exonerado de um cargo porque empossado em outro inacumulável, ambos de uma mesma pessoa jurídica; b) suas responsabilidades; c) a relação jurídica; e d) o amparo do tempo de serviço prestado, *ex vi legis*, não se reputaria coerente com o senso da razoabilidade o Estado entender suprimidos, interpretativamente, os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor (décimos, anuênios, etc.). Note-se que eles seriam tidos como eliminados não obstante a Administração haver inscrito o servidor no concurso público, aferido seus conhecimentos e condições de saúde, físicas e mentais, e efetuado a nova investidura, provocando prejuízos a quem submeteu-se aos desgastes próprios de qualquer processo seletivo público e galgou novo cargo, continuando a prestar serviços ao Estado, em regra, mais complexos e de maior responsabilidade.

19. Esses fundamentos jurídicos conduzem à certeza de que a

Nota Técnica CAJ/DGA-AGU/Nº 507/99, da Diretoria-Geral de Administração desta Advocacia-Geral (fls. 46/50), encerra o melhor resultado exegético, pois dirime que - o servidor exercente de cargo no Poder Judiciário Federal que, por ter sido aprovado em concurso público no âmbito do Poder Executivo Federal, pleiteia a incorporação das vantagens pessoais por ele já incorporadas quando do exercício do cargo no outro Poder da União. Mas frise-se, no caso sob exame, necessariamente não houve quebra do vínculo jurídico com o ente estatal União, até mesmo porque ambos os poderes, tanto o Executivo como o Judiciário, integram a Pessoa Jurídica de Direito Público Interno -União -, bem assim são regidos pelo mesmo regime jurídico único dos servidores civis da União, Autarquias e Fundações Públicas Federais, ou seja, a Lei nº 8.112/90. Desse modo, não resta dúvida de que o servidor que migra do Poder Judiciário Federal para exercício de outro cargo inacumulável no Poder Executivo, que também é Federal, poderá trazer consigo as vantagens pessoais já incorporadas no outro Poder da União, desde que não tenha havido quebra dessa relação jurídica ... -. Impende observar que o Parecer GQ - 208, de 16 de dezembro de 1999, adotou a Nota n. AGU/WM-46/99, de 1º/12/99, ambos publicados no D.O. de 21/12/99, a qual dilucida que o art. 15 da Lei n. 9.624, de 1998, restabeleceu a denominação das parcelas incorporadas aos vencimentos a título de décimos, inexistindo, portanto, as aludidas vantagens pessoais, nominalmente identificadas.

(...) 25. Em suma, a investidura de titular de cargo de Estadomembro, do Distrito Federal ou de Município em cargo federal inacumulável não restabelece direitos que tenham sido adquiridos em decorrência de cargo anteriormente exercido na União e extintos com a desvinculação. O tempo de contribuição ou de serviço prestado às primeiras unidades federativas é considerado para efeito de aposentadoria.

26. Os direitos personalíssimos incorporados ao patrimônio jurídico do servidor público federal subsistem quando este é empossado em cargo não passível de acumulação com o ocupado na data da nova investidura, pertencendo os dois à mesma pessoa jurídica.

27. A posse e a exoneração, cujos efeitos vigem a partir de uma mesma data, mesmo que envolvendo diferentes segmentos federativos, não proporcionam descontinuidade na qualidade de servidor público, de modo a elidir o amparo do art. 3º da Emenda Constitucional n. 20, de 1998. (grifos nossos).

Vê-se, portanto, que há entendimentos internos, consubstanciados

em pareceres normativos da própria Administração Pública federal, no sentido de que o servidor público que migra para outro cargo inacumulável, sendo regido pelo mesmo regime jurídico, poderá trazer consigo as vantagens pessoais já incorporadas na investidura anterior, desde que não tenha havido quebra dessa relação jurídica, o que ocorre justamente na hipótese de vacância por posse em cargo inacumulável.

Essa é também a orientação dominante no âmbito do Poder Judiciário:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. VACÂNCIA POR POSSE EM OUTRO CARGO INACUMULÁVEL. MESMO REGIME JURÍDICO ÚNICO. DIREITO À CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ÀS FÉRIAS. INDENIZAÇÃO. ART. 77 DA LEI 8.112/90. VIOLAÇÃO NÃO CARACTERIZADA.

Cuidando-se de vacância por posse em outro cargo público inacumulável com o anterior, remanesce ao servidor o direito à contagem de tempo de serviço, bem como suas férias continuam a ser regidas pelo art. 77 da Lei 8.112/90, não havendo falar em enriquecimento ilícito, tendo as mesmas sido pagas com base no novo cargo ocupado à época de seu gozo. Violação não caracterizada. Recurso desprovido. (STJ, 5.ª turma, REsp 154219 / PB, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 07/06/1999 p. 114).

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO EM CARGO PÚBLICO INACUMULÁVEL. VACÂNCIA DO CARGO PÚBLICO ANTERIOR. FÉRIAS. CÔMPUTO DO TEMPO DE EXERCÍCIO NESTE. Decorrendo a vacância de posse e exercício em cargo público inacumulável, tem o funcionário público, nele investido, direito, para fins de férias, ao cômputo do tempo de exercício no cargo público anterior, porquanto, ao contrário do que sucede na hipótese de exoneração, incorre solução de continuidade no vínculo funcional com a administração pública federal. 2. Precedentes do TRF - 1ª Região. 3. Recurso de apelação e remessa oficial a que se nega provimento. (TRF 1.ª Região, Segunda turma, AMS 62146 MG 1999.01.00.062146-1, Rel. Des. JUIZ CARLOS MOREIRA ALVES, DJU 09.04.2001, p. 81).

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO NÃO ESTÁVEL. DIREITO A FÉRIAS. VACÂNCIA POR POSSE EM CARGO INACUMULÁVEL. SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DO TEMPO DE SERVIÇO. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL DAS FÉRIAS NÃO GOZADAS NO CARGO ANTERIOR. HO-

## NORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EQUITATIVA. PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS.

1. O que diferencia a vacância por exoneração da vacância por posse em cargo inacumulável é a solução de continuidade do tempo de serviço público, existente somente naquela primeira hipótese. Somente em relação à vacância por posse em cargo inacumulável, pois, aplica-se o art. 100 da Lei n.º 8.112//90, contando-se para todos os efeitos legais (inclusive para fins de férias) o tempo de serviço público pertinente ao exercício do cargo anterior.

2. Importa distinguir o servidor estável do não estável quando ele toma posse em outro cargo público inacumulável apenas para se aferir se terá ele direito a eventual recondução, prevista no art. 29 da lei n.º 8.112 /90; por conseguinte, não é acertada a interpretação de que, não sendo o servidor público estável, terá de pedir exoneração do cargo que exerce para poder tomar posse em outro inacumulável, somente se reservando a vacância prevista no inciso VIII do art. 33 da Lei n.º 8.112/90 àquele servidor que vai assumir novo cargo público quando já é estável no anterior.

3. Tomando o servidor posse no cargo de Procurador do Banco Central em 30/03/1994, sem qualquer solução de continuidade de seu tempo de serviço, passou a ter direito a férias de sessenta dias (direito antes assegurado ao Procurador Autárquico) e não mais precisava reiniciar novo interstício de doze meses para usufruí-la, tendo esse interstício termo inicial na data em que entrara em exercício como Oficial de Justiça Avaliador do TRT-6ª Região, ou seja, 16/02/1993. Como as férias pertinentes ao período de nove meses de exercício do cargo de Oficial de Justiça Avaliador do TRT-6ª Região no ano de 1993 (a partir de 16/02/1993) não foram gozadas em 1994, era direito do servidor que ao menos fossem indenizadas proporcionalmente, já que se transfere para o novo cargo todo aquele tempo de serviço anteriormente prestado. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

4. As férias pertinentes ao segundo período aquisitivo em diante já podem ser usufruídas no mesmo período, somente se exigindo doze meses de exercício do cargo para o primeiro período aquisitivo, consoante art. 77, parágrafo 1º, da Lei n.º 8.112/90.

5. Consoante art. 20, parágrafo 4º, do CPC, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários devem ser fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas 'a', 'b' e 'c' do parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, cabendo, pois, ao magistrado, sem se ater àqueles limites

mínimo de 10% e máximo de 20% previstos no caput do citado art. 20, definir o valor da condenação em honorários. No caso, é razoável a fixação desse valor em R\$1.500,00 (um mil e quinhentos reais), salvo se essa fixação resultar em quantum superior àquele já fixado na sentença, caso em que a sua alteração acarretaria reformatio in pejus sem que exista apelo do particular para esse fim. 6. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, a que se dão parciais provimentos. (TRF 5.<sup>a</sup> Região, 3.<sup>a</sup> turma, AC 329886 PE 0030347-35.2003.4.05.0000, Rel. Des. Amanda Lucena, Diário da Justiça - Data: 21/08/2009 - Página: 352 - Nº: 160 - Ano: 2009). Grifamos.

Como se pode observar pelas ementas dos acórdãos acima citados e, em especial, pelo entendimento sintetizado no Parecer Normativo da Advocacia Geral da União de nº GM 013/2000, é razoável concluir que, na hipótese de vacância por posse em cargo inacumulável, o servidor público faz jus à preservação de todos os direitos personalíssimos já incorporados ao seu patrimônio jurídico, ou seja, tem direito à manutenção de todas as vantagens e benefícios funcionais que foram conquistados com o atendimento do respectivo suporte fático-legal.

Por conseguinte, os efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável não remontam à tese de inexistência de direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, matéria que já é de entendimento pacífico nos pretórios brasileiros. Trata-se, por sua vez, de direito adquirido aos benefícios e vantagens funcionais já consumados em virtude do atendimento do respectivo suporte fático-legal (CF/88, art. 5.º, XXXVI).

Investigar genericamente se o servidor público possui ou não direito adquirido em face do regime jurídico demanda análise sob dois aspectos. O primeiro diz respeito ao estatuto funcional em si, e o segundo refere-se à aquisição de direitos pela realização do respectivo suporte fático previsto na lei estatutária anterior (CARVALHO FILHO, 2010, p. 677).

No primeiro caso, ou seja, quanto ao direito adquirido à imutabilidade de determinado estatuto funcional, obviamente a resposta é negativa, pois admitir a imutabilidade da lei significa impor obstáculo à soberania do Parlamento e promover um engessamento injustificável da estrutura administrativa dos Poderes, que sofre alterações em virtude de questões orçamentárias, como também em função da busca pela eficiência, melhoria dos serviços, melhor organização dos quadros funcionais etc. Dessa forma, se um esta-

tuto funcional contempla determinada vantagem ou benefício, sem exigir o implemento de requisitos fáticos, como a licença para trato de assuntos de interesse particular ou a licença para estudar no exterior, nada impede que tais licenças sejam extintas posteriormente, com a alteração legal.

Situação diversa ocorre quanto aos direitos individuais previstos na lei estatutária, cujo gozo é condicionado ao implemento de requisitos fáticos ou subordinado a um determinado fato gerador que a lei expressamente estabeleça. Aqui, se o referido suporte fático é consumado, o servidor passa a ter direito adquirido ao benefício ou vantagem, pois, nessa hipótese, não se trata do problema da imutabilidade das leis, mas sim da imutabilidade do direito em virtude da ocorrência do fato que o gerou, o que atrai necessariamente a proteção das garantias insculpidas no art. 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO FILHO, 2010, p. 677).

Logo, dentro da tese geral de inexistência de direito adquirido à imutabilidade de regime jurídico, há nuances que devem ser estabelecidas. Se se tratar de preservação de instituto, vantagem ou benefício previstos na lei estatutária anterior que foram revogados pelo estatuto posterior, não há direito adquirido. Se for o caso de direitos individuais, cujo gozo foi condicionado pela lei anterior ao implemento de determinado suporte fático, tendo este se realizado, haverá direito adquirido em face do novo estatuto.

Esse mesmo raciocínio deve ser aplicado quanto aos efeitos da vacância por posse em cargo inacumulável. Se é verdade que na esfera federal a Lei n.º 8.112/90 não estabelece os efeitos dessa vacância, é razoável entender que qualquer entendimento interno dos órgãos e entidades da Administração Pública que venha a conferir interpretação restritiva de modo a vulnerar as garantias do art. 5.º, XXXVI, da CF/88, será inconstitucional.

Idêntica exegese deverá ser aplicada no âmbito das vacâncias e alterações de investidura dentro das universidades federais quando as mudanças ocorrerem entre cargos idênticos, inacumuláveis, perante unidades administrativas diversas. Ora, se a alteração se deu apenas quanto à lotação do servidor, que passou a exercer o mesmo cargo, mas junto a outra unidade administrativa, por força de novo concurso, a hipótese é de nova lotação e não de um novo provimento, inaugural, que desconsidera os direitos e vantagens já incorporados na investidura anterior. Se entre unidades federativas diversas isso ocorre, com muito mais razão deve ocorrer em se tratando da mesma pessoa jurídica de direito público interno.

A título de exemplo, imagine-se a hipótese de um professor adjunto, do Departamento de Cirurgia da Faculdade de Medicina, já estável, com regime de trabalho de 40 horas com dedicação exclusiva, pedir vacância para tomar posse no mesmo cargo de professor adjunto, 40horas/DE, da mesma universidade federal, após ter logrado êxito em outro concurso público, para o Departamento de Medicina Clínica. Se o cargo e as atribuições são as mesmas e o regime jurídico é o mesmo, não há qualquer razoabilidade, nem mesmo fundamento na legalidade, que possa autorizar o entendimento da Administração Pública no sentido de desprezar as promoções e progressões já obtidas ou obrigar esse servidor-docente a cumprir novo período de estágio probatório em virtude da segunda investidura junto ao Departamento de Medicina Clínica. O servidor, no caso, tem direito adquirido a todas as vantagens e benefícios já consumados na investidura anterior, portanto, ao período aquisitivo das férias, gratificação natalina, regime jurídico previdenciário, contagem do tempo de contribuição e, obviamente, a preservação da estabilidade e das promoções e progressões já obtidas.

A vacância por posse em cargo inacumulável, que não interrompe o vínculo com a Administração Pública, deve resultar na preservação de todos os direitos personalíssimos já incorporados no patrimônio jurídico do servidor, não havendo qualquer fundamento jurídico capaz de afastar o reconhecimento da estabilidade ou das promoções e progressões já obtidas. Além de inobservar o disposto no art. 5.º, XXXVI, da CF/88, a eventual decisão da universidade em obrigar o servidor a cumprir novo estágio probatório e/ou novos interstícios de promoção e progressão atenta contra o próprio interesse público.

Nesse contexto, também é útil lembrar que a estabilidade é adquirida no serviço público (art. 21 da Lei 8.112/90) e não no cargo.

Essa situação ostenta, portanto, uma particularidade importante. São cargos idênticos (Professor Adjunto, com regime de trabalho 40horas/DE), dentro da mesma pessoa jurídica de direito público. A única diferença entre os provimentos, quanto à sua eficácia, é a nova lotação do servidor, que deixou de ser no Departamento de Cirurgia para passar a ser no Departamento de Medicina Clínica. Mas lá ele era Professor Adjunto, e aqui, assim continua.

Essa particularidade não desaparece nem mesmo diante do advento da Lei federal n.º 12.772, de 20 de dezembro de 2012, que, dentre outros temas, tratou da estruturação do novo Plano de Carreiras e Cargos do Magistério Superior Federal. É que, atendendo uma parcela dos reclamos da

última greve dos docentes das universidades federais, o artigo 8.º desse novo diploma legal, com a alteração posterior da Lei n.º 12.863/2013, passou a dispor que “o ingresso na Carreira de Magistério Superior ocorrerá sempre no primeiro nível de vencimento da Classe A, mediante aprovação em concurso público de provas e títulos.”

Essa nova Classe “A”, criada como classe inicial da carreira, agora contempla os cargos de Professor Auxiliar-A, Professor Assistente-A e Professor Adjunto-A, dependendo o enquadramento da titulação do docente, se Especialista, Mestre ou Doutor, respectivamente (§ 2.º, inciso I).

Dessa forma, o ingresso dos docentes nas universidades federais, após a Lei n.º 12.772/2012, ocorrerá necessariamente na classe inicial da carreira, sendo o enquadramento no cargo condicionado à titulação. Sob a vigência da legislação anterior, o docente possuidor do título de Doutor, por exemplo, ingressava diretamente na classe C, a única prevista para o cargo de Professor Adjunto, que exigia e continua exigindo a referida titulação.

Levando em consideração essa nova realidade, e voltando à situação hipotética exemplificada, mesmo se a segunda investidura ocorresse após o advento da Lei n.º 12.772/2012, ainda assim o enquadramento do servidor-docente na classe inicial de Professor Adjunto-A, no Departamento de Medicina Clínica, seria equivocado, se o mesmo já estivesse enquadrado em outra classe superior, como a classe C, no Departamento de Cirurgia, como também se já tivesse obtido alguma progressão de nível, dentro dessa mesma classe (de Adjunto I para Adjunto II, III ou IV, por exemplo). Afinal, qual a finalidade perseguida pela Administração Pública em submeter o servidor a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e a novos interstícios de progressão se os cargos e atribuições são os mesmos, com idêntico regime de trabalho? E exercidos na mesma entidade empregadora? Ainda resultando em prejuízo remuneratório e funcional?

A eventual decisão da Universidade nesse caminho, desconsiderando as peculiaridades de se tratar do mesmo cargo exercido na mesma pessoa jurídica de direito público, além de afrontar a garantia do direito adquirido, ofende também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Embora não sejam princípios expressamente previstos no texto constitucional, tais princípios, por serem considerados implícitos, dada a abertura do § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal de 1988, vinculam igualmente a Administração Pública. No plano do direito infraconstitucional, é oportuno lembrar que a razoabilidade

de e a proporcionalidade são princípios expressos (art. 2.º da Lei n.º 9.784/99).

O certo é que, como bem salienta Lucia Valle Figueiredo, o princípio da legalidade não deve ser visto como condicionante de qualquer ato do administrador, que deve encontrar norma expressa que se enquadre exatamente ao caso concreto. O princípio da legalidade é bem mais amplo do que a ideia de mera sujeição do administrador à lei, pois este também deve necessariamente se submeter ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais. Portanto, a atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade, legalidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar (FIGUEIREDO, 2008, p. 42).

Dessa forma, a decisão da universidade em submeter o servidor a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e/ou a novos interstícios de promoção e progressão, pode até ser considerada formalmente legal, uma vez que aparentemente encontra lastro no art. 8.º da Lei n.º 12.772/2012. Materialmente, contudo, não o é, uma vez que, dada a garantia do direito adquirido (CF/88, art. 5.º, XXXVI), o referido dispositivo legal não pode ser aplicado à situação do servidor.

Ainda materialmente, a decisão também não pode subsistir porque não é razoável nem é proporcional, o que lhe retira toda a legitimidade e autoriza a sua invalidação judicial, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 109):

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, como visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

Portanto, à míngua de razoabilidade e de proporcionalidade e por ofender o art. 5.º, inciso XXXVI da CF/88, a eventual decisão da universidade em submeter o servidor-docente a um novo enquadramento, a um novo estágio probatório e/ou a novos interstícios de progressão, impondo-lhe prejuízo de natureza remuneratória e funcional, mesmo que sob o amparo do

art. 8.º da Lei n.º 12.772/2012, não representa a melhor exegese do direito a ser aplicada, tendo em vista que a mudança de investidura entre cargos idênticos, dentro da mesma pessoa jurídica de direito público, deve ter como consequência, nesse caso, apenas a nova lotação do servidor.

### 3 CONCLUSÃO

Inserindo a problemática tratada neste artigo no bojo da Teoria da Constituição e da Hermenêutica Constitucional, é importante destacar que o princípio da legalidade não representa mais a única fonte do direito no âmbito da Administração Pública. Com a evolução da normatividade dos princípios constitucionais, estabelecida pelo giro hermenêutico pós-88, que substituiu a noção de legitimidade do direito com fundamento legal/racional/positivista, pela noção de uma legitimidade valorativa ou pós-positivista, o âmbito da interpretação jurídica no Brasil se expandiu para além da legalidade/positividade, acompanhando essa mesma evolução operada nos demais sistemas jurídicos com o pós-guerra e a derrocada dos regimes nazista e fascista. Após o terrível legado de tais regimes autoritários, cuja autoridade se impôs pela legalidade e pela força, a ideia de legitimidade da ordem jurídica floresceu, sendo estabelecida sua distinção com a legalidade.

Por aqui, em terras brasileiras, o dogma da estrita legalidade na Administração Pública necessita de abrandamentos há muito tempo (desde 1988, ao menos) para se compatibilizar com a Teoria da Constituição e a sua força normativa, onde, aliás, a ação administrativa encontra hoje a sua fonte de validade e de legitimidade. A densidade normativa que atualmente é reconhecida aos princípios constitucionais (dentre eles, o da razoabilidade e o da proporcionalidade), ao lado da ideia de Constituição dirigente (CANOTILHO, 1994) obriga a Administração Pública e o Poder Executivo a envidar todos os esforços necessários à plena efetivação dos direitos e garantias fundamentais, especialmente os sociais e econômicos.

Logo, segundo os atuais parâmetros democráticos e dirigentes, a fonte da autoridade não encontra mais lugar na racionalidade da lei. Assim, a ação administrativa não mais se legitima no seu enclausuramento na burocracia. É preciso, portanto, compatibilizar, dentro da Administração Pública, a con-

quista iluminista do Estado de Direito e do império da lei com a força normativa da Constituição e dos seus princípios. É preciso também, nessa compatibilização, estabelecer onde e quando ainda deve prevalecer a legalidade, e quando e onde a legalidade deve dar lugar à Constituição.

Na situação retratada no bojo do presente estudo, portanto, a estrita legalidade (no caso a Lei n.º 12.772/2012) não deve se sobrepor à Constituição.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, J. J Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARIANO, Cynara Monteiro. **Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?**

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 28.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

# O Município e o Plano Nacional de Educação

The Municipality and the National Education Plan

**Flavio Corrêa de Toledo Jr.<sup>1</sup>**  
**Sérgio Ciquera Rossi<sup>2</sup>**

## RESUMO

O artigo trata do Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 13.005/2014. Analisa as 10 diretrizes e 20 metas, bem como os objetivos do Plano. Analisa ainda os principais desafios para a sua efetividade, notadamente o seu financiamento, já que os dispêndios em educação devem atingir 10% do PIB em 2024. Além disso, aborda a controvérsia sobre que despesas não devem ser contabilizadas como de manutenção e desenvolvimento do ensino e o papel dos Tribunais de Contas, especificamente mencionados na referida Lei para atuarem em colaboração com os órgãos do Ensino para capacitar os membros dos Conselhos de Acompanhamento do Fundeb.

**Palavras-Chave:** Plano Nacional de Educação. Metas. Financiamento. Tribunais de Contas.

## ABSTRACT

The article deals with the National Education Plan, approved by Law No. 13.005 / 2014. It analyzes 10 guidelines and 20 goals and the objectives of the Plan. It also analyzes the main challenges to its effectiveness, especially their financing, as expenditures on education should reach 10% of GDP in 2024. Furthermore, it addresses the controversy over that costs should not be counted as maintenance and development of education and the role of audit offices, specifically mentioned in this Law to work in collaboration with the organs of Education to train members of Fundeb Monitoring Councils.

**Keywords:** National Education Plan. Goals. Financing. Audit Courts.

1 Assessor Técnico do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. E-mail: ftoledo@tce.sp.gov.br

2 Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

## 1 O QUE É O PLANO NACIONAL DA EDUCAÇÃO

Mediante a Lei Federal nº 13.005, foi aprovado, em 25 de junho de 2014, o Plano Nacional de Educação (PNE), de validade decenal, cujas metas devem ser cumpridas até 2024.

Aprovado por unanimidade, tal diploma tramitou, por 4 anos, no Congresso Nacional, vindo a substituir o PNE anterior: aquele finalizado em 2010<sup>3</sup>, nisso revelado um vazio legal de 4 anos na política nacional de educação.

Por intermédio de 10 (dez) diretrizes, 20 (vinte) metas e, no corpo destas, inúmeras estratégias de ação, mediante todas essas ferramentas objetiva o Plano:

- Ampliar o acesso a todos os níveis de ensino: do infantil ao superior;
- Melhorar a qualidade educacional, de sorte que o grau individual de conhecimento se equipare à idade do aluno;
- Valorizar a figura do professor, concedendo-lhe melhores salários e programas de treinamento.

Apesar de vir como lei ordinária, o sobredito diploma tem expressa previsão na Constituição: art. 214.

Em que pesem as boas intenções do Plano Nacional da Educação, punições não há contra os que deixam de atingir suas vinte metas, lacuna que pode ser suprida no projeto sobre Lei de Responsabilidade Educacional; é o que se vê na Meta 20.11:

20.11) aprovar, no prazo de 1 (um) ano, Lei de Responsabilidade Educacional, assegurando padrão de qualidade na educação básica, em cada sistema e rede de ensino, aferida pelo processo de metas de qualidade aferidas por institutos oficiais de avaliação educacionais;

## 2 A QUALIDADE DO GASTO EDUCACIONAL

Esse Plano Nacional da Educação reforça a ideia de que não basta o Município despender 25% em impostos na educação, ou utilizar o Fundo da Edu-

3 Introduzido pela Lei Federal nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001.

cação Básica (Fundeb) na exata quantidade da lei de regência<sup>4</sup>; é preciso mais; é necessário qualidade, eficiência e efetividade, no uso daqueles recursos.

De fato, pesquisa recentemente desenvolvida por analistas da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) concluiu que vários municípios obtêm boas notas no Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) mesmo gastando proporcionalmente menos no setor, enquanto outras localidades, em rumo diferente, despendem muito mais no ensino, logrando, curiosamente, baixas notas naquele indicador nacional.

Desse modo, há, sim, os que fazem mais com menos dinheiro, o que comprova a importância de uma eficiente política educacional. Dito de outro modo, não é só o recurso financeiro que garante a qualidade do ensino.

Operando com 4.900 municípios brasileiros, tal estudo constatou que 40% dos recursos educacionais são desperdiçados, seja pela corrupção ou ineficiência da máquina pública.

Na mesma trilha, pesquisa desenvolvida pelo cientista político Clóvis de Melo, da Universidade Federal de Pernambuco, analisou casos julgados de corrupção, para tal se valendo de relatórios da Controladoria Geral da União (CGU), alusivos todos a verbas federais repassadas a 556 prefeituras.

Constatou tal pesquisador que quanto maiores os desvios dos numerários do ensino, mais baixas as notas do município no Ideb, menores os salários de seus professores, além de maiores as taxas de reprovação e abandono escolar na própria localidade.

Tais desvios têm a ver com fraudes licitatórias, superfaturamento de obras e serviços, pagamento de serviços não prestados e cadastros fictícios de alunos e professores.

Vai daí que não basta gastar 10% do PIB (Meta 20 do PNE) se há ineficiência e malversação no uso dos dinheiros pertencentes ao ensino. Bem por isso, a melhoria da qualidade do ensino é uma das diretrizes essenciais do Plano (art. 2º, IV), cujo controle estará detalhado na Lei de Responsabilidade Educacional, atendendo tudo isso ao inciso III, do art. 214, da Constituição.

Nesse contexto, o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica produzirá, a cada 2 (dois) anos, parâmetros que medem a qualidade da rede gerenciada pelo ente estatal; são eles:

---

4 Lei Federal nº 11.494, de 2007.

- Indicadores de rendimento escolar, respaldados em avaliações das quais participem, ao menos, 80% dos alunos de cada ano escolar;
- Indicadores de avaliação institucional: *perfil do alunado e dos profissionais da educação; infraestrutura das escolas; recursos pedagógicos disponíveis, entre outros fatores.*

Escorado no fundamento da qualidade do gasto, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, já há tempos, vem advertindo Municípios com insuficientes indicadores educacionais, mesmo tendo a Prefeitura cumprido, à risca, a despesa mínima obrigatória na área em questão.

Essa análise qualitativa também se serve de visitas a unidades escolares, entrevistas com membros de conselhos educacionais, além da verificação das políticas locais para o setor e do plano de carreira dos profissionais do magistério.

Afinal, a atuação das Cortes de Contas é bem relevante para assegurar o financiamento mínimo e a qualidade do ensino. Do contrário, o atual PNE reproduzirá a ineficácia de seu antecessor: o de 2001.

Com efeito, oriundas do órgão do Controle Externo, as recomendações, advertências e as recusas das contas anuais, tais instrumentos têm o condão, sob pena de inelegibilidade do dirigente municipal, fazer com que o Município priorize esse setor fundamental para o desenvolvimento da Nação: o da educação pública.

### 3 AS INCUMBÊNCIAS LEGAIS DOS MUNICÍPIOS

Dispõem os Municípios de 1 (um) ano, até 26 de junho de 2015, para, mediante lei, editar planos decenais segundo as regras do PNE, ou, se for o caso, promover adaptações nos instrumentos já existentes:

Art. 8º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão elaborar seus correspondentes planos de educação, ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, metas e estratégias previstas neste PNE, no prazo de 1 (um) ano contado da publicação desta Lei.

Vale ilustrar que, desde 2001, os governos locais já se viam obrigados

a elaborar planos educacionais, mas, hoje, apenas 42% deles contam com tais instrumentos.

De mais a mais, os planos orçamentários (PPA, LDO e LOA) consignarão dotações e metas físicas que viabilizem o antevisto nos planos locais de educação. Nesse passo, os controles interno, externo e social haverão de censurar peças orçamentárias despojadas de tais componentes, os quais, afinal de contas, estão bem positivados em lei, no art. 10 da Lei 13.005, de 2014:

Art. 10. O plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias deste PNE e com os respectivos planos de educação, a fim de viabilizar sua plena execução.

Tendo em mira a Portaria nº 42/1999, do Ministério do Orçamento e Gestão, aquelas dotações deverão estar alocadas nas seguintes funções e subfunções de governo:

Função 12 - Educação  
Subfunção 361 - Ensino Fundamental  
Subfunção 362 - Ensino Médio  
Subfunção 363 - Ensino Profissional  
Subfunção 364 - Ensino Superior  
Subfunção 365 - Educação Infantil  
Subfunção 366 - Educação de Jovens e Adultos  
Subfunção 367 - Educação Especial

Além de produzirem, em 1 (um) ano, seus planos compatibilizados de educação, o Município deverá também aprovar, em 2 (dois) anos, até 26 de junho de 2016, lei que discipline a *“gestão democrática da educação pública”*:

Art. 9º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão aprovar leis específicas para os seus sistemas de ensino, disciplinando a gestão democrática da educação pública nos respectivos âmbitos de atuação, no prazo de 2 (dois) anos contado da publicação desta Lei, adequando, quando for o caso, a legislação local já adotada com essa finalidade.

## 4 O FINANCIAMENTO DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO (PNE)

Antes de mais nada, vale ilustrar que, em 2012, 5,3% do Produto Interno Bruto (PIB) foram destinados ao setor ora em debate. De seu lado, quer o Plano Nacional de Educação, na Meta 20<sup>5</sup>, que tal despesa, até 2024, alcance 10% do PIB, e já nos 5 (cinco) primeiros anos (até 2019), tal relação percentual deverá cravar 7% daquele agregado econômico.

Se assim for, o setor público brasileiro, daqui a 10 anos, aplicará, a números de hoje, R\$ 484 bilhões em manutenção e desenvolvimento do ensino, valor equivalente a quase três orçamentos do Governo do Estado de São Paulo.

Nesse escopo também entram gastos realizados por instituições privadas, desde que provenha o dinheiro dos cofres públicos. Eis o caso do Programa Universidade para Todos (*Prouni*), ou dos convênios com creches e pré-escolas sem fins lucrativos.

À vista daqueles convênios, há de lembrar que as entidades subvencionadas precisam submeter-se aos requisitos do art. 213 da Constituição, do art. 77 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e, vindo o recurso do Fundeb, há de atentar para o art. 8º, § 1º, da Lei 11.494, de 2007.

Em resumo, precisam as instituições educacionais do terceiro setor:

- » Comprovar finalidade não lucrativa, nunca distribuindo, sob qualquer forma ou pretexto, resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio;
- » Em caso de encerramento das atividades, assegurar a destinação do patrimônio ao Poder Público ou a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional;
- » Prestar contas dos recursos recebidos;
- » Ofertar igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

5        *Meta 20: ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5o (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.*

- » Oferecer atendimento educacional gratuito a todos os alunos;
- » Atender a padrões mínimos de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino;
- » Possuir certificado do Conselho Nacional de Assistência Social ou órgão equivalente.

Não bastassem tais pressupostos, há de haver, na lei de diretrizes orçamentárias (LDO), critérios para ajudar financeiramente aqueles entes da órbita privada (art. 4º, I, “f” conjugado com art. 26 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Ao demais, há de se atentar para a recentíssima Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que cria regras para convênios e contratos com organização do terceiro setor da economia, entre as quais a necessária realização de processo seletivo; a exigência de, no mínimo, três anos de experiência na área; a comprovação de capacidade técnica e operacional.

De toda forma, vale aqui enfatizar: no financiamento público da Educação, a atuação privada é secundária, complementar, residual, vale dizer, os dinheiros públicos devem bancar, com predominância, as escolas da rede pública.

Para que se alcancem os 10% do PIB, indica a Lei 13.005 as fontes de financiamento do Plano Nacional de Educação; no caso do Município<sup>6</sup>, são elas:

- 25% da receita resultante de impostos, próprios ou transferidos do Estado e da União (art. 212 da Constituição);
- Os ganhos financeiros junto ao Fundo da Educação Básica (Fundeb), o chamado “*plus*”, ou seja, o recebimento que ultrapassa a contribuição de 20% ao Fundo; é assim pois, no caso inverso - o *da perda monetária* - o Fundeb do Município já está todo dentro daqueles 25% constitucionais.

Além de tais possibilidades pecuniárias, contará o Plano de Educação com os Royalties do Petróleo e do Gás Natural, receita que, por força da Lei Federal 12.858/2012, será revertida, em maior parte, à área educacional (75% do todo).

---

6 *Boa parte das receitas adicionais da Educação conta na despesa obrigatória do governo conessor; eis o caso dos auxílios e subvenções vindos do Estado e da União.*

Aquela lei, vale ilustrar, trata dos Royalties incidentes sobre os novos locais de exploração de petróleo e gás natural, os do pré-sal, isto é, as áreas cuja declaração de comercialidade ocorreu a partir de 3 de dezembro de 2012.

Então, para elevar o gasto no ensino (*de 5% para 10% do PIB*), espera o legislador forte arrecadação dos novos Royalties; é assim conquanto as, antes vistas fontes financiadoras, há muito tempo, já vêm bancando a educação pública.

De todo modo, bom destacar que, para satisfazer a Constituição e as leis pertinentes, deve o Município aplicar, todo ano, 25% de impostos, o eventual ganho junto ao Fundeb, além de 75% dos Royalties recebidos; em regra, basta isso, quer dizer, em nenhum momento do regramento educacional e financeiro, determina-se que aplique o Município, até 2024, 10% do PIB gerado localmente.

Neste ponto, permitimo-nos questionar: será que esses novos Royalties, a números de hoje, gerarão, até 2024, R\$ 242 bilhões de receita anual? Eis o valor necessário para dobrar a participação do gasto público educacional no Produto Interno Bruto da Nação.

De toda forma, o Plano Nacional de Educação, na Meta 20, apresenta outras estratégias para melhorar o financiamento do setor, indicando, por exemplo, a criação de mecanismos para acompanhar a arrecadação do salário-educação; a transparência das receitas e despesas do ensino; a eliminação de desperdícios por meio do *Custo Aluno-Qualidade Inicial (CAQi)*; a instituição de um regulamento de cooperação entre União, Estados e Municípios.

Todavia e quanto aos Royalties do pré-sal, o Estado do Rio de Janeiro obteve, no Supremo Tribunal Federal (STF), liminar suspendendo a Lei Federal nº 12.734, de 2012, a qual prescreve distribuição mais igualitária daquela receita, segundo critérios populacionais (*igual à do Fundo de Participação dos Municípios - FPM*) e, não, como era antes: repasse quase que exclusivo para Estados e Municípios produtores de petróleo e gás natural.

Com efeito, no esquema até então prevalecente, apenas sete municípios paulistas recebem nada menos que 98,82% de todos os Royalties do Estado: *Bertioga, Cananéia, Caraguatatuba, Cubatão, Ilha Bela, Pindamonhangaba e São Sebastião*.

Confirmada aquela liminar da Suprema Corte, ousamos outra pergunta: não resultará forte desequilíbrio intermunicipal e regional a aplicação de 75% dos Royalties tão somente nos pouquíssimos municípios produtores de petróleo e gás natural? Tal dissonância não fulmina, de morte, os intentos nacionais do Plano Nacional de Educação?

## 5 AS DESPESAS TÍPICAS E ESTRANHAS À MANUTENÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO DO ENSINO

Oriunda da reforma educacional de 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB apresenta, em seu artigo 70, os gastos nomeados no art. 212 da Constituição: *os de manutenção e desenvolvimento do ensino*. Depois enuncia a LDB, logo em seguida (artigo 71), as despesas estranhas ao setor, a ser afastadas dos percentuais mínimos, se não pelo próprio Município, depois, por ação do órgão do Controle Externo.

Obviamente, não poderia o legislador esgotar o grande elenco de despesas típicas e estranhas ao ensino. Bem por isso, remanescem, entre os Estados da Federação, interpretações diversas sobre o que é, e o que não é gasto incluível nos mínimos constitucionais e legais da Educação, e claro, nos 10% do PIB que se haverá de despende no setor até 2024.

Essa controvérsia, a nosso ver, pode comprometer a eficácia da Lei 13.005, de 2014.

Nessa polêmica, comparece, com redobrada ênfase, os dispêndios com aposentados oriundos da Educação. Devem ou não ser computados nos 25% de impostos, no ganho financeiro junto ao Fundeb (“*plus*”) e, ainda, nos 75% dos Royalties?

Diferente do que permitia, de forma cristalina, o ordenamento pretérito (*Lei nº 7.348, de 1985*), a Lei de Diretrizes e Bases – LDB, se não possibilita, tampouco proíbe as despesas com inativos da educação. Há aqui vacilo legal que remete à possibilidade daquele instrumento de 1985; não revogado de forma expressa, é bom que se frise. Em vista disso, muitos Tribunais de Contas aceitam, em manutenção e desenvolvimento do ensino, gastos da aposentadoria de professores e outros profissionais da educação, desde que não se incluam nos 60% do Fundeb, destinados a remunerar, tão somente, profissionais em atividade no magistério.

Naquele cenário sobrevêm, em decorrência, os repasses para cobertura dos déficits atuariais dos regimes próprios de previdência, cujos valores insistem os Municípios em apropriar, proporcionalmente, ao gasto mínimo do ensino. Se assim for, haverá dupla contagem: a primeira vez no momento presente, quando repassadas as quantias - *geralmente alentadas* - que financiam, em período bastante dilatado, o déficit atuarial do sistema próprio

(RPPS); a segunda vez, no futuro, quando pagas, de fato, aposentadorias de professores e outros servidores da Educação, bancadas, óbvio, por aquela anterior provisão atuarial.

Outras controvérsias têm a ver com a agregação, no ensino, dos recolhimentos ao Pasep; dos precatórios trabalhistas; das merendeiras e vigilantes terceirizados; dos uniformes escolares; da alimentação em creches; da compra de terrenos que, num futuro incerto, suportarão prédios escolares; entre várias e muitas outras despesas que suscitam dúvida de inclusão, conquanto não previstas, de forma cristalina, nos art. 70 e 71 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

De nossa parte, pensamos que, ouvidos os Tribunais de Contas e os órgãos representativos da educação de Estados e Municípios, deveria o Conselho Nacional de Educação uniformizar, de vez, o entendimento sobre essas lacunas relativas a despesas típicas e estranhas à manutenção e ao desenvolvimento do ensino.

## 6 AS METAS DO PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO

Enunciadas no Anexo Único da Lei 13.005, as 20 (vinte) metas do Plano estão recheadas de várias e muitas estratégias de ação:

Por exemplo, a Meta 1, quer que, até 2016, todas as crianças de 4 a 5 anos de idade estejam matriculadas na pré-escola e, até 2023, as vagas nas creches atendam 50% das crianças até 3 anos de idade.

Para que isso aconteça, as estratégias preveem regime de colaboração entre União, Estados e Municípios; levantamentos periódicos da população até 3 anos de idade; estabelecimento de consulta pública com famílias de alunos; um programa nacional de construção e reforma de creches e pré-escolas; formação sistemática dos profissionais; avaliação permanente do sistema, entre várias outras estratégias.

Em seguida, resumimos as outras metas que dizem respeito ao Município:

- **Meta 2 - Ensino Fundamental:** Até 2023, toda a população de 6 a 14 anos deve estar matriculada no Ensino Fundamental de 9 anos, e, pelo menos, 95% dos alunos devem concluir essa etapa na idade recomendada;

- **Meta 4 - Educação Especial/Inclusiva:** população de 4 a 17 anos, portadora de deficiência física ou mental, deve ter acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, de preferência na rede regular de ensino;
- **Meta 5 – Alfabetização:** alfabetizar todas as crianças, no máximo até o 3º ano do Ensino Fundamental;
- **Meta 6 - Educação integral:** Até 2024, oferecer educação de tempo integral em, no mínimo, 50% das escolas públicas, de forma a atender, pelo menos, 25% dos alunos da educação básica;
- **Meta 7 - Aprendizado adequado na idade certa:** Estimular a qualidade da educação básica em todas as etapas de ensino, de modo a atingir as notas Ideb estabelecidas no próprio Plano Nacional da Educação;
- **Meta 9 - Alfabetização e alfabetismo de jovens e adultos:** Até o final da vigência do PNE (2024), erradicar o analfabetismo absoluto, e reduzir em 50% a o analfabetismo funcional. Segundo dados oficiais, existem hoje no Brasil quase 30 milhões de analfabetos funcionais;
- **Meta 15 - Formação de professores:** Até 2015, todos os professores da educação básica disporão de específica formação superior;
- **Meta 16 - Formação continuada e pós-graduação de professores:** Até 2023, formar, em nível de pós-graduação, 50% dos professores da Educação Básica;
- **Meta 17 - Valorização do professor:** Até 2020, equiparar o rendimento médio do professor com o salário de outros profissionais de escolaridade equivalente;
- **Meta 18 - Plano de carreira docente:** Até 2016, assegurar a edição de planos de carreira para os profissionais da Educação Básica e Superior;

- **Meta 19 - Gestão democrática:** Até 2016, assegurar a gestão democrática da Educação, associada a critérios técnicos de mérito, para isso sempre consultando a comunidade escolar.

#### 1As Tarefas de Curto e Médio Prazo do Município

O Prefeito, o Secretário ou Diretor da Educação, bem como os membros dos conselhos de educação, todos esses deverão atentar para o que segue:

- » Foi elaborado, até 26 de junho de 2015, o plano decenal de educação segundo as bases da Lei nº 13.005, de 2014? Se for o caso, adaptou-se o instrumento antes existente?
- » O plano plurianual (PPA), a lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA), tais peças contemplam metas e dotações para as intenções daquele plano local de educação?
- » Foi editada, até 26 de junho de 2016, lei local disciplinando a gestão democrática da educação pública?
- » 75% dos novos Royalties foram aplicados nas despesas possibilitadas pelo art. 70 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)? *(Isso, claro, após resolvida a pendência no Supremo Tribunal Federal)*
- » Até 2016 todas as crianças de 4 a 5 anos estão matriculadas na pré-escola?
- » Estabelecidas na Meta 7, as notas do Ideb foram alcançadas?
- » Até 2016, foi elaborado o plano de carreira para os profissionais da educação básica?
- » Até 2015, todos os professores da educação básica dispõem de formação superior específica?

## 7 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

No novo direito educacional, a figura dos Tribunais de Contas comparece, de forma expressa, na estratégia 4 da meta referente à ampliação do financiamento da Educação (meta 20):

20.4) fortalecer os mecanismos e os instrumentos que assegurem, nos termos do parágrafo único do art. 48 da Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000, a transparência e o controle social na utilização dos recursos públicos aplicados em educação, especialmente a realização de audiências públicas, a criação de portais eletrônicos de transparência e a capacitação dos membros de conselhos de acompanhamento e controle social do Fundeb, com a colaboração entre o Ministério da Educação, as Secretarias de Educação dos Estados e dos Municípios e os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios.

Nesse rumo, cabe às Cortes de Contas atuarem em colaboração com os órgãos do Ensino, no escopo de capacitar os membros dos Conselhos de Acompanhamento do Fundeb, vez que sentido não faz o Controle Externo realizar audiências públicas com os jurisdicionados, tampouco para estes criar portais de transparência.

De lembrar que produziu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo manual intitulado *“Guia de Orientação aos Membros do Conselho do Fundeb”*, cuja 2ª edição, de 2013; encontra-se franqueada ao público no seguinte endereço: <http://www4.tce.sp.gov.br/manuais-basicos>.

Por fim, há de reiterar o que antes foi dito: a atuação das Cortes de Contas é bem relevante para assegurar o financiamento mínimo e a qualidade do ensino. Do contrário, o atual PNE reproduzirá a ineficácia de seu antecessor: o de 2001.

Com efeito, oriundas do órgão do Controle Externo, as recomendações, advertências e as recusas das contas anuais, tais instrumentos têm o condão, sob pena de inelegibilidade do dirigente municipal, fazer com que o Município priorize esse setor fundamental para o desenvolvimento da Nação: o da educação pública.

## O princípio da gestão associada e a prestação dos serviços de saneamento ambiental – condições e possibilidades

The principle of the associated management and delivery of environmental sanitation services - conditions and possibilities

Azor El Achkar<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo aborda o princípio constitucional da gestão associada enfocando a sua aplicação para a consecução da prestação e universalização de acesso aos serviços públicos de saneamento básico. São destacados aspectos relacionados a cooperação entre os entes federados. As análises estão centradas nos institutos e requisitos que possibilitam a celebração de acordos de gestão associada. Conclui-se, ao final, que sua finalidade e possibilidade repousa da cooperação entre os entes das diferentes esferas de poder público e deve ser aplicado para resolver pequenos e grandes municípios na oferta de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário adequado e de qualidade.

**Palavras-Chave:** Gestão associada. Cooperação. Saneamento básico.

### ABSTRACT

This article discusses the constitutional principle of associated management focusing on its application to the achievement of universal provision and access to public sanitation services. We highlight some aspects related to the cooperation between federal agencies. The analyzes are focused on institutes and requirements that enable the execution of associated management agreements. At the end, we conclude that the purpose and possibilities are associated with the cooperation among entities of different spheres of government and should be applied to solve small and large municipalities in the provision of drinking water and adequate sanitation services and quality.

**Keywords:** Associated management. Cooperation. Sanitation.

---

1 Auditor de Controle Externo TCE/SC. E-mail: azor@tce.sc.gov.br

## 1 INTRODUÇÃO

A concepção deste trabalho que discorre sobre a gestão associada de entes públicos para prestação de serviços essenciais já foi objeto de alguns artigos técnicos e poucas pesquisas científicas. Neste caso, traz-se como contributo a visão do autor que analisa, por dever de ofício, a legalidade ou não das avenças entre municípios catarinenses e o Governo do Estado de Santa Catarina, por intermédio da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan).

Tais avenças, começam a “pipocar” por todos os lados, consistindo objeto de questionamentos por desafetos políticos, entidades da sociedade civil vigilantes e interessados menos esclarecidos. Isto porque aquelas concessões para prestação de serviço público de saneamento básico originadas no Plano Nacional de Saneamento (Planasa) estão vindo a termo em série, exigindo a adoção de medidas planejadas pelas administrações municipais, as verdadeiras titulares pela sua prestação.

Tem-se ouvido, ao se conferir atenção ao assunto, casos frequentes de “municipalização” como se o serviço já não fosse de responsabilidade municipal! É que, diga-se, o *Planasa* atrelou grande parte dos municípios brasileiros às companhias estaduais de saneamento. Com o vencimento dos prazos contratuais, os entes municipais se veem a frente do seguinte questionamento: manter a prestação do serviço pelo ente estadual ou assumi-lo, mediante prestação direta ou, ainda, concedê-lo a prestação por empresa privada?

Na grande maioria dos casos o administrador público não sabe o que fazer. Até porque nunca foi sua preocupação prestar o serviço, em que pese o histórico nem sempre positivo das ações empreendidas pelas empresas estaduais no que tange a qualidade ofertada. De fato, a decisão requer um mínimo de informações sobre questões afetas ao “conjunto da ópera”. Sem dúvida, a via mais fácil é manter como está, sem muito dispêndio de energia. Para tanto, tais acordos devem ser atualizados e ajustados sob a lógica do princípio da gestão associada, com vistas a cooperação dos entes federados.

Buscou-se balizar as linhas gerais e específicas que delineiam os contornos autorizativos da comunhão de esforços entre entes públicos com vistas a realizar serviços públicos essenciais. Não foi objeto de investigação o recorte de teses que polemizaram o tema, ou até mesmo o refutaram sob a pecha de “inconstitucional”. Afinal, a autorização vem expressa no artigo 241 da Constituição Federal promulgada em 1988, ainda que inserida apenas dez anos após

a sua vigência, conforme Emenda Constitucional nº 19/1998.

## 2 DA COOPERAÇÃO ENTRE OS ENTES FEDERADOS

As normas de cooperação das unidades federativas sempre existiram no Brasil, às vezes com mais acentos, outras com menos vigor. Borelli (2010) destacou que “a cooperação entre entes federados integra a lógica de funcionamento do federalismo”, de modo que “a cooperação federal evoluiu de maneira variável no tempo, dependendo das vicissitudes próprias de cada momento histórico.”

Sobre o contexto de evolução brasileira no aspecto da colaboração entre esferas distintas de poder público, afirmou-se que (BORELLI 2010)

No Brasil, embora se possa afirmar que o sistema federativo, quando implantado, encontrava respaldo em muitas das características concretas de nossa sociedade (situação federalista), o Estado Federado, em virtude de sucessivos governos autoritários, acabou assumindo uma faceta tradicionalmente centralizadora, com elevado grau de concentração de atribuições e recursos na União. Contribuiu enormemente para essa situação a baixa cultura democrática em nosso país, revitalizada apenas com o enfraquecimento e o fim do regime autoritário na década de 1980. A Constituição de 1988 e suas reformas posteriores inauguraram novas possibilidades de relação institucional no Estado brasileiro, tornando mais concreta a alternativa da gestão compartilhada. O avanço tímido na cooperação federativa verificado nos primórdios do novo regime constitucional derivou de heranças passadas que, tanto na esfera política quanto na administrativa, ainda reconheciam a União como principal ponto de apoio para o desenvolvimento de políticas públicas.

Além disso, “muitas são as razões econômico gerenciais para a aplicação da gestão compartilhada: obtenção de economia de escala, resolução de obstáculos ambientais, resolução de obstáculos estruturais”, superação de barreiras políticas, suprimimento de defasagens institucionais, entre outras. Por seu turno, os “processos de descentralização administrativa não resultam, necessariamente, em modelos positivos e eficazes de gestão” (BORELLI 2010).

Assim que a dualidade dicotômica centralidade versus descentralidade não corresponde necessariamente ao viés que aponta soluções, mas, ao contrário, vem apenas fomentar celeuma metodológica institucional de pouco resultado. Neste sentido, indica Borelli (2010) que

Fatos estruturais, institucionais e fatores ligados à ação política indicam que a gestão compartilhada dos serviços possui grande chance de obter bons resultados administrativos quando comparada à mera descentralização. Nesse contexto, a antítese estabelecida entre a centralização e descentralização da atividade administrativa perde força em razão das vantagens advindas da cooperação federativa.

Muito se desenvolveu no país no que toca à aproximação dos entes federativos, fato potencializado com o processo de democratização política e pela predisposição de muitos governos em empreender uma gestão mais descentralizada das questões públicas. O processo de amadurecimento das relações intergovernamentais aponta para um aprimoramento dos mecanismos de cooperação federal, de forma a superar a dicotomia estéril entre centralização e descentralização, uma dualidade que pouco acrescenta ao debate e à definição de novas formas de organização de serviços públicos de saneamento.

Desta feita, a cooperação federativa, que pode ocorrer de forma horizontal (município-município ou estado-estado) ou vertical (município-estado ou município-estado-União) de entes públicos visando ao alcance de objetivos comuns, é um dos principais instrumentos para tornar mais ágil e eficiente o atendimento às demandas da sociedade pela universalização do acesso a serviços públicos de qualidade (PEIXOTO, 2008).

A lei que dispôs sobre o novo regime contratual aplicável às relações decorrentes dos serviços de saneamento básico criou “instrumentos para atingir de maneira mais eficiente a satisfação de determinado interesse público em matéria de organização e prestação de serviço público, já que a atuação isolada de um ente federativo pode não ser suficiente” (MONTEIRO, 2009).

Na realidade brasileira, tanto os municípios como os estados possuem grandes diferenças em sua capacidade financeira e de gestão. Se um município ou estado isoladamente não é capaz de exercer uma determinada atribuição, isto pode ser resolvido por meio da cooperação com outros municípios ou estados ou com a União (MONTEIRO, 2009).

O artigo 241<sup>2</sup> da CF/88, ao autorizar a gestão associada, elegeu os consórcios públicos e os convênios de cooperação como mecanismos de sua realização. Monteiro (2009) enfatiza que “a decisão pela associação, e os termos em que se dará a gestão associada dos serviços envolvidos, pode ser feita por meio de um desses dois novos instrumentos”.

Melo (2012) ressalta que o instituto da gestão associada pode ser definido

Como a modalidade de colaboração federativa, de espécie cooperação, que permite a uma ou mais pessoas jurídicas de direito público interno, mediante instrumento pactuado, cogerir os serviços públicos de titularidade de uma ou mais pessoas jurídicas de direito público interno distintas, compreendida na gestão as funções de planejamento, regulação, fiscalização e prestação dos serviços públicos.

Reveste-se de grande utilidade conceitual a celeuma decorrente da reserva de mercado efetuada pelas companhias estaduais que, ao atuarem por longos anos no setor, acabaram por desvirtuar a verdadeira titularidade do serviço. No próximo item será possível definir com precisão quem deve exercer a responsabilidade pela condução das ações no setor.

### **3 DOS INSTITUTOS APLICÁVEIS À PRESTAÇÃO ASSOCIADA DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO**

Um dos pressupostos para o exame da gestão associada, sob o aspecto institucional, é a questão do ente titular para prestação do serviço público essencial de saneamento ambiental. Borelli (2010) ressalta que “não há dúvidas a respeito da titularidade municipal do saneamento básico quando envolvidos serviços prestados no âmbito exclusivamente local”.

A discussão, no entanto, é ampliada quando, segundo o próprio pes-

<sup>2</sup> Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

quisador “em jogo está a prestação regional que implique dois ou mais Municípios”, de modo que “as principais divergências são constatadas a respeito da titularidade dos serviços nas regiões metropolitanas” (BORELLI, 2010).

Em sua referenciada investigação acadêmica, Borelli (2010) identificou

[...] distintos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, destacando-se: a defesa da titularidade municipal, a defesa da titularidade estadual e a defesa da titularidade compartilhada entre estados e municípios.

Fora das regiões metropolitanas, alguns poucos autores defendem a titularidade estadual ou federal dos serviços a depender da abrangência adotada para a prestação.

Após exame cuidadoso dos posicionamentos descritos, entende-se que aquele que melhor se adapta às características estruturais dos serviços e aos ditames constitucionais sobre o saneamento e as relações entre entes federados consiste na titularidade municipal dos serviços, fato que não elimina a necessidade de que, em situações como a das regiões metropolitanas, os Municípios necessariamente envolvidos se submetam às exigências e determinações regionais.

Definida a titularidade material a respeito do saneamento, a competência legislativa relacionada aos serviços resta clarificada. À União cabe a edição de diretrizes sobre o saneamento. Tais diretrizes vão além da definição de normas gerais, representando a edição de regras de organização prática dos serviços, possuindo, portanto, um sentido mais concreto.

A definição concreta das titularidades correlatas com as respectivas competências legislativas leva a separação de atribuições e responsabilidades, de modo que (BORELLI, 2010)

[...] observadas as diretrizes traçadas pela União, a competência legislativa primordial a respeito do saneamento cabe aos Municípios, titulares dos serviços. Os Estados-Membros poderão editar normas de incentivo ao saneamento, notadamente a definição de regras de apoio à gestão associada. No caso das regiões metropolitanas, à competência dos Estados-membros acrescenta-se a de instituir, por meio de lei complementar, a unidade administrativa metropolitana e organizar a atuação conjunta dos entes federados por ela abrangidos.

Outras competências normativas afetam diretamente os serviços de saneamento. A disciplina do sistema de gestão das águas

cabe à União nos termos do inciso IV do art. 22 da Constituição da República. A outorga do uso da água, controlada pela União e pelos Estados, dependendo da propriedade dos corpos hídricos (arts. 20 e 26 da Constituição), impacta diretamente os serviços de água e esgoto.

O inciso VI do art. 24 da Carta Constitucional informa que compete à União e aos Estados, concorrentemente, legislar sobre proteção do meio ambiente e controle da poluição. O Município não figura nesse rol. Somente pode legislar para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, II, da CF).

Ao dedicar olhos analíticos sobre as especificidades da gestão associada, Borelli (2010) traça comentários conclusivos de fundamental importância para compreensão sistêmica da avença público institucional, conforme segue:

A gestão associada de que trata o art. 241 representa um mecanismo voluntário de união de esforços para a gestão de serviços públicos. Consubstancia-se nas figuras do contrato de consórcio público, gerador de pessoa jurídica interfederativa, na forma autorizada por lei, e do convênio de cooperação.

A gestão associada não se confunde necessariamente com a definição de prestação regionalizada cristalizada no art. 14 da Lei Federal nº 11.445/2007.

De modo geral, tanto a Lei Federal nº 11.445/2007 quanto a Lei Federal nº 11.107/2005 são extremamente flexíveis no que toca à transferência de competências do saneamento por meio da gestão associada.

O art. 8º da Lei Nacional de Saneamento prevê expressamente a delegação das atribuições de organização, regulação e fiscalização dos serviços. Tais funções poderão ser assumidas por consórcio público (com personalidade de direito público, no caso da regulação e fiscalização) ou por outro ente federado, no caso de convênio de cooperação.

No que tange a possível transferência das atividades de regulação por meio de convênio de cooperação, entende-se inviável, visto tratar-se de competências indelegáveis. Por seu turno, a Lei Nacional de Saneamento “possibilita tal transferência, em parte, porque preserva aos titulares a elaboração dos planos de saneamento” e “porque mesmo a delegação de competências por convênio de cooperação não elimina a atuação conjugada dos entes federados, que supõe constante acompanhamento mútuo” (BORELLI, 2010).

## Assim que

Segundo a Lei Federal nº 11.445/2007, não é possível a delegação das funções de regulação para entidades fora dos limites do Estado. O intuito da lei foi asseverar o caráter regional que a regulação pode assumir no âmbito da gestão associada, conferindo, ainda, maior proximidade entre a atividade regulatória e as necessidades concretas dos serviços em cada região.

Nos termos do art. 24 da Lei Federal nº 11.445/07, em caso de gestão associada ou prestação regionalizada dos serviços, os titulares poderão adotar os mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos da regulação em toda a área de abrangência da associação ou da prestação.

A padronização de determinações regulatórias no âmbito da gestão associada representa uma decorrência normal do exercício dessa função, desde que, é claro, a adoção dos mesmos critérios econômicos, sociais e técnicos no âmbito da associação ou prestação se apresente pertinente e viável no que toca à sustentabilidade dos serviços.

Por seu turno, é coerente afirmar, conforme a lição de Dantas (2009), que “admitir que o Município será sempre competente para prestar o serviço, porque a Constituição de 1988 lhe atribui essa titularidade de forma implícita, não resolve o problema da ausência de esgotamento sanitário em grande parte dos municípios”.

Considerando o perfil típico dos municípios brasileiros, a grande maioria com até 50.000 habitantes, com baixa capacidade técnica de atuação nos serviços públicos, principalmente no que tange ao controle e fiscalização, há uma tendência natural que a participação do Estado na gestão associada seja mais relevante.

Entretanto, mesmo quando há o estabelecimento de convênios de cooperação, não é tão indicado que o Estado, ou autarquia por ele constituída, receba as atribuições de organização, regulação e fiscalização dos serviços.

Isto porque a titularidade não é deslocada nem preterida com a assunção da execução do serviço pelo ente estadual. A cooperação vem facilitar a prestação, mas não eximir de responsabilidade o município, principalmente pela lógica do interesse local. Questão indiscutível, em qualquer situação, é a competência exclusiva da municipalidade para a elaboração dos planos de saneamento básico, que em hipótese alguma pode ser objeto de delegação.

Ressalta-se que os planos devem ser considerados como “leis orgânicas” do saneamento, estabelecendo-se “como norma do serviço e nessa qualidade deve ser obedecido por toda a Administração e pelos particulares que tenham se habilitado a prestá-lo por meio de institutos como o da concessão”. Frise-se que plano de saneamento passa a ser o parâmetro para a elaboração de estudos técnicos e econômico-financeiros, definição dos volumes de investimento e demais obrigações a serem formalizadas nos contratos de prestação dos serviços (DANTAS, 2009).

Na gestão associada, a competência para outorgar serviços de saneamento pode ser concentrada em um único ente federado ou em consórcio público. Em uma perspectiva regional, trata-se de uma importante função, pois permite que um mesmo prestador seja contratado para desempenhar os serviços em várias localidades, possibilitando a escala econômica eventualmente necessária para a sustentabilidade dos serviços.

O estudo de Borelli (2010) pontuou que a prestação dos serviços na forma de gestão associada admite diversas formulações. É possível cogitar:

- (i) da permanência da prerrogativa de prestar os serviços com seus respectivos titulares (enquanto a regulação e a fiscalização podem, por exemplo, ser delegadas para o Estado, sua entidade ou consórcio público);
- (ii) da transferência da prestação ao consórcio público por meio de contrato de programa;
- (iii) da transferência da prestação a órgão ou entidade da administração indireta de ente federado consorciado ou conveniado, também por contrato de programa; e
- (iv) delegação para a iniciativa privada, hipótese esta que pode ser concretizada pelo próprio titular ou por ente (ente federado, entidade da administração indireta ou consórcio) a quem se tenha transferido competências adjudicatórias no âmbito de consórcio público ou convênio de cooperação.

Para que se efetive o acordo de cooperação entre os entes federados partícipes, necessário se faz o atendimento de requisitos mínimos estabelecidos em lei. Levantar essas exigências legais corresponde ao assunto tratado no próximo item.

## 4 DOS REQUISITOS MÍNIMOS PARA GESTÃO ASSOCIADA

O artigo 10 da Lei Nacional de Saneamento aduz que a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária.

Mencionada normativa é aplicável tanto no caso da delegação para entes privados quanto nas hipóteses de prestação por órgãos ou entidades da administração indireta por meio de contrato de programa.

As condições de validade dos contratos de concessão e dos contratos de programa nos serviços de saneamento ambiental são estabelecidas pelo (caput) do artigo 11 da Lei Federal nº 11.445/2007, elencados da seguinte forma:

- existência de plano de saneamento básico;
- existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico;
- existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes na Lei Nacional de Saneamento, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;
- realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

O conteúdo regulatório mínimo que irá reger os contratos de concessão e de programa é estabelecido pelo §2º do artigo 11 da Lei Federal nº 11.445/2007, consistindo em:

- a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;
- a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados;
- as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;
- as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços em regime de eficiência, incluindo: (a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas; (b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas; (c) a política de subsídios;

- mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;
- as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.

Na visão de Borelli (2010),

Assim como no caso dos consórcios públicos e convênios de cooperação, os contratos de programa se inserem no quadro referente à nova administração pública consensual. O contrato de programa somente poderá ser formalizado sob o pálio de um consórcio público ou convênio de cooperação.

O contrato de programa apresenta grande importância para o modelo da gestão associada, pois figura como condição de validade das “obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito da gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos” (art.13, caput, da Lei Federal nº 11.107/2005).

Por seu turno, será nula a cláusula de contrato de programa que atribuir ao contratado o exercício dos poderes de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços prestados por ele mesmo. A determinação evita a associação de competências de execução com as competências de controle, regulação e fiscalização dos serviços, que obrigatoriamente devem ficar a cargo daquele que exerce a titularidade.

Borelli (2010) alerta que

A regra deverá ser respeitada em toda e qualquer situação, e não apenas no caso da prestação por meio de contrato de programa. Em nenhuma hipótese o prestador dos serviços deve cumular as competências de regulação e fiscalização, tendo em vista os desvios que esta indevida congregação de competências pode acarretar.

Neste contexto, mesmo com processos totalmente distintos, “o contrato de programa assume funções próximas às de um contrato de concessão”, visto ter como propósito único “a regularização e sedimentação das relações entre Municípios e empresas estaduais prestadoras de serviço público de saneamento básico” (FORTINI e ROCHA, 2009).

Com a alteração do artigo 241 da Constituição Federal de 1988

cumulada com a edição da Lei Federal nº 11.107/2005 e da Lei Federal nº 11.445/2007, as relações institucionais entre empresas estaduais e Municípios tendem, conforme as conveniências sociais, institucionais e políticas, ser integradas, gradativamente, à gestão associada de serviços públicos de saneamento ambiental.

A mudança cultural de atuação, desempenho e foco das companhias estaduais de saneamento será o motor da alavancagem, ou não, de futuros acordos cooperativos. Entretanto, releva-se, não será de manso desenrolar. Se antes tais empresas públicas dominavam todos os aspectos da prestação do serviço, incluindo o planejamento, a nova versão do arranjo legal do setor de saneamento conferiu a quem sempre relegou a terceiros a missão de gerenciar todo o sistema.

Os gestores municipais ainda estão atônitos dessa “nova” atribuição, sem compreender em profundidade o que podem, mas principalmente, o que devem fazer. Iniciar por um completo levantamento do “estado da arte” do serviço no município é de bom alvitre para começar a caminhada. Ter a consultoria de atores externos também vem a contribuir na tomada de decisão.

Mesmo assim, caberá às companhias estaduais abrirem a “caixa preta”, fornecerem informações e tornarem-se verdadeiramente transparentes, de modo a não criar empecilhos e dificuldades para que de cunho próprio possa o ente municipal decidir que caminhos seguir. As empresas estaduais devem se atualizar, relegando a quem de direito pertence à missão de planejar, regular e fiscalizar, voltando seu potencial a melhorar os indicadores de desempenho, de modo a atrair os olhares dos municípios indecisos, mas receosos com a índole nada aprovável das prestadoras estaduais.

Ainda assim, ressaltam Fortini e Rocha (2009), a gestão associada apresenta-se “como um caminho a ser examinado, mas seu emprego há de estar lastreado e não só em meras remissões aos textos legais e constitucionais. Cada caso deve ser interpretado à luz das circunstâncias que o envolvem”, com vistas a se encontrar a solução correta.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concretização dos serviços de saneamento básico apresenta especificidades que tornam seu regime um capítulo à parte quando comparados com os demais serviços públicos. Tratando-se da gestão dos serviços de sa-

neamento que envolva múltiplas unidades federadas, tais especificidades se avolumam, justificando análises jurídicas próprias.

A efetivação dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal promulgada em 1988 demanda urgência nas ações de implementação dos serviços elencados como de “saneamento básico”: distribuição de água potável, coleta e tratamento de esgoto sanitário, coleta e tratamento de resíduos sólidos e drenagem urbana.

É cediço que as metas traçadas para o alcance da universalização do atendimento não de altíssima complexidade, com a necessidade de investimentos vultuosos, exigindo eficácia e eficiência em sua aplicação. Compete aos municípios, isoladamente ou em consórcio, priorizar a intenção política para realizar aquilo desejado pelos administrados, principalmente os menos favorecidos.

As parcelas da população que se encontram em déficit no atendimento pouco se manifestam sobre como seus direitos devem ser atendidos. As soluções passam por um bom planejamento, como forma de se conhecer a realidade de que se deseja alterar. O gestor público não pode prescindir este momento.

É preciso que os arranjos institucionais superem os conchavos políticos partidários. O bem comum precisa prevalecer. O setor clama por soluções criativas e inovadoras. Deve-se superar barreiras diplomáticas e agir. Os municípios devem assumir com dignidade a sua missão constitucional de prestação dos serviços públicos.

Em que pese a construção gradativa do “mercado” de serviços de saneamento, as localidades e regiões deficitárias estão naturalmente excluídas deste modelo, pois antieconômico e a margem do sistema capitalistas. São para estas situações que deve-se autorizar a aplicação do artigo 241 da CF/88.

A análise deve partir do pressuposto que as companhias estaduais de saneamento não têm como missão primordial gerar lucro aos estados. A lógica do Planasa ainda persiste. Deve-se, de fato, criar condições distintas entre aqueles sistemas de saneamento com possibilidade de superávit dos demais. Para estes casos a Lei Federal nº 11.445/2007 criou excelentes condições de prestação direta, com aumento de receita ao ente público que fizer um trabalho com foco no princípio da eficiência.

Também é possível a delegação do serviço a empresa idônea, de forma onerosa, para que sua expertise e conhecimento acumulado transformem aquela realidade e beneficiem a população. Afinal, está falando-se de negócio jurídico propriamente dito, com o estabelecimento prévio do lucro a ser

afetado, metas a serem atingidas e resultados a serem alcançados.

Por seu turno, inviabilizar a associação de entes de esferas distintas pelo rigor da lei de licitações, já em vias de ser substituída, pois velha e ultrapassada nos atuais dias é condenar a pobreza eterna municípios e cidadãos inocentes. É plenamente justificável que o artigo 241 da CF/88 emane seus efeitos para minimizar a penúria dos incautos.

O gigante acordou, bradam os manifestantes Brasil afora. É chegado o momento dos olhos também voltarem-se para água tratada de boa qualidade, esgoto coletado, tratado e retornado ao meio ambiente, com a promoção da saúde preventiva como essência.

A gestão associada para prestação de serviços públicos de saneamento prescinde a licitação, que fica restrita e obrigatória aos casos de sistemas robustos e interessantes às operações financeiras do capital. Entretanto, neste como nos outros casos, deve o Município exercer com maestria o poder regulador, por meio de organismo próprio ou delegado, mas sem arredar a cobrança da qualidade, do atendimento cordial e da busca incessante da universalização.

## REFERÊNCIAS

BORELLI, Raul Felipe. **Aspectos jurídicos da gestão compartilhada dos serviços públicos de saneamento básico**. 2010. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-27092011-090553/pt-br.php>>. Acesso em: 15 mar. 2014.

BORGES, Alice Gonzalez. Concessões de Serviço Público de Abastecimento de Água aos Municípios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 212, p. 95-107, abr./jun. 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Atualizada até a Emenda Cons-

titucional nº 72 de 2 abr. 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 5 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) >. Acesso em: 5 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm) >. Acesso em: 5 mar. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm) >. Acesso em: 5 mar. 2014.

CARVALHO, Paulo Neves. Gestão associada de serviços públicos: consórcios intermunicipais. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, n. 7, p. 51-62, jan./mar. 2003.

DANTAS, Camila Pezzino Balaniuc. A questão da competência para a prestação do serviço público de saneamento básico no Brasil. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristina (Org.). **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da Lei nº 11.445/2007**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FORTINI, Cristiana; ROCHA, Rúsvel Beltrame. Consórcios públicos, contratos de programa e a Lei de Saneamento. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana. (Org.). **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da lei n.**

11.445/2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações das concessões de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n. 1, p. 95-136, jan./mar. 2003.

MELO, Álisson José Maia. Gestão associada para regulação do saneamento básico. In: PHILIPP JR, Arlindo; GALVÃO JR, Alceu de Castro. (Org.) **Gestão do saneamento básico: abastecimento de água e esgotamento sanitário**. Barueri: Manole, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA. **Guia do Saneamento Básico: perguntas e respostas**. Coordenação-Geral do Promotor de Justiça Luís Eduardo Couto de Oliveira Souto, supervisão da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e apoio da Procuradoria-Geral de Justiça. Florianópolis: Coordenadoria de Comunicação Social, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços públicos e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

MONTEIRO, Vera. Prestação do serviço de saneamento por meio da gestão associada entre entes federativos. In: PICININ, Juliana; FORTINI, Cristiana. **Saneamento básico: estudos e pareceres à luz da lei n. 11.445/2007**.

Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

PICININ, Juliana de Almeida; COSTA, Camila Maia Pyramo. A gestão associada de serviços públicos de saneamento básico à luz do art. 241 da Constituição Federal e das Leis Federais nº 11.107/05 e nº 11.445/07. Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 72, p. -, dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49615>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. A viabilidade jurídica da delegação do serviço público de saneamento básico de Município a Estado. Disponível em: <[http://www.sbdp.org.br/artigos\\_ver.php?idConteudo=21](http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=21)>. Acesso em: 12 mar. 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. O saneamento básico e sua execução por empresa estadual. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 5 mar. 2014.

TÁCITO, Caio. A configuração jurídica do serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 233, p. 373-376, jul./set. 2003.

TUROLLA, Frederico Araújo Pontos para uma discussão sobre eficiência e regulação em saneamento. In: SALGADO, Lucia Helena; MOTTA, Ronaldo Seroa da (Org.). **Regulação e concorrência no Brasil: governança, incentivos e eficiência**. Rio de Janeiro: Ipea, 2007.

WALD, Arnaldo; MORAES, Rangel; WALD, Alexandre de M. **O direito da parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

## Ascensões funcionais ilegais: A questão da sua invalidação à luz do princípio da segurança jurídica

Illegal functional rises: The question of its invalidation under the principle of legal certainty

Leonardo Fuentes Fauaz de Andrade<sup>1</sup>

### RESUMO

A Constituição da República veda, em seu artigo 37, inciso XI, o provimento de cargos públicos efetivos sem prévia realização de concurso público, bem como àquele que já é servidor investir-se em cargo distinto daquele anteriormente ocupado. Em muitos casos, porém, a Administração Pública promoveu as chamadas ascensões funcionais, a despeito da proibição constitucional, possibilitando a um servidor ocupante da última classe do seu cargo lograr passagem para a primeira classe de cargo diverso ou tido como complementar do primeiro. Sucede que muitos desses atos são mantidos por considerável lapso de tempo no mundo fático, gerando expectativas legítimas tanto da ótica do servidor como da Administração e da coletividade, dada a sua aparência de legalidade. Nesse sentido, constatada a irregularidade após o transcurso de lapso de tempo considerável, faz-se necessário perscrutar se, de fato, a invalidação seria a melhor solução ou se se justifica a sua manutenção do ato no mundo jurídico, considerando o princípio da segurança jurídica e seus consectários.

**Palavras-Chave:** Ascensão funcional. Legalidade. Segurança jurídica.

### ABSTRACT

The Constitution prohibits, in article 37, section XI, the provision of effective public post without any previous public competition, as well as that which is already investing into a position distinct from that position previously occupied. In many cases, however, the Public Administration promoted the so-

1 Analista de Controle Externo no TCE-RJ; Coordenador-Geral da CAR; pós-graduado em direito público e privado pela Associação dos Membros do Ministério Público em parceria com o Instituto Superior do Ministério Público. E-mail: leonardofa@tce.rj.gov.br

called functional rises, despite the constitutional ban, allowing an occupant server of the last class of his office to achieve passage of several first class post or considered complementary to the first. It happens that many of these acts are maintained for a considerable period of time in the factual world, generating legitimate expectations of both the perspective of the server as the administration and the community, given the appearance of legality. In this sense, the irregularity observed after the passing of considerable time, it is necessary to scrutinize whether, in fact, invalidation would be the best solution or if warrant keeping the act in the legal world, considering the principle of legal certainty and their consequences.

**Keywords:** Career Advancement; Legality; Legal certainty.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a viabilidade da desconstituição de ato de ascensão funcional de servidor público pela Administração Pública, quando já ultrapassado tempo suficiente para conferir àquela situação aparência de legalidade, gerando expectativas legítimas de sua manutenção no mundo jurídico à luz do princípio da segurança jurídica.

Como cedição, a Constituição da República (CRFB), no seu artigo 37, inciso II, estabelece a obrigatoriedade de realização de concurso público para o provimento de cargo público efetivo, sistemática que também se aplica ao servidor que busca investir-se em cargo distinto daquele que já ocupava, conforme, aliás, proclama a súmula 685<sup>2</sup> do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ocorre que, em inúmeros casos, essa investidura em cargo diverso, após a vigência da CRFB, por quem já era servidor público deu-se não pela prestação de concurso público, mas sim em decorrência da chamada ascensão funcional, assim entendida “a forma de progressão pela qual o servidor é elevado de cargo situado na classe mais elevada de uma carreira para cargo da classe inicial de carreira diversa ou de carreira tida como complementar da anterior”.<sup>3</sup>

É certo que essa prática, em tese, viola à regra estampada no art. 37, II,

2 STF, súmula 685: “É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.”

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010, p. 671.

da CRFB, na medida em que permite ao servidor público investir-se em cargo público distinto daquele que anteriormente ocupava sem a necessidade de realização de novo concurso público de provas ou de provas e títulos.

Contudo, em que pese a ilegalidade constatada no plano abstrato da ascensão funcional pós CRFB, indaga-se: seria dado à Administração Pública desfazer um ato de ascensão funcional, praticado sem que o servidor tenha contribuído para a sua efetivação, quando já decorridos longos anos e inexistir prazo legal específico para o exercício do seu poder-dever de autotutela?

É com base nesse questionamento que se busca solucionar, neste trabalho, a questão da ascensão funcional à luz do princípio constitucional da segurança jurídica e seus consectários.

## 2 ASCENSÕES FUNCIONAIS ILEGAIS E SEGURANÇA JURÍDICA

### 2.1 O princípio da segurança jurídica na CRFB

Na sua origem, o termo segurança jurídica surgiu de forma relacionada à segurança que o ordenamento jurídico oferecia, sendo o Direito o responsável por garanti-la nas relações travadas na sociedade.

Essa ideia, no entanto, começou a ser flexibilizada ante a insuficiência de o Direito garantir, por si só, a segurança, diante do incremento da sociedade de risco, do imperativo econômico, do aumento do Estado e da instabilidade e a perda da qualidade da ordem jurídica. Assim, ganhou relevo o estudo da segurança jurídica como segurança do ordenamento jurídico, não mais a segurança jurídica através do ordenamento jurídico.

Hoje, fala-se em constitucionalização da segurança jurídica, ainda que o princípio não esteja expressamente previsto na CF, como decorrência da cláusula geral do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*).

Mas, em que consiste uma ordem jurídica segura?

No Direito Francês, afirma-se que uma ordem jurídica segura é composta dos elementos acessibilidade, previsibilidade e estabilidade. Uma ordem jurídica é acessível quando têm normas claras, precisas, com a necessária publicidade e eficazes. A previsibilidade está relacionada à possibilidade

de calcular, antever, estimar os comportamentos do legislador e da Administração, de modo que os cidadãos não sejam surpreendidos pelas decisões estatais. Por fim, uma ordem jurídica segura é uma ordem jurídica estável, isto é, quando existem limites à alteração das normas e das decisões, de modo que essas alterações só ocorram sob condições predeterminadas.

Dentro do atual quadro constitucional, também surgiu o princípio da proteção da confiança legítima (ou proteção das legítimas expectativas). Esse princípio foi desenvolvido na jurisprudência alemã, num primeiro momento, passando à jurisprudência das Cortes Europeias, dos países que integram essa comunidade e, posteriormente, à jurisprudência norte-americana.

O princípio da proteção da confiança é um subprincípio, uma densificação do valor segurança jurídica. A aplicação do princípio da proteção da legítima confiança, no Direito Administrativo, depende da verificação da existência de um ato em cuja estabilidade o cidadão possa confiar, da legitimidade dessa confiança (não há legitimidade quando o interessado deu causa à ilegalidade) e da necessidade de eventual ponderação dela com o interesse público em sentido contrário.

Por fim, observa-se, consoante nos ensina abalizada doutrina<sup>4</sup>, que a ideia de confiança legítima insere-se na conotação ampla e abrangente do princípio da segurança jurídica, o qual possui dois aspectos. O primeiro, objetivo, indica a necessidade de estabilização do ordenamento jurídico, considerada a proteção ao direito adquirido ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB). Já o aspecto subjetivo está relacionado à proteção da confiança do indivíduo em relação a atos, sobretudo estatais, vez que dotados de presunção de legitimidade e com aparência de legalidade.

## 2.2 Segurança Jurídica E Manutenção De Ascensões Funcionais Ilegais

Na Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal, é comum ver casos de servidores que, em algum momento, antes ou pós CRFB, lograram investir-se em cargo público diverso da carreira da qual estavam inicialmente investidos em razão da prática de ato administrativo que efetiva

4 *Idem*, p. 39.

uma ascensão funcional.

A ascensão funcional, conforme afirmado alhures, consiste na mudança de cargo público pelo servidor ocupante da mais elevada classe de uma carreira para cargo inicial de carreira diversa ou tida como complementar. Trata-se de prática proscrita pelo art. 37, II, da Constituição, que estabelece a regra do concurso para o provimento de cargos públicos efetivos. O ato que promove a ascensão funcional, portanto, seria ilegal.

É certo que um ato administrativo inquinado de vício de legalidade, em tese, será prejudicial ao interesse público. Contudo, diante das peculiaridades do caso concreto e do dinamismo das relações jurídicas sociais, depreende-se que nem sempre sua anulação será a melhor solução, considerando que o próprio interesse da coletividade poderá ser mais bem atendido com a manutenção do ato nascido de forma irregular.

É que, se por um lado, no plano abstrato, há a violação da regra constitucional do concurso público para o provimento de cargos efetivos, de outro, há que se reconhecer que, de fato, os servidores beneficiados com a ascensões funcionais praticaram diversos atos sob forte aparência de legalidade, adquirindo direitos de boa-fé e desempenhando atividades de relevância administrativa e social em grande parte de sua vida funcional.

Em nome da segurança jurídica, portanto, há que se ponderar que certas situações mantidas sob a aparência de legalidade por considerável lapso temporal produzem consequências jurídicas irreversíveis, tanto sob a ótica do servidor de boa-fé como da Administração e toda a coletividade.

Afinal, o exercício da prerrogativa da autotutela administrativa deve ser limitado no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos servidores gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos, sobretudo quando seus beneficiários não concorreram para a sua prática.

Em situação semelhante, destaca-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, com fundamento nos princípios da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da boa-fé, decidiu pela manutenção da validade de contratações, sem concurso público, de empregados da INFRAERO, como se extrai do julgamento do MS 22.357/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Igualmente, desta vez especificamente em caso de ascensão funcional, o STF negou a possibilidade de o TCU anular ato de ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de cinco anos, tendo em vista o disposto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir:

Servidor público. Funcionário(s) da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Cargo. Ascensão funcional sem concurso público. Anulação pelo TCU. Inadmissibilidade. Ato aprovado pelo TCU há mais de cinco anos. Inobservância do contraditório e da ampla defesa. Consumação, ademais, da decadência administrativa após o quinquênio legal. Ofensa a direito líquido e certo. Cassação dos acórdãos. Segurança concedida para esse fim. Aplicação do art. 5º, LV, da CF e art. 54 da Lei federal 9.784/1999. Não pode o TCU, sob fundamento ou pretexto algum, anular ascensão funcional de servidor operada e aprovada há mais de cinco anos, sobretudo em procedimento que lhe não assegura o contraditório e a ampla defesa. (MS 26.560, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 17-12-2007, Plenário, DJE de 22-2-2008.) No mesmo sentido: MS 26.237-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 21-8-2012, Primeira Turma, DJE de 6-9-2012; MS 26.393, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 29-10-2009, Plenário, DJE de 19-2-2010; MS 26.117, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 20-5-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009; MS 26.406, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 1º-7-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008; MS 26.353, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 6-9-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.

Necessário salientar que o art. 54 da Lei nº 9.784/99 enuncia regra que limita no tempo o exercício do poder-dever de autotutela da Administração Pública, estabelecendo o prazo decadencial de cinco anos para que se proceda à anulação de atos administrativos ilegais geradores de efeitos favoráveis para os seus destinatários, salvo má-fé.

A questão da convalidação das ascensões funcionais parece ser facilmente solucionada com a aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/99. Entretanto, cabe observar que o referido dispositivo aplica-se exclusivamente em âmbito federal, não se estendendo às demais esferas, na medida em que as normas de processo administrativo são elaboradas por cada ente federado, ausente a competência da União para estabelecer normas gerais sobre a matéria.

*Quid juris* na hipótese da inexistência de norma específica de decadência para a anulação de atos administrativos ilegais em determinado ente federado?

Para responder a essa indagação, traz-se à colação lição do Prof. Rafael Carvalho Rezende de Oliveira ao tratar da autotutela e da convalidação, *in verbis*:

Desta forma, temos que é preferível defender a tese de que a Administração Pública, mesmo sem norma legal específica, encontra-se limitada no seu poder de anulação de atos ilegais, tendo em vista os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.<sup>5</sup>

Com efeito, o exercício da autotutela administrativa encontra limites no tempo por razões de segurança jurídica, bem como pela confiança legítima dos interessados gerada pela presunção de legalidade e de legitimidade dos atos administrativos.<sup>6</sup>

Por essa razão, o legislador estabeleceu a regra do art. 54 da Lei 9.784/99, prevendo o prazo decadencial de cinco anos para a Administração Pública federal exercer a sua prerrogativa de autotutela. Nesse caso, o próprio legislador já procedeu à ponderação de interesses para fixar o prazo máximo dentro do qual a Administração deverá anular seus atos ilegais, prestigiando a segurança jurídica em detrimento da legalidade. É o que a doutrina denomina convalidação involuntária do ato administrativo, tendo em vista que o vício é superado pelo decurso do tempo e não pela vontade expressa da Administração, como ocorre na convalidação voluntária.

Em todo caso, portanto, o decurso de lapso de tempo considerável, havendo previsão legal ou não de decadência, influi sobre o exercício do poder-dever de autotutela da Administração, consistindo, consoante nos ensina Alexandre Santos de Aragão ao trazer lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, naquilo que se denomina fato sanatório da nulidade do ato administrativo.<sup>7</sup>

### 3 CONCLUSÃO

Como visto, resta estreme de dúvidas que a ascensão funcional de servidor público na vigência da atual Constituição carece de legalidade, dada a sua incompatibilidade com o artigo 37, II, da CRFB.

5 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Princípios do Direito Administrativo*. Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011, p. 154.

6 *Idem.*

7 ARAGÃO, Alexandre Santos. *Curso de Direito Administrativo*. Forense, Rio de Janeiro: 2012, p. 167.

No entanto, em atenção ao princípio da segurança jurídica, sobretudo quando há o decurso de um grande lapso de tempo desde a prática do ato até o momento em que se pretende invalidá-lo, e à boa-fé dos interessados, em alguns casos, há que se admitir a manutenção dos efeitos do ato administrativo ilegal. Trata-se, pois, da necessária ponderação de cumprimento dos preceitos legais e o princípio da segurança jurídica, que, diante do caso concreto, pode levar a uma conclusão pela manutenção dos efeitos de um ato reconhecidamente ilegal.

Com isso, reconhece-se a ilegalidade do ato, mas se salva a sua juridicidade, conservando-se os efeitos do ato jurídico. Isso porque, embora o ato infrinja a legalidade estrita, à luz do caso concreto, pode conformar-se aos princípios e valores constitucionais, estando de acordo com o Direito como um todo. Daí preferir-se a sua manutenção em detrimento da sua invalidação, o que, nesses casos, mais bem atende ao interesse público.

Sendo assim, pode-se afirmar que a ilegalidade decorrente de um ato de ascensão funcional convalesce com o decurso do tempo, independente de previsão legal específica de norma de decadência, estando limitado o exercício da autotutela da Administração Pública, que não mais poderá anulá-lo revertendo a situação do beneficiário de boa-fé ao *status quo ante*, em nome dos valores constitucionais que consagram a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, como consectários do próprio Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do Direito Administrativo: teoria da Constituição**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

## A exigência de amostras e protótipos de bens de informática na fase de habilitação

The requirement of samples and prototypes of computer assets during the qualification stage of a bidding process

João Luiz Francalacci Rocha<sup>1</sup>

### RESUMO

A proposta desse artigo é discorrer sobre a exigência de amostras e protótipos de bens de informática (TI), na fase de habilitação de um certame licitatório. Tal prática tem sido alvo de representações, algumas vezes sob o enfoque de “antecipação do objeto”, em alusão à exigência de uma pré-habilitação da licitante.

**Palavras-Chave:** Licitação. Amostras. Protótipos. Bens de Informática. TI.

### ABSTRACT

The purpose of this paper is to discuss the requirement of samples and prototypes of computer assets (IT) during the qualification stage of a bidding process. This practice has been the subject of legal representations, sometimes under the title of “anticipation of the object”, in allusion to the requirement for a pre-qualification of bidders.

**Keywords:** Open bidding. Samples. Prototypes. Computer assets. IT.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito, Letras e Computação. Mestre em Ciências da Computação. Especialista em Direito Público. Servidor público do Estado de Santa Catarina. E-mail: jrocha@tce.sc.gov.br

## 1 INTRODUÇÃO

A A seção II do capítulo II da Lei 8.666/1993, Lei Nacional de Licitações (LNL), trata da fase de habilitação. Nessa seção estão expressas exigências que os interessados precisam cumprir para habilitarem-se ao certame licitatório. Os requisitos elencados pelo artigo 27 da citada Lei são: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, além do cumprimento do inciso XXXIII do artigo 7º da atual Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB), requisito esse incluído pela Lei nº 9.854/99 e considerado pela doutrina como inconstitucional. Seguindo o diploma legal, as Cortes de Contas do país têm reiterado o entendimento de que a Administração Pública, na fase de habilitação, deve observar as previsões dos artigos 28 a 31 da Lei de Licitações, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade.

Ao se abordar a questão da exigência de amostras na fase de habilitação faz-se necessário comentar os requisitos legais para se contratar com o poder público, discorrer sobre o caráter da exigência constante no art. 28 da LNL e demonstrar os momentos distintos de ocorrência da fase de habilitação nas modalidades tradicionais da Lei 8.666/93 e da modalidade pregão, criada pela Lei 10.520/02.

## 2 REQUISITOS LEGAIS

Tal qual a Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2001, Código Civil (CC), que estabelece algumas restrições para prática de atos da vida civil, o legislador preocupou-se em redigir dispositivo na LNL que exigisse documentos que comprove estarem os licitantes aptos a exercer atividades de caráter civil e comercial. Dessa forma, tenta-se afastar da Administração Pública os licitantes inaptos. O artigo 28 da Lei 8.666/93, por exemplo, traz algumas restrições que tentam evitar a frustração do procedimento licitatório:

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devi-

damente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir. (BRASIL, 1993).

[...]

O fato de a Lei 8.666/93 reiterar expressamente algumas restrições presentes no Código Civil deixa claro que a Administração só terá relações contratuais mediante comprovação de existência e de capacidade jurídica dos licitantes, o que proporciona benefícios para a Administração Pública, pois haverá a impossibilidade de participação no certame, por exemplo, de sociedades não personificadas (arts. 986 a 996 do Código Civil). Marçal Justen Filho ensina que a Administração deve observar às condições estabelecidas pela Lei de Licitações:

A prova da habilitação jurídica corresponde à comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade para exercício das faculdades jurídicas. Somente pode formular proposta aquele que possa validamente contratar. As regras sobre o assunto não são de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e Comercial. Não existe discricionariedade para a Administração Pública estabelecer, no caso concreto, regras específicas acerca da habilitação jurídica. Mais precisamente, a Administração deverá acolher a disciplina própria acerca dos requisitos de capacidade jurídica e de fato, dispostas em cada ramo do Direito. (MARÇAL, 2009).

Além da capacidade e existência no mundo jurídico, a Lei também exige que o licitante esteja em dia com as obrigações fiscais. Essa exigência decorre do artigo 29 da Lei 8.666/93, que se reproduz a seguir:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (BRASIL, 1993).

[...]

A regularidade fiscal é, na verdade, uma exigência constitucional e está insculpida no art. 195, §3º da CRFB, o qual versa:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

§ 3º - A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. (BRASIL, 1988).

[...]

Bem verdade que essa exigência aparenta um meio de cobrança indireto por parte do Estado. Entretanto, está a licitante impedida de contratar tão somente com a Administração Pública. Dessa forma, sustenta-se o entendimento de que não há uma vedação absoluta da atividade empresarial. Com base nessa linha de pensamento, o STF, através das súmulas nº 70, 323 e 547, decidiu que a simples limitação – a de não poder contratar com o Poder Público em caso irregularidade fiscal – não é inconstitucional. A doutrina de Márcio dos Santos Barros convence acerca dessa tese:

De certa forma, trata-se de exigência que visa à cobrança de tributos daqueles que se encontram em situação irregular com o

fisco. Possui base constitucional (art. 195, §3º) e não veda, em termos absolutos, o exercício da atividade empresarial, pois só impede a contratação com a Administração (as Súmulas nº 70 e 323 do STF estabelecem ser inadmissível a interdição de estabelecimentos e a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para a cobrança de tributos). Cabe lembrar que a maioria das legislações tributárias das esferas de Governo também estabelece o impedimento de a Administração contratar terceiros em situação irregular com o fisco. (BARROS, 2005).

Importante esclarecer que o dispositivo exige a “regularidade” e que essa não pode ser confundida com “quitação” dos débitos. Dessa forma, quitação implica a inexistência de débitos; regularidade tolera a existência de débitos que estejam sob controle do credor.

### 3 EXIGÊNCIA DE CARÁTER DOCUMENTAL

Muito embora a natureza das exigências do elenco previsto nos artigos 28 a 31 da LNL tenha caráter documental, há casos em que a Administração Pública incide no erro em exigir, na fase de habilitação, para as modalidades tradicionais de licitação, amostra do objeto licitado. Entretanto, o que a Administração pode exigir está restrito ao previsto na Lei de Licitações.

Por qualificação técnica pode-se entender como o conjunto de requisitos técnicos reunidos pela licitante, indispensáveis para a conclusão do objeto que será licitado. Sobre esse tema, o Prof. José Cretella Junior esclarece os limites que se pautam na lei:

Limitar-se-á a *documentação relativa à qualificação técnica* a:  
a) registro ou inscrição na entidade profissional competente; b) comprovação de aptidão para desempenho da atividade; c) comprovação fornecida pelo órgão licitante; e d) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (CRETILLA JUNIOR, 2006, grifos do autor).

Para licitações na área de informática, especificamente, o que mais se observa é exigir cópia do sistema licitado por parte de cada licitante ou

amostra de algum equipamento. Essa prática de a Administração exigir uma pré-habilitação de todos os licitantes, não encontra amparo legal, haja vista o art. 30, inciso II, da LNL, obstar exigências de caráter não documental para comprovação de aptidão no fornecimento de bens.

Aliás, a prática de exigência de amostras e protótipos na fase de habilitação tem sido condenada reiteradamente pelas Cortes de Contas. O TCU, por exemplo, no acórdão 346/2002 e decisões 85/2002, 1237/2002 e 288/1996, deliberou sobre o tema. Transcreve-se, a seguir, parte da decisão 288/1996:

[...] 1.1. observe rigorosamente as fases de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 (alterada pela de nº 8.883/94), evitando inserir nos instrumentos convocatórios **cláusulas restritivas ao caráter competitivo do certame** (art. 3º, § 1º, incisos I e II), **como a exigência de amostra na fase de habilitação**, inclusive nas licitações dos tipos “melhor técnica” e “técnica e preço”, vez que não está autorizada pelo Estatuto das Licitações, além de violar o **caráter sigiloso** da competição; [...] (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Como visto, a exigência não prevista em lei pode contribuir para restringir o caráter competitivo do certame. Claro que a Administração tem o direito de realizar avaliações sobre o produto ofertado pelas licitantes – verificar se esses produtos realmente contemplam o exigido no edital. Porém, é prudente a Administração realizar essas avaliações no momento oportuno - que no caso é aquele que não cause prejuízo à competição. Por isso, há a preocupação em se limitar exigências de amostras ou protótipos apenas na fase de classificação das propostas, desde que essas exigências estejam disciplinadas e detalhadas no edital.

A sistemática da habilitação, para uma corrente majoritária, torna-se inflexível com a atual redação do dispositivo legal das licitações. Essa sistemática vale para as modalidades tradicionais. Quanto ao pregão, porém, outras considerações são necessárias.

Em tempo, cabe esclarecer que o caráter sigiloso a que se refere o corpo da decisão 288/1996 do TCU, acima citada, está relacionado ao conhecimento do resultado das propostas técnicas antes da abertura dos envelopes, já que se teria prévio acesso às amostras. Tal conduta resulta em violação do sigilo da informação, cuja infração está prevista no art. 94 da Lei de Licitações:

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo: Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa. (BRASIL, 1993).

Tratando-se de sistemas da área de TI, essa violação não se confunde com o argumento de possível quebra de sigilo comercial, não incomum em representações, quando os representantes alegam que a entrega de uma cópia do sistema poderia pôr em risco o sigilo comercial da licitante, sem a garantia de haver qualquer benefício em contrapartida. Nesse último caso, o suposto acesso ao sigilo comercial seria feito com a posse dos códigos fontes e demais componentes dos sistemas.

Para se analisar um argumento dessa natureza, é necessária certa cautela. Primeiramente, se o que está sendo fornecido é uma cópia dos executáveis dos sistemas (cópia de demonstração), o acesso ao sigilo comercial torna-se mais difícil, porquanto seriam necessários a habilidade e conhecimento de um usuário sofisticado para extrair tais informações por meio de engenharia reversa. Porém, se o que se pede é o fornecimento de cópia dos sistemas com seus códigos fontes, como no caso da maioria dos sistemas voltados para a WEB, a possibilidade de se extrair tais informações é maior.

#### **4 HABILITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO**

O pregão, que é regulado pela Lei nº 10.520/02, possui um regime de habilitação diferenciado. Isso porque a referida lei confere discricionariedade à Administração quanto aos documentos a serem exigidos. Nas palavras do ilustre Doutor Joel de Menezes Niebuhr, difere-se o regime de habilitação do pregão, visto que:

[...] a Lei nº 10.520/02 roga à discricionariedade da Administração a definição dos documentos prestantes a comprovar tais aspectos da habilitação, pois é ela quem os determina no instrumento convocatório. Com isso, a Administração não está obrigada a exigir, no instrumento convocatório, todos os documentos listados nos artigos 28, 30 e 31 da Lei nº 8.666/93. Ela tem a competência para filtrar quais os documentos são pertinentes, podendo, por corolário, exigí-los todos, dispensar alguns ou acrescentar outros. (NIEBHUR, 2008).

Mesmo para a modalidade pregão, o assunto da exigência de amostras não se encontra pacificado. Para Niebuhr, por exemplo, é lícito que a Administração Pública requeira amostras e protótipos. O autor nos ensina os aspectos presentes na exigência de amostras e protótipos na modalidade pregão:

Dessa sorte, partindo do pressuposto de que a antecipação das amostras não causa prejuízo ao interesse público nem a terceiros, é de se reputá-la lícita. Agregue-se que tal procedimento não é contrário à lei e, em contrapartida, encontra amparo em vários princípios informadores da Administração Pública, entre os quais os da eficiência, finalidade, economicidade e celeridade. Com ele também a Administração não faz exigência nova, não pressuposta em lei, porque as amostras seriam requeridas de qualquer maneira, antes ou depois da sessão. (NIEBHUR, 2006).

Sob essa ótica, a razão para em um diploma legal ser lícito exigir amostras e em outro não, reside no fato de que, além de não haver expresso impedimento na Lei nº 10.520/02, tal procedimento não traz prejuízo ao interesse público e é compatível com a celeridade do pregão, característica típica da inversão de fases, onde o julgamento antecede à habilitação. Dessa forma é natural que o exame das amostras se dê na fase de habilitação. Após a classificação da proposta vencedora, as amostras poderão ser exibidas e conferidas, sempre de acordo com o que foi especificado no edital. O Mestre Carlos Pinto Coelho Motta dá importante lição acerca do exame da habilitação no pregão:

Somente após a etapa referente à competição dos preços a habilitação do vencedor será efetivamente verificada, mediante a abertura e o exame da regularidade dos documentos correspondentes. É outra característica distintiva do pregão – a *inversão das fases*, priorizando-se a fase comercial (classificação de propostas). (COELHO MOTTA, 2008, grifos do autor).

A doutrina de Sidney Bittencourt reconhece a controvérsia que o assunto demanda. O autor conclui pela possibilidade do exame de amostras tanto no pregão presencial, como no eletrônico:

[...] como o pregão é norteado pelo princípio da sumariedade e da agilidade - notadamente o de forma eletrônica -, há ca-

bal demonstração que a ideia de se produzir exames prévios acerca da qualidade (amostras) significaria a possibilidade de instaura o de um contencioso que demandaria morosidade. Todavia, ainda sim, entendemos que, em casos excepcion ssimos, poderá, mesmo no pregão, e até mesmo no eletrônico, a Administra o entender que o exame de amostras   necessário. (BITTENCOURT, 2010).

Rodrigo Vissotto Junkes, em artigo publicado, diverge no sentido da impossibilidade de exigência de amostras para o pregão realizado na forma eletrônica:

A apresenta o de amostras não pode ser feita de forma eletrônica. Pela sua própria natureza de não pertencer ao mundo virtual, impõe a necessidade de que o seu processamento ocorra no mundo real. (JUNKES in ILC – Informativo de Licita es e Contratos, revista Zênite, 2008).

Em se tratando de licita o em área de TI, discorda-se desse posicionamento. Isso porque existe “fisicamente” a possibilidade do envio de amostra, na forma eletrônica, por parte dos licitantes, mesmo os mais distantes. Por exemplo, se o objeto que está sendo licitado   um sistema, o licitante pode submeter uma versão de demonstra o junto com sua proposta. Certamente, para que isso seja possível os meios apropriados devem estar   disposi o dos interessados, tais como: conexão   Internet de boa qualidade; sistema do pregoeiro preparado para receber as amostras; compatibilidade entre as plataformas operacionais envolvidas, entre outras condi es.

O referido autor também se posiciona quanto   oportunidade de apresenta o das amostras. Junkes assevera que a amostra deve ser apresentada pelo licitante que tenha a proposta temporariamente em primeiro lugar:

Nesse sentido, não parece afrontoso   ordem jurídica definir que as amostras deverão ser apresentadas apenas pelo licitante que teve a sua proposta escrita, examinada e aprovada, e que seja tida provisoriamente como a mais vantajosa. (JUNKES in ILC – Informativo de Licita es e Contratos, revista Zênite, 2008).

A opinião do autor baseia-se nas jurisprudências do Tribunal de Contas da União e que dão ao controverso assunto, um rumo cada vez mais con-

solidado. O TCU deliberou sobre o tema em acórdãos, como: 1.182/2007-P, 1.634/2007-P, 1.113/2008-P. A seguir, reproduz-se o acórdão 1.113/2008-P:

[...]

9.2.1. Limite-se a exigir a apresentação de amostras ou protótipos dos bens a serem adquiridos ao licitante provisoriamente em primeiro lugar, nos termos dos incisos XII e XIII do art. 4º da Lei n.º 10.520/2002 c/c art. 30 da Lei n.º 8.666/1993, observando, no instrumento convocatório, os princípios da publicidade dos atos, da transparência, do contraditório e da ampla defesa; (BRASIL, 2008).

Certamente, a ideia de exigir a amostra apenas do licitante que detém temporariamente o primeiro lugar é a que mais agrada. Assim, não aprovada a amostra pela Administração (fundamentada e na forma do edital), parte-se para análise da amostra do próximo colocado.

Por fim, quanto ao pregão, uma observação se faz necessária: o agente público deve respeitar e observar se o objeto licitado encaixa-se no conceito de bem ou serviço comum. Sem propósito de se aprofundar na questão, o conceito de “comum” é, de acordo com a lei, imposto pelo próprio mercado. O ilustre Prof. e atual Subprocurador-Geral do MPU junto ao TCU, Doutor Lucas Rocha Furtado, resgata a definição que o legislador quis dar a “bem e serviço comum”:

Nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/2002, o pregão somente pode ser utilizado para a contratação de bens ou de serviços comuns. Estes são definidos pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei do Pregão como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. (FURTADO, 2007).

Salienta-se que o gestor público, aquele que trata das questões relativas ao instrumento convocatório, não realiza essa tarefa isoladamente. Considerando-se a variedade de bens e serviços a serem licitados e as diversas áreas de concentração é mais do que aconselhável que a análise do bem ou serviço comum seja realizada por um especialista na área em questão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para as licitações tradicionais a exigência de amostras na fase de habilitação de um certame não possui amparo legal e é uma prática condenada pelas Cortes de Contas do país. Especificamente nas licitações da área de Tecnologia de Informação, há casos em que a Administração exige uma cópia de demonstração do sistema a ser licitado. Conforme dito, para as modalidades tradicionais, se a Administração exige as amostras na fase de habilitação, o faz de forma irregular.

Quanto ao pregão, a exigência de amostras não encontra óbice legal e como o julgamento – por consequência de uma característica dessa modalidade: a inversão de fases – precede à habilitação, essa exigência não pode ser encarada como uma pré-habilitação da licitante, se exigida do licitante provisoriamente vencedor. Em respeito aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e seu corolário, o princípio do julgamento objetivo, deve a Administração ater-se ao edital e atender fielmente todos os requisitos especificados para a efetiva avaliação das amostras.

## REFERÊNCIAS

BARROS, Márcio dos Santos. **Comentários sobre licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

BITTENCOURT, Sidney. **Pregão Eletrônico**. 3ª Ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. EC 64, de 4.2.2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/\\_Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/_Constituicao.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contra-

tos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm)>. Acesso em: 14 jun. 2010.

BRASIL. **DC-0288-19/96-P**. TCU. Auditoria Especial. BACEN. Área de licitação e contrato. Restrição ao caráter competitivo. Alteração contratual como fuga a processo licitatório. Prorrogação de contrato de prestação de serviços de limpeza, com dispensa de licitação. Ministro Relator: Iram Saraiva, 1996.

BRASIL. **AC-1113-22/08-P**. TCU. Representação. Licitação. Pregão presencial. Suspensão cautelar do certame. Oitiva. Exigência de apresentação de amostras antes da fase de julgamento. Ilegalidade. Possível restrição à competitividade do certame. Conhecimento. Representação prejudicada ante a perda de objeto. Determinações corretivas. Ministro Relator: André Luís, 2008.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas Licitações e contratos**. 11ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUNKES, Rodrigo Vissotto. **A exigência de amostras no pregão eletrônico**. ILC – Informativo de Licitações e Contratos. Revista Zênite, Ano XV, nº 177. Nov. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª Ed. São Paulo: Dialética, 2009.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão Presencial e Eletrônico**. 4ª edição. Curitiba: Zênite, 2006.

\_\_\_\_\_, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

## Aspectos polêmicos acerca do “carona” em licitação com ata de registro de preços<sup>1</sup>

Controversial issues about the “later subscription” in bid based on price record minutes

Fábio José Silva de Araújo<sup>2</sup>  
Laércio Pereira Costa Júnior<sup>3</sup>

### RESUMO

Este artigo acadêmico possui como a principal finalidade demonstrar de forma doutrinária alguns aspectos polêmicos acerca da figura “**CARONA**” no Sistema de Registro de Preços, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal n. 3.931/2001, e apontar suas peculiaridades e as violações dos princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Bem como mostrar algumas divergências de entendimento doutrinário junto a alguns Tribunais de Contas dos Estados inclusive o Tribunal de Conta da União, como também demonstrar que a obrigatoriedade de licitar na Administração Pública é sempre regra sendo exceção a não utilização desse procedimento administrativo e conscientizar que uma vez violado esses ditames os agentes públicos poderão ter sanções severas por tal conduta.

**Palavras-Chave:** Licitação. Sistema de Registro de Preços. Figura do “Carona”. Aspectos polêmicos.

### ABSTRACT

This academic paper has as main purpose to show into a doctrinal way some controversial aspects about the “Later Subscription” in the Pricing Registration System, inserted in the Brazilian legal system by Federal Decree n. 3931/2001,

---

1 Artigo apresentado à Universidade Potiguar – UnP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

2 Graduando em Direito pela Universidade Potiguar – [fabiopmsbt@unp.br](mailto:fabiopmsbt@unp.br)

3 Orientador. Especialista em Direito do Trabalho. Professor da Universidade Potiguar - [laercio@unp.br](mailto:laercio@unp.br)

and point out its peculiarities and violations of constitutional guiding principles of public administration. Also we show some differences of doctrinal understanding together some Courts of Auditors of States including the Court of Account of Union. We demonstrate also that the mandatory bid in the Public Administration is always exception to the rule and do not use this administrative procedure may have severe penalties for such conduct.

**Keywords:** Bidding. Registration Pricing System. Figure of “later subscription”. Controversial aspects.

## 1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, é necessário que para Administração Pública no intuito de celebrar contratos para realização de algumas atividades, busque pessoas do âmbito do direito privado para atender aos interesses públicos da coletividade.

No entanto, estes contratos não poderão ser celebrados de forma discricionária pelo agente público, em virtude da exigência prevista no art. 37, XXI, CF/88, que impõe a obrigação de ser previamente realizado o procedimento licitatório.

Na realidade o que se verifica atualmente é que a licitação é um procedimento administrativo muito dispendioso e às vezes moroso, mostrando-se burocrático para Administração Pública, mas sem sombra de dúvida necessário.

Com isso, o Sistema de Registro de Preços aparece para a Administração como uma ferramenta a confirmar o princípio constitucional da eficiência, proporcionando a redução no número de procedimentos licitatórios e dando agilidade nas contratações que forem necessárias.

Nesse mesmo diapasão com o objetivo de garantir uma forma mais célere nas contratações realizadas pela Administração Pública, foi introduzido no nosso ordenamento jurídico e vem sendo muito adotado pela Administração Pública, um instituto vulgarmente chamado de “carona” no Sistema de Registro de Preços, haja vista que um órgão ou entidade não participante da licitação, se aproveita da Ata de Registro de Preços já existente e com isso é realizada contratações diretas com os fornecedores, após terem cumprido algumas exigências.

Contudo a economia de recursos oferecida pela figura do “carona” não assegura resultados práticos positivos, dessa forma causando várias polêmicas, começando pela forma em que foi colocado no nosso sistema jurídico

brasileiro.

Esta celeuma se destina a aplicação de princípios constitucionais administrativos, com os conceitos essenciais e amplamente difundidos ao que se refere a licitações, em coerência com as legislações em vigor no tocante ao tema em discussão.

Esta discussão tem uma grande importância no mundo jurídico, na medida em que, mesmo diante das controvérsias que cerca este instrumento, o que ocorre é que o “carona” já é realidade para boa parte da Administração Pública, tendo sido praticada nas distintas esferas de governo inclusive pelo próprio Tribunal de Contas da União.

A fim de conceder conclusões em torno desse tema, é desenvolvido primeiramente, o conceito do que seja licitação, bem como o que é Sistema de Registro de Preços, para só então aprofundemos acerca discussões ora estabelecido, observando o que diz a doutrina e jurisprudência já existentes a respeito da adesão no Sistema de Registro de Preços ou o chamado “caronas”.

## 2 CONCEITO DE LICITAÇÃO E O QUE É CARONA

Licitação é um procedimento administrativo em que Administração Pública visa contratar com terceiro particular objetivando obter propostas mais vantajosas para executar obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações para prestar serviços aos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para o saudoso doutrinador Hely Lopes Meirelles (2003, p.266) “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Já no conceito não tão diferente de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 325) a licitação, altera a expressão administração pública por ente público no exercício da função administrativa e acrescenta que se destina a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório.

Nesse contexto a autora nos ensina que o uso da palavra ente público no exercício da função administrativa justifica-se uma vez que “mesmo as

entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação”.

Por derradeiro, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 528) que licitação é um certame que as entidades governamentais devem realizar e no qual possibilitam a disputa entre os administrados interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para promover a escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. O Instituto da licitação finca-se na ideia de competição, a ser travada de forma isonômica entre os que preencham os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se comprometem.

## 2.1 Um breve histórico da licitação no Brasil

O tema licitação está inserido na seara do direito público brasileiro há mais de cento e cinquenta anos, ainda na época do Império mais precisamente desde o Decreto nº 2.926/1862 que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Logo depois da edição desse Decreto outros diversos e leis passaram a tratar de forma discreta, do assunto, o procedimento licitatório veio finalmente, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº. 4.536 de 28 de janeiro de 1922, que veio para organizar o Código de Contabilidade da União.

Entretanto não para por aí, com a edição do Decreto-Lei nº 200/67 a Licitação fora ordenada de forma nacional e foi ampliado as suas disposições para os Estados, Distrito federal e Municípios. Então na década 70 viria à súmula 158 do Tribunal de Contas de União, que pronunciou seu entendimento em que os órgãos da Administração direta e indireta deveriam seguir as regras nela contida e em especial ao princípio da isonomia para os possíveis e eventuais participantes dos certames, só que tudo isso de forma ainda um pouco singela.

Súmulas nº 158 - As Fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, as empresas públicas, sociedades de economia mista e as demais entidades previstas no art. 7º da Lei nº 6.223, de

14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/4/78), não estão adstritas às regras de licitação para compras, obras e serviços, previstas expressamente nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, para os órgãos da Administração Direta e das Autarquias, mas devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelimitável do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 no seu Art. 37, XXI passou-se a exigir obrigatoriamente a Licitação para todos e Órgãos que compõem a Administração Pública. Vejamos.

“Art. 37”. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”

Tal dispositivo constitucional viria a ser regulamentado o pouco mais adiante pela então e atual Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho 1993, a qual passou a regulamentar aquele dispositivo constitucional. Vejamos, o que nos traz tal norma:

Art.1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos

órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

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

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Depois da edição dessa norma geral acerca do tema licitação, nela houve várias alterações em texto original, porém algumas necessárias outras nem tanto, entretanto o que mais ocorre na atualidade são as violações dos princípios nela trazido.

## 2.2 Conceito de sistema de registro de preços

O conceito do que seja sistema de registro de preços está no Art. 2º, I do Decreto Federal 7.892/2013:

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, são adotadas as seguintes definições:

I - Sistema de Registro de Preços - conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras;

O mestre professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes conceitua o Sistema de Registro de Preço da seguinte forma:

Sistema de Registro de Preços é um procedimento especial de licitação que se efetiva por meio de uma concorrência ou prego *sui generis*, selecionando a proposta mais vantajosa, com

observância do princípio da isonomia, para eventual e futura contratação pela Administração (FERNANDES, 2006, p. 31).

Em suma, concluímos que registro de preços é meramente um procedimento simplificado especial de contratação, formalizado por intermédio de licitação nas modalidades Concorrência ou Pregão, destinado instituir compromissos de contratações futuras de certos objetos cujo se mostre necessário ao de sua vigência.

### 2.3 A habitualidade do uso do srp

A previsão de utilização de sistema de registro de preços na Administração Pública já vinha estampada na Lei nº 8666/93, em seu Art. 15, II, porém a única modalidade de licitação permitida era a Concorrência (art. 22, I) sendo assim até edição da Lei do Pregão nº 10.520/2002, assim pouco se utilizava o sistema de registro de preços, tendo em vista que aquela modalidade de licitação é muito complexa e tem prazos longos, que de certa forma não teria muito eficiência como busca a nossa Constituição Federal.

Com edição da Lei do Pregão como já foi dito acima, passou-se então a utilizar o Sistema de Registro de Preços com mais frequência no âmbito da Administração Pública brasileira, pelo simples fato de ser um procedimento mais célere. O que de certa forma foi ótima para Administração Pública no geral.

### 2.4 O SRP e sua natureza jurídica

O Sistema de Registro de Preços tem natureza jurídica de um procedimento simplificado de contratação de forma especial, no qual a Administração não fica vinculada a contratar com aquele que for considerado vencedor e que tiver seus preços registrado na Ata de Registro de Preços, porém é obrigada a dar direito de preferência ao licitante vencedor.

## 2.5 Da ata de registro de preços

Sobre conceito de ARP – Ata de Registro de Preços, poderemos afirmar que é um documento que vincula de forma obrigatória e tem característica de compromisso para uma possível contratação no qual nela ficam registrados os preços dos licitantes, e conforme disposição contida no edital.

## 2.6 Da sua natureza jurídica

A sua natureza jurídica é de um pré-contrato, na qual gera apenas uma expectativa de direito, na realidade uma espécie de preferência no momento da contratação que por ventura venha acontecer, respeitando assim o princípio da adjudicação compulsória, que é um dos princípios norteador da licitação.

## 2.7 O “carona” no registro de preços

No entanto, já a figura do “carona” em licitação, na forma de registro de preços ou a chamada Adesão a Ata de registros de preços, é uma forma de alguns dos Órgãos da Administração Pública celebrar contratos administrativos sem que ela mesma realize o processo de deflagração do procedimento de licitação previamente, fazendo assim simplesmente a consulta ao órgão gerenciador dos bancos preços e solicitando a autorização para fazer uso de seus preços registrado e se a empresa fornecedora concorda ou não manter tais preços de licitações já realizadas por aqueles órgãos.

Sendo que para tais contratações há uma série de exigências que devem ser tomadas e observadas pelos Órgãos contratantes, que vai desde uma prévia pesquisa mercadológica para a efetiva comprovação da vantagem econômica da contratação até Publicação da adesão realizada, para efeitos do princípio da publicidade.

Na realidade este tipo de procedimento tem se tornado praxe na atualidade, porém ainda é muito pouco discutido pela doutrina, especificamente no campo do direito administrativo.

### 3 PRINCÍPIOS NORTEADORES REGEDORES DA LICITAÇÃO

Basicamente os princípios norteadores aplicáveis às licitações estão taxativamente expressos no art. 3º da lei 8.666/93, sendo eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, proibida administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, e julgamento objetivo e ainda mais um pouco falado na doutrina o chamado princípio da segregação de funções, esse último sendo mais comentado na seara da contabilidade pública e mais atrelado ao princípio da moralidade pública. Pois, por sua vez, boa parte destes princípios está expressamente no art. 37 da nossa Carta Magna.

Ressalte-se, que tais princípios não se esgotam aí, pois eles não pertencem a um rol taxativo, é o que se pode observar no final desse dispositivo legal, quando o legislador menciona de forma acertadamente a expressão *“dos que lhes são correlatos”*.

É tão grave violar princípios, inclusive aos que nos referimos que sem dúvida quaisquer atos administrativos bem como os procedimentos licitatórios estarão viciados, tornando-se assim possível a anulação por meios processos administrativos, bem como por meio de processo judicial. Acerca dessa gravidade leciona o Douto doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 818):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas ao específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema 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, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada”

Ocorre que uma vez violados esses princípios norteadores da Administração Pública, bem como o Administrador Público que deixar realizar o procedimento licitatório poderão incorrer nas seguintes infrações elencadas no art. 10 e 11 da lei 8.429/92 Lei de Improbidade Administrativa, observemos:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

**VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;**

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

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar "ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício (grifo nosso)

Tendo sanções severas à violação desses princípios, tanto em âmbito cível como criminal, que vão desde o ressarcimento dos possíveis danos causados ao erário público até a perda do cargo público.

## **4 REGULAMENTAÇÃO DO REGISTRO DE PREÇOS**

A regulamentação do sistema de registro de preços no âmbito da União Federal pelo Decreto Federal nº 3.931, de 19/09/2001, que foi logo em seguida alterado pelo Decreto nº 4.342 de 23/08/2002 e atualmente revogado pelo Decreto Federal nº 7.892 de 23 de janeiro de 2013. O atual Decreto passou-se a de forma explícita a conceituar o Sistema de Registro de Preços, no qual nos traduz o seguinte, é o "conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras", Art. 2º do mencionado Decreto.

## **5 BENEFÍCIOS DO REGISTRO DE PREÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Os benefícios do Sistema de Registro de Preços são os mais vastos para a Administração Pública, sendo alguns deles, padronização de preços, a não

comprovação de dotação orçamentária, a não obrigatoriedade à contratação do vencedor, porém dando preferência a esses numa possível contratação em respeito ao princípio da adjudicação compulsória, entres que poderíamos citar exaustivamente neste trabalho.

## 5.1 Da padronização de preços e sua distinção entre ata e contrato

No tocante a padronização dos preços podemos observar que Administração Pública pode elaborar tabelas que ficará registrado em uma ata em sua grande maioria pelo limite de no máximo de 12 (doze) meses. Aqui vele destacar que a ata de registro de preços não é termo de contrato, porém muitos gestores equivocadamente utilizam como tal fosse, inclusive a respeito da prorrogação da validade de sua vigência, sobre tal distinção o Tribunal de Contas da União já se manifestou a respeito de suas distinções, conforme Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 23, vejamos:

### **Ata de registro de preços: 1 - Distinção entre ata e contrato**

Representação formulada ao TCU apontou indícios de irregularidade no Pregão n.º 187/2007, sob o sistema de registro de preços, realizado pelo Governo do Estado de Roraima para eventual aquisição de gêneros alimentícios, destinados a atender aos alunos da rede pública estadual de ensino. Em consequência, foi realizada inspeção pela unidade técnica, tendo sido constatado que a formalização da ata de registro de preços e a celebração do contrato para fornecimento das mercadorias “ocorreram em um mesmo instrumento”, isto é, ao mesmo tempo em que foram estabelecidas características de uma ata de registro de preços, tais como a vigência do registro e os prazos e condições para contratação, foram fixadas condições, direitos, obrigações e regras próprias de um termo contratual, tais como o valor pactuado, as penalidades a que se sujeita a contratada e as obrigações das partes. Com base no Decreto Federal n.º 3.931/2001 – que regulamenta o registro de preços previsto na Lei n.º 8.666/93 –, o relator salientou que a ata de registro de preços tem natureza diversa da do contrato. Na verdade, “a ata firma compromissos para futura contratação, ou seja, caso venha a ser concretizado o contrato, há que se obedecer às condições previstas na ata”. Ademais, “a ata de registro de preços impõe compromissos, basicamente, ao fornecedor (e não à Administração Pública),

sobretudo em relação aos preços e às condições de entrega. Já o contrato estabelece deveres e direitos tanto ao contratado quanto ao contratante, numa relação de bilateralidade e comutatividade típicas do instituto”. No caso em tela, o contrato foi celebrado pelo valor total da proposta apresentada pela vencedora da licitação, o que significa “desvirtuamento do instituto do registro de preços”, além do que, para o relator, nenhuma das situações delineadas no art. 2º do Decreto 3.931/2001 – que elenca as hipóteses em que o sistema de registro de preços deve ser preferencialmente utilizado – foi atendida. Após concluir que teria sido “mais apropriada a realização de pregão eletrônico para fornecimento de bens de forma parcelada, na sua forma ordinária, sem a formalização de ata de registro de preços”, o relator propôs e a Segunda Câmara decidiu expedir determinação corretiva à Secretaria de Estado da Educação, Cultura e Desporto de Roraima, para a gestão de recursos federais. **Acórdão n.º 3273/2010-2ª Câmara, TC-018.717/2007-3, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 29.06.2010.**

## 5.2 Da não comprovação da dotação orçamentária

Talvez essa vantagem seja a menos observada no campo da doutrina acerca do tema, porém ela tem a mesma importância que as demais, até pelo fato que muitas vezes a Administração fica aguardando a disponibilização do Saldo Orçamentário para que seja dada continuidade as Licitações Públicas, sendo, às vezes, entrave para a Administração, haja vista que em alguns casos há a necessidade de aprovação de Créditos Suplementares a Créditos Especiais apreciado pela Câmara.

Pelo fato de não haver obrigatoriedade de Contratação com o vencedor da Licitação com Ata de Registro preço é motivo principalmente de não exigir que haja disponibilidade de dotação orçamentária, porém e exigência obrigatória de dotação orçamentária somente se faz necessário no momento que houver a contratação com os licitantes vencedores.

## 6 DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRES TRIBUNAIS DE CONTAS DOS ESTADOS NO BRASIL

Não é pacífico os entendimentos dos Tribunais de Contas dos Estados acerca do tema de Adesão as Atas de Registros de Preços, alguns veem de forma satisfatória e outros não, inclusive até chegando a editar resoluções e atos normativos.

Nesse sentido, podemos constatar que o Tribunal de Contas do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso se posicionam de forma a aceitar este procedimento simplificado, podemos destacar:

49. A propósito disso, o item II da Decisão TCDF n. 1806/06, de 20/04/2006, admite a possibilidade de os órgãos e entidades do complexo administrativo do Distrito Federal utilizarem-se da Ata de Registro de Preços de outro ente federativo, desde que expresse pesquisa de mercado promovida no Distrito Federal, conforme dispõe o § 1º do art. 4º da Lei n. 938/1995, e atenda os requisitos que a norma de regência estipula para tal hipótese. (TCDF Processo n. 3.298/10. Relator Inácio Magalhães Filho. DS: 03/04/2012)

No entanto o principal órgão do controle externo da União, o Tribunal de Contas da União, não vê possibilidade de Órgão Federal fazer uso das atas de registros de preços dos outros órgãos como aos dos Órgãos Estadual, Distrital e Municipal. Transcrevemos aqui tal afirmação retirada da Edição da revista TCMG do terceiro semestre do ano de 2012:

É vedada, de acordo com o TCU, a adesão de órgão ou entidade federal à ata de registro de preços promovida por órgão ou entidade estadual ou municipal, tendo em vista a violação ao princípio da publicidade. De acordo com a unidade técnica do Tribunal, “a publicidade de licitações promovidas por entes federais deve ter amplitude nacional, enquanto as licitações estaduais são divulgadas apenas no respectivo âmbito, a adesão de ente federal a ata de registro de preços estadual viola os arts. 3º e 21, I, da Lei 8.666/1993”. Acrescentou, ainda, que o Decreto n. 3.391/01 não veda a adesão de ente federal à ata de registro de preços estadual, “porque se destina apenas a regular o sistema de registro de preços da União, ao qual a adesão de entes estaduais, municipais e distri-

tais é possível por não violar o princípio da publicidade”. Diante dos argumentos trazidos pela parte e rebatidos pela unidade técnica do TCU, o Relator votou pela procedência da representação, bem como para que fossem rejeitadas as justificativas apresentadas pelos responsáveis pela irregularidade verificada, com aplicação de multa, no que foi acompanhado pelos demais

Membros do colegiado. (TCU, Acórdão n. 3.625/2011, 2ª Câmara, Relator Min. Aroldo Cedras, DOU de 03/06/2011.) (Grifo nosso)

#### Conclusão

198. O Decreto 3.931/2001, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços, permitiu que órgãos não participantes da licitação pudessem aderir à ata. Tal procedimento ficou conhecido como “carona”, não fazendo distinção sobre a possibilidade de adesão a atas oriundas de outras esferas administrativas, o que tem possibilitado a interpretação de que isso é possível por alguns. Detectamos o efetivo uso dessas atas por entes federais.

199. A AGU expediu orientação normativa no sentido da impossibilidade de adesão de órgãos federais a atas de registro de preços realizadas por administração estadual, municipal e distrital. Não foi encontrado posicionamento do TCU a respeito.

200. Assim, cabe ao Tribunal de Contas da União pronunciar-se sobre o tema, no sentido de orientação aos órgãos sobre a impossibilidade da prática em questão, uma vez que a Orientação da AGU não vincula toda a Administração Pública Federal, além dos potenciais prejuízos ao princípio da publicidade e ao princípio da legalidade aplicada à

Administração Pública, haja vista a discussão não ter sido incluída no bojo do Acórdão 1.487/2007-TCU-Plenário.

201. A doutrina apresenta posicionamentos divergentes sobre o assunto, entretanto mesmo aqueles que defendem a figura do “carona” concordam que a legalidade da adesão a atas de outras esferas é questionável.

202. A prática relatada neste achado também viola o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública, pois o Decreto 3.931/2001, de âmbito apenas federal, não menciona a possibilidade de adesão a atas de registro de preços reguladas por outros estados, municípios ou pelo Distrito Federal. Dessa forma, esse tipo de adesão por órgãos federais não deve ser tolerado, por ausência de amparo legal.

203. Outro ponto a considerar refere-se ao fato de que os requisitos que uma licitação federal deve observar são mais amplos que os de uma licitação estadual, municipal ou distrital, a exemplo dos requisitos de publicidade.

204. Ante o exposto, considerando a legislação vigente, entende-

se não ser possível que órgãos federais façam adesões a atas de registro de preços provenientes de outras esferas administrativas, sendo oportuna proposta para que os órgãos normativos orientem seus jurisdicionados nesse sentido. (TCU AC-1793-27/11-P. Relator Valmir Campelo. DS: 6 jul. 2011)

Também na contramão do que pensam o Tribunal de Contas do Distrito Federal e do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, estão dos Tribunais de Contas do Rio de Janeiro e de Santa Catarina, que não concordam com esses tipos de procedimento adotado, inclusive esses tribunais de contas normas ditaram normas acerca do tema.

## **7 HIPÓTESE NÃO PREVISTA PARA DISPENSA DO PROCEDIMENTO LICITATORIO**

A Constituição Federal no seu art. 37, XXI determina que a contratação de obras, serviços, compras e alienações, bem como a concessão e a permissão de serviços públicos pela Administração Pública, sejam feitas mediante um procedimento prévio chamado de licitação.

Assim, tanto a administração direta como a indireta (fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem cumprir com esta determinação. (Art. 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93).

Ocorre que a própria legislação especifica exceções a esta obrigatoriedade. Entre elas encontra-se o objeto do presente estudo: a dispensa de procedimento licitatório.

Como visto anteriormente para a Administração contratar com terceiros a regra é sempre licitar, salvo em algumas situações previstas na lei, como nos casos dos art. 17, 24 e 25 da lei 8.666/93 onde trazem hipóteses.

A hipótese trazida no art. 17 da Lei 8666/93 fala sobre a licitação dispensada que ocorre nos casos em que não é realizada a licitação por razões de interesse público devidamente justificado. É o caso da alienação de bens da Administração Pública que será precedida de avaliação e não de licitação.

Por sua vez as hipóteses trazidas no art. 24 da lei 8666/93 trata-se de

um rol taxativo não podendo qualquer outra hipótese de contratação ser dispensada, a não ser em casos em que seja impossível a competitiva que é no caso da inexigibilidade de licitação, ou seja, quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Tais hipóteses estão elencadas de forma exemplificativa, no art. 25 da Lei n. 8.666/93. Assim o próprio texto do artigo traz implicitamente a possibilidade de ampliação. Sendo assim, outras suposições que não estão descritas no artigo poderão ocorrer quando comprovadamente se estiver diante de situação que cause a impossibilidade de competição, quer pela particularidade do objeto pretendido pela Administração, quer pela particularidade do contratado a fornecer o bem ou prestar o serviço.

Então aqui fica a pergunta, será que o administrador público ao contratar um terceiro particular por meio de Adesão a Ata de Registro de Preços, não está dispensando a Licitação de forma ilegal, acha vista que tal hipótese não está prevista os artigos acima citado?

A priori os que podemos observar é que a partir do momento em que algumas entidades da Administração Pública fazem Adesão a uma Ata de registro de Preços de outra entidade, pode incorrer uma série de violação de princípios constitucionais e legais como os da impessoalidade, moralidade, isonomia entre outros correlatos.

## **8 OS PRINCÍPIOS VIOLADOS PELA FIGURA DO “CARONA”**

Além dos princípios do Direito Administrativo, também são violados os princípios Constitucionais norteadores da Administração Pública pela figura do “carona”, haja vista que os mesmos suprimem etapas do procedimento licitatório. Esta situação ficará bem demonstrada logo adiante quando nos aprofundarmos nos tópicos comentados acima.

## 8.1 Princípio da legalidade

Inicialmente acerca da violação dos princípios violados pela figura do “carona” nas atas de registros preços, podemos citar o princípio da legalidade, estampado Art. 37, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que tal prática também não é modalidade de licitação art. 22 da Lei nº 8.666/93, nem tampouco hipóteses de dispensa e nem de inexigibilidade, conforme estabelecido nos art. 24 e 25 da Lei 8.666/93. Portanto não deixa dúvidas acerca de sua ilegalidade. Sendo assim, torna-se evidente que o “CARONA” é uma ficção jurídica criado por certo doutrinador especialista no Direito Administrativo e que, por sua vez, alguns agentes públicos encontraram uma boa forma para burlar o dever de licitar e contratar direto com quem achar melhor, tendo assim certo poder de barganhar com algumas empresas que tem registros de preços em atas vigentes, ferindo também outro princípio, qual seja impessoalidade, princípio este que comentaremos mais adiante.

## 8.2 Princípio da eficiência

A Administração Pública também não só se pauta com a exigência do princípio legalidade, ao ponto que hoje se exige que junto com ela a Administração atue concomitante com outros princípios para que assim assegure aos seus administrados um serviço de boa qualidade e forma rápida.

Com isso, pode-se afirmar que o instituto da figura do “carona” aparece no nosso sistema jurídico com a finalidade de sanar a demora ou alguns entraves encontrado na forma de contratação normal pela Administração Pública, com isso se busca uma forma célere para as contratações da Administração Pública, já que aquele órgão ou entidade Pública que sequer participou do certame para registro de preços, poderá se utilizar da ata oriunda deste procedimento e realizar a contratação diretamente com o fornecedor quando satisfeito as condições exigidas.

Olhando figura do “carona” por esta prima, sem dúvida seria muito eficaz, porém outro fator externo tem que ser observado cuidadosamente pelos agentes públicos, pois estamos falando de dinheiro público e que tem que

ser bem investido, para fazer valer apenas a contribuinte paga ao Governo.

### 8.3 Princípio da isonomia

A adesão por outro ente da Administração Pública qual seja o “carona” ainda viola o princípio da isonomia, pois sua vez o Poder Público, almejando adquirir bens ou contratar a prestação de serviços e ciente dos benefícios econômicos que os contratos propiciam aos particulares, realiza procedimento licitatório, visando assegurar e concretizar o direito dos interessados em contratar com a Administração Pública à igualdade. Assim, é cristalino que a figura do carona viola o princípio da isonomia tendo em vista que o Administrador Público contrata sem o devido procedimento de licitação e, com isso, todavia fica prejudicado o alcance de uma das finalidades do procedimento licitatório.

Ademais, no momento em que os órgãos praticam essas condutas, dão certos privilégios a algumas empresas restringindo assim a competitividade no mercado, sem que as demais empresas reverem seus preços e terem oportunidade de apresentarem e outros certames.

### 8.4 Impessoalidade

A figura do carona afronta o princípio da impessoalidade, haja vista que muitos gestores públicos utilizam esse procedimento simplificado para satisfazer a sua intenção em contratar com quem ele desejar bastando que algum Licitante detenha registro de preços em algum órgão público, sendo assim deixa invalidando o ato ora praticado com fachada de ser uma administração eficiente. Aqui o agente público não pode deixar de prevalecer o seu interesse, mais sim o interesse da coletividade, o interesse público.

## 8.5 Moralidade

Já o princípio da moralidade tem uma ligação muito próxima ao princípio da legalidade e se conecta com o princípio da impessoalidade, uma vez que o agente público deixar de deflagrar um procedimento licitatório, haja vista está exigido constitucionalmente e, uma vez não realizado, viola o art. 37, XXI. Ainda acerca da moralidade leciona o saudoso, Helly Lopes Meirelles (1990, p. 79-80),

“A moralidade administrativa constitui hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública (Const. Rep., art. 37, caput). Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo a sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. 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, conforme já proclamavam os romanos – ‘non omne quod licet honestum est’. A moral comum, remata Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve, e a finalidade de sua ação: o bem comum.(...)”

Também como já foi visto, uma vez que o Administrador frustrar a licitude do procedimento licitatório ou dispensar indevidamente, poderá estar cometendo improbidade administrativa e ser severamente punido por tal prática, conforme previsão legal na Lei de Improbidade Administrativo nº 8.429/92.

## 9 DA IMPROBIDADE NA DISPENSA DE LICITAÇÃO

Como já foi dito exaustivamente neste trabalho, a Licitação é um procedimento formal que é regra por força de disposição constitucional, quem uma vez frustrar a licitude ou dispensar de forma indevida, poderá incorrer em improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, conforme previsto na Lei nº 8.429/92, se vejamos o que diz o art. 10 deste diploma legal:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

- IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;
- X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;
- XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;
- XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;
- XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.
- XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)
- XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Violar princípios que atentam contra a Administração Pública também poderá ser considerado improbidade administrativa pela Lei 8.429/92, como podemos constatar no artigo 11 da referida lei, vejamos:

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

- I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

Como podemos observar o agente público corre um sério risco de ser responsabilizado pela adoção de adesão a Ata de Registro de Preços, sem os devidos cuidados, uma vez que se ficar comprovada a má fé desse agente está sujeito a sofrer as seguintes sanções, previstas no art. 12 da Lei de improbidade administrativa:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

## CONCLUSÃO

Como podemos verificar o Sistema de Registro de Preços é uma ferramenta muito útil à Administração Pública. Porém a figura do “carona” nas atas de registro de preços é uma prática que tem se tornada abusiva pelos gestores públicos, que beneficia sem sombra de dúvidas certas empresas, afastando assim o dever de licitar.

Podemos afirmar categoricamente que a figura do “carona” viola o dever constitucional de licitar estampado no art. 37, XXI, CF/88, uma vez que este nem ao menos participa do certame, usufruindo exclusivamente, do resultado de uma licitação realizada por outros órgãos e entidades da Administração Pública. O gestor não pode usar o seu poder de forma ilimitada, pois assim estaria a lícito dos atos administrativos. Porém, este deverá encontrar limites para sua utilização, como bem dizia o grande filósofo Montesquieu (1987, p. 136)

[...] todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até onde encontrar limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, pela disposição das coisas, o poder freie o poder.

Ademais, a figura do “carona” como já foi dita amiúde infringe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tanto no tocante à estimativa de consumo, quanto na possibilidade de contratação com órgãos e entidades alheios aqueles mencionados no instrumento convocatório ou edital de licitação.

Por fim, no momento que esses Órgãos Públicos praticam esses atos muitas vezes de forma irresponsável, estarão sempre violando todos esses princípios norteadores da Administração, e sem dúvida criando uma hipótese de dispensa de licitação não prevista em lei.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.666 (1993). **Lei de Licitações**. Senado Federal. Brasília, 2013. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm) >. Acesso em 14/10/2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. 1.153 p. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2007. 800 p.

DIAS, Alves de Souza, Juliana Cristina Lopes de Freitas Campolina, Juliana Gazzzi Veiga de Paula. Sistema de registro de preços: aspectos controvertidos da figura do “carona”. **Revista TCEMG** | jul. | ago. | set. | 2012 | COMENTANDO A JURISPRUDÊNCIA.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

\_\_\_\_\_, Jorge Ulisses Jacoby. Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, out. 2007, p. 10.

\_\_\_\_\_, Jorge Ulisses Jacoby. **Carona em sistema de registro de preços: uma opção inteligente para redução de custos e controle**. Disponível em:

<<http://www.jacoby.pro.br/Carona.pdf>> . Acesso em: 15 set. 2009.

\_\_\_\_\_. **Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico.** 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. 810 p.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo.**6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. 662 p.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.**São Paulo: Malheiros, 2007. 143 p.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito administrativo.** 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997. 200 p.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 950 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. 943 p.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429**, de 2 de junho de 1992.Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Senado Federal. Brasília. 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/)

l8429.htm > Acesso em 14/10/2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 818

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 407 p.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **O carona no sistema de registro de preços**. Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC. Curitiba, ano 15, n.º 167, jan. 2008. Disponível em: <http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text-1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdId=1&IntScId=71&IntItemId=44&IntDocId=35014> > . Acessado em: 28/10/2013.

SENADO FEDERAL. **Sumula nº 158**. TCU. Disponível <http://www.senado.gov.br/senado/scint/legis/licitacao/jurisprudencia/sumulas.asp>. Acesso em: 14/10/2013. **TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**. Informativo de Licitações e Contratos nº Disponível [147www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO\\_TCU\\_LC\\_2013\\_147.doc](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2013_147.doc). Acesso em 30/10/2013.

# Aderência dos municípios cearenses à lei da transparência

Grip of municipalities of Ceará the law of transparency

**Júlio César Muniz Filho<sup>1</sup>**  
**Renata Bessa Pontes<sup>2</sup>**

## RESUMO

A transparência pública decorre diretamente do princípio da publicidade e é uma ferramenta de controle dos ingressos e dispêndios públicos. Para controlar sua eficácia, surge a Lei Complementar nº 131/2009, que alterou a redação da LRF no que se refere à transparência da gestão fiscal. A fim de facilitar o acesso às informações relativas à gestão pública, o instrumento utilizado são os portais de transparência. Esta pesquisa objetivou analisar a aderência dos municípios cearenses às exigências contidas na Lei da Transparência, quanto à divulgação, em tempo real, das informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira; divulgar a adesão desses municípios à utilização dos Portais da Transparência; e apresentar as principais irregularidades relacionadas ao descumprimento da referida lei. Foi realizada pesquisa do tipo exploratória e explicativa, fundamentada em pesquisa bibliográfica e documental quali-quantitativa no período de março a junho/2014. Para a apuração dos resultados foram coletados dados oficiais decorrentes da fiscalização do TCM-CE referente aos meses de junho a dezembro de 2013. A pesquisa realizada verificou que dos 184 municípios cearenses, todas as Prefeituras Municipais possuem Portais da Transparência. Em relação à aderência dos entes municipais à Lei da Transparência, os níveis de regularidade em dezembro/2013 foram satisfatórios e ficou evidenciado que a maior incidência de irregularidades está relacionada ao critério do “tempo real”. Portanto, conclui-se que as Prefeituras e Câmaras Municipais Cearenses, em sua maioria, possuem Portais da Transparência; que buscam seguir às exigências da Lei; e que os níveis de regularidade evoluíram em relação ao período inicial.

**Palavras-Chave:** Lei de Responsabilidade Fiscal. Portais de Transparência. Transparência Pública.

1 Analista de Controle Externo TCM-CE – Email: juliomuniz@tcm.ce.gov.br

2 Mestre e Docente da Universidade Federal do Ceará e da UNICHRISTUS. E-mail: renatabpontes@hotmail.com

## ABSTRACT

The public transparency is directly related to the principle of publicity and is a tool of control of public expenditures and incomes. To control their effectiveness arised the Complementary Law no. 131/2009, which amended the wording of LRF regarding the transparency of fiscal management. In order to facilitate access to information on public management, the instrument used are the portals of transparency. This study aimed to analyze the adherence of municipalities of Ceara to the requirements contained in the Transparency Law, with respect to disclosure, in real time, the detailed information on the budgetary and financial execution; promote adherence to the use of Transparency Portals in these municipalities; and present the main irregularities related to the breach of that law. Exploratory and explanatory research type, based on qualitative and quantitative bibliographic and documentary research in the period March-June / 2014 was held. For the determination of the results were collected official data surveillance from TCM-CE for the months from June to December 2013. The survey found that of the 184 municipalities of Ceara, all City Halls have Transparency Portals. Regarding the adherence of cities to the Transparency Law, the levels of regularity in December / 2013 were satisfactory and showed that the highest incidence of irregularities is related to the criterion of "real time". Therefore, it is concluded that the Prefectures and Municipalities of Ceara, mostly possess Transparency Portals; who seek to follow the requirements of the Act; and that levels of regularity evolved at the initial period.

**Keywords:** Fiscal Responsibility Law. Transparency portals. Public transparency.

## 1 INTRODUÇÃO

No contexto de globalização da economia, um processo de mudança na administração pública mundial visava à utilização eficiente dos recursos disponíveis. Nesse contexto, Oliveira (2010, p.154) menciona que o papel do Estado, nos anos 1980, começou a ser repensado com especial vigor nos países desenvolvidos, notadamente na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Austrália, tendo como objetivo melhorar o desenvolvimento econômico.

O referido autor também menciona que na conjuntura desse movimento, muitos países em diferentes continentes deram início, ainda naquela década, à implementação de reformas fiscais e orçamentárias para reduzir a dívida

pública e tornar a gestão e as políticas governamentais mais eficientes. Regras fiscais mais rígidas foram adotadas e foram impostos controles e limites sobre o crescimento da despesa, a fim de garantir o déficit público sob controle.

No caso do Brasil, segundo Mazza (2012, p. 644), “o endividamento público descontrolado, os gastos excessivos com pessoal engessando os orçamentos estatais e a concessão indiscriminada de vantagens fiscais sempre marcaram negativamente a administração pública brasileira”.

Por essas razões, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 163, já previa uma lei complementar que abordasse especificamente sobre finanças públicas, voltada a inibir os malefícios de uma gestão temerária. Nesse intuito, nasce assim a Lei Complementar (LC) nº 101, de 04 de maio de 2000, também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

De acordo com o disposto em seu art. 1º, a LRF estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Para tanto, o § 1º do referido artigo estabelece os seguintes pressupostos para a responsabilidade na gestão fiscal: a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Sendo assim, conforme pressupostos mencionados, um dos principais objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal é buscar uma gestão fiscal responsável e transparente.

Não obstante, a transparência pública decorre diretamente do princípio da publicidade, expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que trata dos princípios que regem a administração pública. Este dispositivo legal estabelece a divulgação obrigatória dos atos da administração pública, com o objetivo de permitir seu conhecimento e monitoramento pelos órgãos estatais competentes e pelos cidadãos, permitindo efetivo controle social.

Nessa conjuntura, a publicação da Lei Complementar nº 131, de 27 de Maio de 2009 (conhecida como Lei da Transparência) alterou a redação da LRF e introduziu novidades no que se refere à transparência da gestão fiscal, inovando ao exigir que os entes federativos disponibilizassem, em tempo real, informações pormenorizadas sobre sua execução orçamentária e finan-

ceira, ou seja, informações relativas às receitas e despesas públicas.

Ainda de acordo com os disciplinamentos contidos na LC nº 131/2009, essas informações precisam estar disponíveis na rede mundial de computadores e, considerando as boas práticas de gestão, faz-se necessário concentrá-las em um só local. Nesse caso, o instrumento para facilitar o acesso às informações sobre a gestão pública são os portais de transparência.

Diante desse quadro, a LC nº 131/2009 estabeleceu em seu art. 73-B prazos de adequação pelos entes federativos. A partir de maio de 2010, abrangia a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios com mais de 100.000 habitantes. Já a partir de maio de 2011, abrangia os municípios entre 50.000 e 100.000; e a partir de maio de 2013, os municípios que tenham até 50.000 habitantes.

O Estado do Ceará possui atualmente 184 municípios, todos obrigados a cumprir as determinações dispostas nos incisos II e III, do parágrafo único, do art. 48 e do art. 48-A da LRF desde 27 de maio de 2013.

Diante do exposto, a pesquisa buscará resposta ao seguinte problema: os municípios cearenses estão cumprindo com a obrigatoriedade de divulgação das informações exigidas pela Lei da Transparência?

O fato de verificar se os municípios cearenses atendem à disposição de divulgar as informações relativas aos gastos públicos motivou o desenvolvimento desta pesquisa, uma vez que a transparência das informações é requisito constitucional para a democracia.

Destarte a pesquisa se justifica pela atualidade do tema e por sua importância perante a sociedade, haja vista que tais informações funcionam como instrumento para a população acompanhar e fiscalizar a correta e regular aplicação dos recursos públicos, e evitar que eles sejam utilizados de forma indevida.

Para responder ao problema proposto, o objetivo geral da pesquisa foi analisar a aderência dos municípios cearenses à Lei da Transparência, notadamente relativo à divulgação, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. E como objetivos específicos identificar e divulgar a adesão dos municípios cearenses quanto a utilização dos Portais de Transparência e apresentar as principais irregularidades relacionadas ao descumprimento da referida lei.

O presente artigo divide-se em três capítulos. No primeiro há uma preocupação em conceituar o instituto da Transparência Pública e a obrigato-

riedade de sua adoção pela Administração Pública. No segundo, apresenta-se toda a metodologia de pesquisa utilizada. Por fim, no terceiro capítulo, mostram-se os resultados da pesquisa acerca da aderência dos municípios cearenses à Lei da Transparência, bem como se apresentam as principais desconformidades relacionadas ao tema proposto.

## 2 TRANSPARÊNCIA PÚBLICA

Esse capítulo tem como pressuposto apresentar o conteúdo da transparência pública, ou seja, refere-se à obrigação imposta ao administrador público em promover a prestação de contas para exercício do controle social.

Entende-se como controle social o controle exercido pelo cidadão em averiguar: o que ente público faz, como faz, por que faz e quanto gasta, e ainda em participar do planejamento e avaliação das ações da gestão pública e também das políticas e programas de governo.

### 2.1 Princípio da Publicidade na Administração Pública

O princípio da publicidade, um dos cinco princípios expressos no caput do art. 37 da Constituição Federal, exige dentro dos limites estabelecidos, a divulgação obrigatória dos atos da administração pública, com o objetivo de permitir seus conhecimento e monitoramento pelos órgãos estatais competentes e pelos cidadãos, permitindo efetivo controle social.

Para Di Pietro (2012, p. 72), “o princípio da publicidade, que vem agora inserido no art. 37 da Constituição Federal (CF), exige ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvados as hipóteses de sigilo previsto em lei”.

Conforme o exposto é o que se lê no inciso XXXIII do art. 5º da CF/88, *in verbis*:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse

coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Segundo Mello (2012, p. 117):

Princípio da publicidade consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muitos menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.

Na concepção de Meirelles (2011, p. 95):

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, ou seja, perante as partes e terceiros.

## 2.2 Transparência Pública

Em um Estado Democrático, a transparência constitui-se direito do cidadão e dever da Administração Pública. O cidadão tem o direito de obter acesso às informações, sem que lhe seja questionado por que e para que ele quer conhecer essas informações. Por outro lado, a Administração tem o dever de dar acesso, de modo fácil e compreensível, às informações que devem ser públicas.

Logo, com o acesso aos dados públicos, os cidadãos podem acompanhar a implementação das políticas públicas e fiscalizar a aplicação do dinheiro público. Além disso, incentivam os gestores públicos a agirem com mais responsabilidades e eficiência, ou seja, um governo transparente aumenta a sua legitimidade e a sua credibilidade.

Em 2009, a publicação da Lei Complementar (LC) nº 131, que ficou

conhecida como Lei da Transparência, alterou a redação da LRF no que se refere à transparência da gestão fiscal, e inovou ao liberar ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

Cumprir destacar que a expressão “tempo real”, conforme definido pelo inciso II, art. 2º, do Decreto nº 7.185/2010, refere-se à disponibilização das informações em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil no respectivo no respectivo sistema público, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento.

### 2.3 Portais de Transparência

Para acompanhamento dessas informações a sociedade dispõe dos portais de transparências, que são canais onde se pode acompanhar e fiscalizar a correta e regular aplicação dos recursos públicos e evitar que eles sejam utilizados de forma indevida. Esse instrumento mescla as facilidades trazidas pelos meios de comunicação à necessidade do cidadão de informação sobre a aplicação dos recursos públicos, bem como, sobre a origem desses recursos.

Criado para atender a demanda de informações sobre gestão pública, bem como cumprir as determinações constitucionais, visando à transparência das contas públicas e atendendo à LC nº 131/2009, e o Decreto Federal nº 7.185/2010, além de promover o amplo acesso e objetivo aos dados da origem dos recursos públicos. Através dele, os cidadãos podem acompanhar a gestão das finanças da administração direta e indireta. Por conseguinte, é possível acompanhar a destinação dos recursos arrecadados, provenientes em grande parte dos impostos pagos pelos contribuintes.

## 2.4 Conteúdo dos Portais de Transparência

Segundo consulta ao sítio eletrônico da Controladoria Geral da União (CGU) (BRASIL, 2013), o desenvolvimento do portal da transparência partiu do pressuposto de que a participação dos cidadãos e das organizações da sociedade civil na verificação sistemática da aplicação dos recursos públicos é um mecanismo importante para inibir a corrupção e qualquer outro tipo de irregularidade envolvendo esses valores. Nesse intuito, o portal da transparência disponibiliza conteúdo de natureza informativa, com o objetivo de estimular a prática do controle social.

Conforme determinado pela LC nº 131/2009, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes quanto à despesa e à receita.

A Lei Complementar 131/2009 estabelece, ainda, em seu artigo 73 – A:

Art. 73-A. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar ao respectivo Tribunal de Contas e ao órgão competente do Ministério Público o descumprimento das prescrições estabelecidas nesta Lei Complementar.

No que tange as informações quanto à despesa, a LRF define que:

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Em relação às informações quanto à receita, a LRF define que:

Art. 48-A. [...] II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários. (Incluído pela Lei Complementar nº 131, de 2009).

Além disso, quanto às informações mínimas relativas a despesas e receitas que devem ser expostas, informadas respectivamente nos incisos I e II do art. 48-A da LRF, são detalhadas por meio do art. 7º do Decreto federal nº 7.185/2010, in verbis:

Art. 7º Sem prejuízo dos direitos e garantias individuais constitucionalmente estabelecidos, o SISTEMA deverá gerar, para disponibilização em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, pelo menos, as seguintes informações relativas aos atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução orçamentária e financeira:

I – quanto à despesa:

- a) o valor do empenho, liquidação e pagamento;
- b) o número do correspondente processo da execução, quando for o caso;
- c) a classificação orçamentária, especificando a unidade orçamentária, função, subfunção, natureza da despesa e a fonte dos recursos que financiaram o gasto;
- d) a pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento, inclusive nos desembolsos de operações independentes da execução orçamentária, exceto no caso de folha de pagamento de pessoal e de benefícios previdenciários;
- e) o procedimento licitatório realizado, bem como à sua dispensa ou inexigibilidade, quando for o caso, com o número do correspondente processo; e
- f) o bem fornecido ou serviço prestado, quando for o caso;

II - quanto à receita, os valores de todas as receitas da unidade gestora, compreendendo no mínimo sua natureza, relativas a:

- a) previsão;
- b) lançamento, quando for o caso; e
- c) arrecadação, inclusive referente a recursos extraordinários.

O Decreto nº 7.185, de 27 de Maio de 2010, estabeleceu sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48,

parágrafo único, inciso III, da LC nº 101/2000.

Em se tratando de penalidades, segundo a LC nº 131/2009, o ente que não disponibilizar as informações no prazo estabelecido ficará impedido de receber transferências voluntárias. Além disso, os titulares do Poder Executivo dos entes estarão sujeitos a responder por crime de responsabilidade (Art. 10, Itens 4 e 12, Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950 e Art. 1º, Incisos VII e XXIII, Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, respectivamente).

No que tange sobre o conceito de transferência voluntária, no sítio eletrônico da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) (BRASIL, 2013), conceitua transferências voluntárias como os recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios em decorrência da celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos similares cuja finalidade é a realização de obras e/ou serviços de interesse comum e coincidente às três esferas do Governo.

De acordo com a LRF, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

### 3 METODOLOGIA

#### 3.1 Tipologia e Procedimentos da Pesquisa

A pesquisa, no que tange aos objetivos, foi realizada do tipo exploratória e explicativa. Exploratória, pois se busca conhecer com maior profundidade o assunto, de modo a torná-lo mais claro ou construir questões importantes para a condução da pesquisa.

Nesse entendimento, Gil (1999) destaca que a pesquisa exploratória “é desenvolvida no sentido de proporcionar uma visão geral acerca de determinado fato”. Logo, esse tipo de pesquisa é realizado, sobretudo, quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil formular hipóteses precisas e operacionalizáveis.

Já em relação ao tipo explicativa, o autor retromencionado “ressalta

que as pesquisas explicativas visam identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos”, ou seja, é o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, porque explica a razão ou o porquê das coisas.

Assim, a pesquisa concentra-se em analisar o acesso às informações e a transparência pública nos portais de transparência dos municípios cearenses.

No que diz respeito aos procedimentos de realização, estes se basearam em pesquisa bibliográfica e documental. Na pesquisa bibliográfica foram realizados estudos baseados em livros, visando proporcionar um embasamento teórico sobre o tema. Já a pesquisa documental consistiu na coleta de dados e de informações em meios eletrônicos, nas fontes relacionadas ao tema, para análise dos aspectos abordados no presente projeto.

A pesquisa documental, devido a suas características, pode chegar a ser confundida com a pesquisa bibliográfica (BEUREN et al., 2004, p. 89). Como principal diferença entre esses tipos de pesquisa, (GIL, 1999) destaca a natureza de suas fontes.

A pesquisa bibliográfica utiliza-se principalmente das contribuições de vários autores sobre determinada temática de estudo, enquanto que a pesquisa documental baseia-se em materiais que ainda não receberam um tratamento analítico ou que podem ser reelaborados de acordo com os objetivos da pesquisa.

Por fim, a abordagem ao problema da pesquisa desenvolveu-se por meio de pesquisa qualitativa e quantitativa. Qualitativa, pois se avaliou as informações, comparando, analisando e comentando os dados coletados; e quantitativa, pois se consistiu pelo emprego de instrumentos estatísticos, tanto na coleta quanto no tratamento dos dados, ou seja, abordou o percentual de municípios no universo delimitado pela pesquisa que estão atendendo ao dispositivo legal.

### 3.2 Ambiente da Pesquisa

No ambiente de pesquisa verificou-se se os municípios cearenses estão cumprindo os dispositivos legais quanto à divulgação, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

A análise foi realizada em consulta aos sítios eletrônicos dos municípios cearenses, disponíveis na rede mundial de computadores (*internet*), e informados oficialmente ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM-CE).

A razão da escolha desse universo de pesquisa justifica-se pelo início da obrigatoriedade de cumprimento da legislação por todos os municípios cearenses, desde 27 de maio de 2013, bem como pelo fato do pesquisador residir em Fortaleza, ser servidor do TCM-CE e trabalhar em unidade técnica responsável por esse tipo de fiscalização.

#### 4 RESULTADOS DA PESQUISA

A pesquisa foi realizada de março a junho de 2014, relativa ao exercício financeiro de 2013, com marco inicial no mês de junho/2013, e tendo como fonte de dados para análise os resultados oficiais da fiscalização mensal do TCM-CE, referente ao cumprimento da Lei da Transparência (LC nº 131/2009) pelos municípios cearenses, e disponibilizados no endereço [www.tcm.ce.gov.br/lrf](http://www.tcm.ce.gov.br/lrf).

Primeiramente, registraram-se os endereços eletrônicos (Portais da Transparência) das Prefeituras e Câmaras Municipais dos municípios cearenses abrangidos na pesquisa, enviados oficialmente ao TCM-CE, por meio de ofício, pelos próprios entes públicos.

Tratando dos Portais da Transparência, deve-se ressaltar que foram considerados para fins de análise todos os sítios eletrônicos, próprios ou não, utilizados pelos municípios cearenses para cumprimento da legislação em discussão. Nesse contexto, os Portais da Transparência relacionados a empresas terceirizadas devem cumprir como requisito de aceitação, para fins também de transparência pública, a disponibilização de *link* para direcionamento a estes nos sítios eletrônicos institucionais das Prefeituras e/ou Câmaras Municipais.

Diante do exposto, foi constatado que todas as 184 Prefeituras Municipais possuem Portais da Transparência. Por outro lado, quanto às Câmaras Municipais, apenas 2,2% delas não possuíam Portais (nem sítios eletrônicos oficiais) para divulgação das informações da LC nº 131/2009, são elas: Catunda, Forquilha, Graça e Uruburetama.

No momento seguinte, foi realizada análise dos resultados acerca da

disponibilização das informações pelos municípios cearenses. Nesse diapasão, pode-se resumir perfeitamente a aderência dos entes públicos à legislação em estudo pela análise de 2 (dois) critérios: tempo real e padrão mínimo de qualidade, ambos relacionados às informações divulgadas.

Pela definição do Decreto nº 7.185/2010, a liberação em tempo real se refere à disponibilização das informações, em meio eletrônico que possibilite amplo acesso público, até o primeiro dia útil subsequente à data do registro contábil no respectivo sistema, sem prejuízo do desempenho e da preservação das rotinas de segurança operacional necessários ao seu pleno funcionamento.

Dessa forma, diante das considerações apresentadas e da análise dos dados obtidos, constatou-se boa aderência dos entes municipais à Lei da Transparência, com fechamento em dezembro/2013 dos níveis de regularidade de 96% e 93%, relacionados, respectivamente, a Prefeituras e Câmaras Municipais, conforme exposto nas figuras 1 e 2 destacadas:



Figura 1 - Aderência das Prefeituras à Lei da Transparência



Figura 2 - Aderência das Câmaras à Lei da Transparência

É bem verdade que também se constatou que os níveis de regularidade tiveram oscilações ao longo do período analisado (seja para Prefeituras como para Câmaras Municipais), com ênfase para os piores desempenhos verificados em junho/2013, período da primeira verificação.

Por meio da figura 3 abaixo, a qual relaciona, em valores absolutos, o total de irregularidades mensais com o detalhamento dos critérios desconformes (por mês), pôde-se constatar que as Prefeituras Municipais tiveram

evolução de 75% em comparação aos meses de junho a dezembro de 2013, no entanto evidenciou-se certa oscilação ao longo do ano.

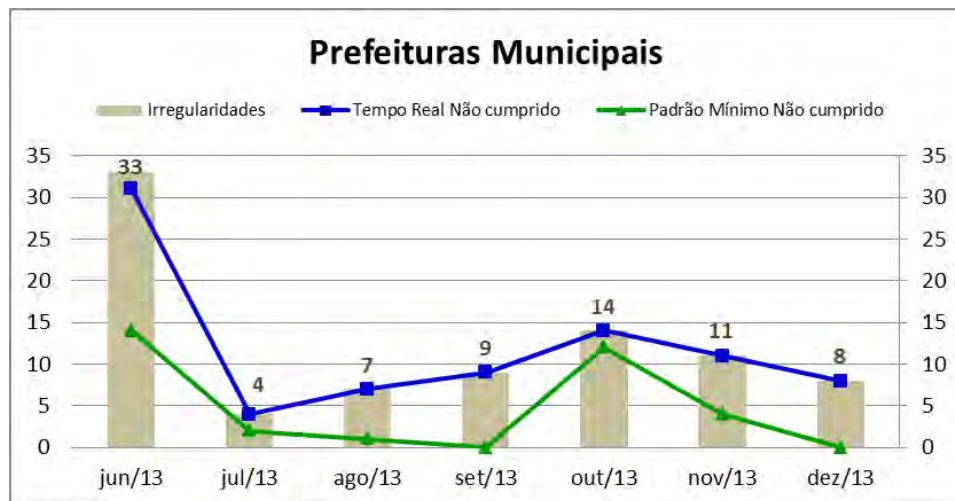


Figura 3 – Irregularidades mensais das Prefeituras Municipais de junho a dezembro de 2013.

Para as Câmaras Municipais, verificou-se fenômeno semelhante relacionado à diminuição dos patamares iniciais de irregularidades para os de fechamento do ano. Entretanto, conferiu-se maior volatilidade quanto aos níveis de desconformidades, como nos mostra a Figura 4:

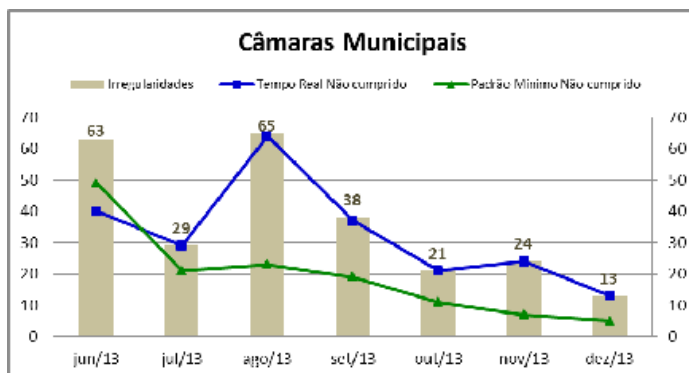


Figura 4 – Irregularidades mensais das Câmaras Municipais de junho a dezembro de 2013.

Não obstante, com relação ao detalhamento das irregularidades apresentadas acima, verificou-se que a maior incidência de inconformidades se deve ao fato dos entes, sejam Prefeituras ou Câmaras, não conseguirem atualizar as informações nos Portais de Transparência à medida que os registros contábeis ocorrem, ou seja, o descumprimento ao critério chamado “tempo real”, descrito anteriormente.

Ainda sob esse prisma, puderam-se constatar melhores níveis de regularidade por parte das Prefeituras bem como menor volatilidade nos resultados, em comparação com as Câmaras Municipais. Tal fato se justifica com a imposição da sanção legal de receber as transferências voluntárias de receita (repasses de convênios, acordos e ajustes) notadamente do Estado, uma vez que mensalmente o TCM-CE envia lista para as autoridades estaduais responsáveis pelo repasse de recursos (CGE, SEFAZ e Governadoria) com as Prefeituras cearenses irregulares em sua fiscalização.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo de trabalho de conclusão de curso teve como escopo principal a aderência dos municípios cearenses à Lei da Transparência, notadamente com relação à divulgação, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público.

Para tanto, conclui-se que as Prefeituras e Câmaras Municipais cearenses, em sua maioria, possuem Portais da Transparência; que buscam seguir às exigências da Lei; e que os níveis de regularidade dos entes públicos evoluíram em relação ao período inicial, que foi junho/2013.

Não obstante, pode-se também concluir que os melhores níveis de regularidade das Prefeituras em relação às Câmaras se deve ao fato de que aquelas ficariam impedidas de receber as transferências voluntárias de receitas, caso permanecessem com suas desconformidades, o que demonstra maior preocupação com a gestão fiscal e com o status decorrente das fiscalizações do TCM-CE e as possíveis sanções.

Ademais, evidencia-se que a maior incidência de irregularidades está relacionada ao critério do “tempo real”.

Por fim, sugere-se a continuidade do estudo no intuito de verificar se esses municípios cearenses continuam aderindo à Lei da Transparência, relativamente ao exercício de 2014, bem como possivelmente relacionar às desconformidades ao fato de que boa parte dos entes públicos faz uso de Portais da Transparência terceirizados, ou seja, não próprios e que o descumprimento do “tempo real” pode estar relacionado à extemporaneidade na atualização das informações.

## REFERÊNCIAS

BEUREN, Ilze Maria et al. **Como elaborar trabalhos monográficos em contabilidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.185, de 27 de Maio de 2010**. Dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7185.htm).>. Acesso em: 17 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 16 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009.** Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lc.htm) > .

Acesso em: 16 fev. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 29 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, Weder de. O equilíbrio das finanças públicas e a Lei de Responsabilidade Fiscal. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC,** Belo Horizonte, ano 1, n. 0, p. 151-190, set. 2010.

## **Análise das alterações causadas pela nova legislação de convênios e congêneres – Lei complementar Nº 119/2012 no âmbito do estado do Ceará**

Analysis of the changes caused by the new legislation of agreements and congeners - complementar law n. 119/2012 in the state of Ceará

**Izabelle Amorim e Vasconcelos Oliveira<sup>1</sup>**

### **RESUMO**

Este estudo tem como objetivo realizar a análise das alterações causadas pela publicação da Lei Complementar nº 119/2012 no Estado do Ceará que trata sobre as regras para a transferência de recursos financeiros pelos órgãos e entidades do poder executivo estadual por meio de convênios e instrumentos congêneres no período de 2014, quando a referida Lei entrou em vigor, quando a Instrução Normativa nº 01/2005 SEFAZ/SECON/SEPLAN deixou de disciplinar sobre o tema. Durante o trabalho, foi abordado o conceito relativo aos convênios e congêneres e como estes são realizados na Administração Pública. Na análise propriamente dita, foram verificadas as diferenças presentes na nova legislação perante a anterior e eventuais benefícios/prejuízos que poderia causar para os interessados. Tal análise poderá servir de indicador para o planejamento de qualquer ente federativo que tenham como objetivo a observar se os recursos públicos estão sendo bem geridos após as modificações.

**Palavras-Chave:** Convênios. Congêneres. Administração Pública.

### **ABSTRACT**

This review has the purpose of make an analysis of the changes made by the publication of the Complementar Law nº 119/2012 in the State of Ceará, that comes about the rules for the transfer of the financial resources by the entities of the state executive power by means of covenants and congeners

<sup>1</sup> Graduada em Administração pela Universidade de Fortaleza e Mestre em Gestão de Negócios pela Universidade Estadual do Ceará. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: izamar87@hotmail.com

instruments in 2014, when the referred law got established, the Normative Instruction nº 01/2005 SEFAZ/SECON/SEPLAN stopped disciplining about the theme. During the job, the relative concept, about the covenants and congeners and how these elements are performed in the Public Administration, was discussed. The present differences in the new legislation and the eventual benefits or losses that these differences could cause for the interested, were verified in the analysis. The analysis can have the function of indicator for the planning of any federal cell that has the purpose of observe if the public resources are being well administrated after de modifications.

**Keywords:** Agreements. Congeners. Public administration.

## 1 INTRODUÇÃO

O aspecto associativo do Estado Federal gravita em torno da repartição das competências, nela incluída a necessária divisão do resultado tributário. As competências comuns da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser, por exigência constitucional, perseguidas em regime de colaboração. É o federalismo cooperativo, evolução do federalismo clássico ou de equilíbrio. (AGUIAR et al., 2008).

Conforme o referido autor, a figura do convênio despontou como meio sistematizado de descentralização das atividades da Administração federal para as unidades federadas, objetivando a execução de programas federais de caráter nitidamente local, por órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes, desde que os partícipes estivessem devidamente aparelhados; Mais tarde, foi estendida a possibilidade de serem firmados convênios para a realização descentralizada de obras e serviços públicos federais, inclusive, com entidades privadas de interesses públicos comuns, desde que devidamente aparelhadas e, claro, dotadas de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes.

Tal abertura se deu pela via interpretativa do texto constitucional (art. 23, parágrafo único) combinado com o Decreto-Lei nº 200/67, que já recomendava esse instrumento como meio de descentralização das atividades federais.

A Administração Pública Estadual Cearense não ficou alheia a essa inovação na forma de obter os resultados pretendidos pelo governo. Atualmente, utiliza-se a Lei Complementar nº 119/2012 que substituiu a Instrução

Normativa nº 01/2005 SEFAZ/SECON/SEPLAN que disciplinava a celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, que visassem a transferência de recursos financeiros que tivessem por objeto a execução de projetos ou a realização de eventos e dá outras providências.

Para o setor público, principalmente com a ampliação das funções estatais, motivada pela demanda social crescente, os convênios vêm tendo papel importante no modo do Estado repensar sua forma de atuação.

Entretanto, com a expansão dos serviços públicos e pelo uso disseminado dos convênios e congêneres, há uma necessidade clara de um acompanhamento da formulação da avença até a prestação de contas final ou eventual tomada de contas especial com a motivação de que tal comprometimento seja de forma saudável e sem que haja desvio de finalidade resultando ou, porventura, danos ao erário estadual.

Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo analisar as alterações causadas pela publicação da Lei Complementar nº 119/2012 no Estado do Ceará que trata sobre as regras para a transferência de recursos financeiros pelos órgãos e entidades do poder executivo estadual por meio de convênios e instrumentos congêneres no período de 2014, quando a referida Lei entrou em vigor, quando a Instrução Normativa nº 01/2005 SEFAZ/SECON/SEPLAN deixou de disciplinar sobre o tema.

Justifica-se a presente pesquisa pela importância do assunto abordado, tendo como base o elevado número de processos com o assunto Convênios convertidos em Tomadas de Contas Especiais instaurados nos últimos anos ou apenas analisados pelos servidores e que culminam na condenação de gestores, que muitas vezes, devido à baixa qualificação e a escassez de publicações sobre o tema, desconhecem a legislação pertinente. Procura-se orientar tais gestores, profissionais que atuam na área de prestação de contas de órgãos e entidades, públicas e privadas, que gerem recursos públicos, bem como à sociedade em geral, que tem desempenhado, cada vez mais, importante papel no exercício do controle social.

A pesquisa foi do tipo exploratória de caráter bibliográfico e documental, comparando o que preconizam os artigos da Instrução Normativa no 01/2005 com a Lei Complementar nº 119/2012 e documentos obtidos no Tribunal de Contas do Estado do Ceará, para que fossem atingidos os objetivos pretendidos.

## 2 CONCEITO DE CONVÊNIO

Convênio Administrativo, na visão de Marçal Justen (2009) é definido como:

(...) a avença é instrumento de realização de um determinado e específico objetivo, em que os interesses não se contrapõem ainda que haja prestações específicas e individualizadas, a cargo de cada partícipe. No convênio a assunção de deveres destina-se a regular a atividade harmônica de sujeitos integrantes da Administração pública, que buscam a realização imediata de atividades orientadas à realização de interesses fundamentais similares.

Segundo Ivan Rigolin (2006), Contrato é um compromisso formal e judicialmente executável em caso de descumprimento por algumas partes, já convênio é apenas a expressão de uma mera intenção de colaborar para um fim de recíproco interesse, e se puder ser denominado um compromisso será apenas moral - o que tem direito é o mesmo que nada, ou um não compromisso -, de modo que nada obriga as partes convenientes a manter-se dentro do convênio, podendo a ele renunciar a todo tempo, e denunciar o convênio.

Rigolin destaca ainda:

(...) os convênios de cooperação que o poder público celebra com particulares, ou mesmo entre os órgãos públicos, são francamente mal compreendidos pela Administração, em geral superestimados e – acredite-se – temidos mesmo, e isso se dá antes por desconhecimentos das regras que o conformam que por serem de fato de perigosa ou de arriscada celebração, como são arriscados, considerando-se fiscalização dos Tribunais de Contas, certos contratos celebrados sem licitação. Nada disso é merecido, entretanto, e nenhum *timor reverencialis* deveria cercar a celebração do utilíssimo instituto jurídico do convênio, há longas décadas solidamente estabelecido no direito brasileiro como um dos principais instrumentos. É certo que, apesar das cautelas extraordinárias que quase sempre os acompanham, os convênios são assaz de vezes celebrados, mas o que nos parece é que poderiam ser multiplicadas essas ofensivas governamentais, vez que sua utilidade instrumental é, ainda pouco e insuficientemente explorada.

Já Hely Lopes Meirelles (1995), ao comentar sobre o termo convênio, reporta-se ao Decreto Lei nº 200/67 e a Carta Magna:

(...) Pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federal ordinária tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes.

Na mesma linha Di Pietro (2009) lista fatores caracterizadores dos convênios:

(...) a) os partícipes dos convênios têm competências institucionais comuns; o resultado alcançado insere-se dentro das atribuições de cada qual; b) no convênio, os partícipes objetivam a obtenção de um resultado comum, ou seja, um estudo um ato jurídico, um projeto, uma obra, um serviço técnico, uma invenção etc., que serão usufruídos por todos; c) no convênio, verifica-se a mútua colaboração, que pode assumir várias formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis, de *know how* e outros; por isso mesmo, no convênio não se cogita de preço ou remuneração; d) nos convênios, por haver ausência de vinculação contratual, é inadmissível a existência de cláusula de permanência obrigatória (os convenientes podem denunciá-lo antes do término do prazo da vigência, promovendo o respectivo encontro de contas) e de sanções pela inadimplência (exceto eventuais responsabilidades funcionais que entretanto, são medidas que ocorrem fora da avença).

Diante desses conceitos pode-se definir um convênio como um instrumento de cooperação para a consecução de uma finalidade comum, como instrumentos jurídicos que permitem a cooperação de diferentes pessoas, no setor público ou particular. Vale destacar que não deve haver contraprestação, seja pecuniária ou em qualquer outra espécie.

## 2.1 Os Convênios no Brasil

A ampliação das funções estatais, motivada pela demanda social crescente; a limitação financeira, pressionando a necessidade de racionalização e simplificação dos procedimentos administrativos, e a necessidade de viabilizar as condições para o desenvolvimento econômico-social do país conduziram o Estado Brasileiro a repensar sua forma de atuação.

Com este pensamento, surgiu o Decreto Lei nº 200/67, que destacava a desconcentração e descentralização da execução da atividade administrativa, como meio de aliviar a Administração Federal destas tarefas, proporcionando-lhe maior tempo para se dedicar às atividades específicas de planejamento, de coordenação, de supervisão e de controle, além de evitar o crescimento da máquina pública sem medidas.

## 2.2 Finalidade dos Convênios

Segundo Aguiar et al (2008):

[...] a doutrina define o termo “convênio”, em seu sentido mais amplo, como um ajuste ou um acordo celebrado entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, em regime de mútua cooperação.

Percebe-se então, a partir de toda a leitura já destacada que existe a procura pela racionalização da estrutura administrativa como uma das finalidades dos convênios, bem como meio sistematizado de descentralização das atividades da Administração.

Desta forma, entende-se que a finalidade dos convênios seja a consecução de acordo de vontades, mas com características próprias, entre a própria administração ou entre a administração e particulares, visando objetivos de interesse comum.

### 2.3 Principais Aspectos Legais dos Convênios na Administração Pública

O Decreto Lei nº 200/67 materializou um novo pensar sobre como o Estado Brasileiro poderia conduzir sua forma de atuação.

Percebeu-se, a essa altura que, muitos serviços públicos implicam em alto custo, o que os tornam inviáveis para administrações com menor poder aquisitivo. Então, a figura do convênio chegou para despontar como meio sistematizado de descentralização das atividades da Administração Federal para as unidades federadas (art. 10, alínea “b” do Decreto Lei nº 200/67).

Atualmente, as regras relativas às transferências de recursos da União, mediante a realização de convênios e instrumentos congêneres encontram-se contidas no Decreto nº 6.170/2007 e na Portaria Interministerial nº 127/2008, dos Ministros de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No tocante a legislação atual do Estado do Ceará, limitando a atuação do presente trabalho, hoje está em vigência a Lei Complementar nº119 de 28/12/2012 que dispõe sobre regras para a transferência de recursos financeiros pelos órgãos e entidades do poder executivo estadual por meio de convênios e instrumentos congêneres.

### 2.4 Legislação de Convênios no Estado do Ceará.

Visando regulamentar a celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, foi criada a Instrução Normativa nº 001, no ano de 2005, pela Secretária da Controladoria, pelo Secretário da Fazenda e pelo Secretário do Planejamento e Coordenação no âmbito do Estado do Ceará.

A referida instrução regulamentava os requisitos para a celebração, a formalização, a publicidade, a liberação, a execução e tratava da prestação de contas parcial e final e sobre rescisões dos convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

Importa registrar que além da IN 001/2005 SEFAZ/SECON/SEPLAN, a celebração e todo o mais que tratar sobre convênios, na esfera cearense, deve também obedecer a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO vigente e às exigências contidas nos arts. 25 e 26 da Lei Complementar Federal nº

101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

De acordo com o art. 57, II, a) do Decreto nº 31.406 de 2014:

Art.57. Os convênios e instrumentos congêneres, celebrados no período de 01 de janeiro a 31 de março de 2014, estão subordinados, até o final da sua vigência, às seguintes normas:

[...] II – para etapas de execução, acompanhamento, fiscalização e prestação de contas ou tomada de contas:

a) Instrução Normativa Conjunta SECON-SEFAZ-SEPLAN nº 1, de 27 de janeiro de 2005.

Pela leitura acima, percebe-se que a vigência da referida norma foi até 31 de março de 2014 e partir desta data começa a vigor a nova legislação, como reza o art. 58 no mesmo decreto:

Art.58. Os convênios e instrumentos congêneres, celebrados a partir de 01 de abril de 2014, estão subordinados até o final de sua vigência, para todas as etapas do processo, instituídas pelo Art. 3º, da Lei Complementar nº 119/2012, às seguintes normas:

I – Lei de Diretrizes Orçamentárias vigente na data da celebração do Instrumento; e

II – Lei Complementar nº 119/2012 e regulamentações, inclusive este decreto.

Portanto, observa-se que atualmente a legislação utilizada é a Lei Complementar nº 119/2002.

Apesar de a Constituição Estadual não prever expressamente a figura dos Convênios, temos que a competência do Tribunal de Contas do Estado para julgar tais processos repousa na previsão contida no art. 76, inciso II, que dispõe da seguinte forma:

**Art. 76.** Compete ao Tribunal de Contas:

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Estadual, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo à Fazenda Estadual;

Vale ressaltar que termos subordinados à jurisdição do Tribunal de

Contas, e, portanto sujeitos à responsabilização em processo de TCE, tanto aquelas pessoas que mantém algum tipo de vínculo com o Estado, gerindo seu patrimônio de forma continuada e prestando contas de seus atos periodicamente, como aqueles que se relacionam com o mesmo de forma eventual.

Em sede infraconstitucional temos como normas disciplinadoras do processo de Tomada de Contas Especial a Lei nº 12.509, de 06 de dezembro de 1995 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará), além da própria Instrução Normativa que constitui o objeto do presente trabalho.

**Lei no 12.509, de 06 de dezembro de 1995.**

**Art. 8º** Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Estado, na forma prevista no inciso VII do Art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos ou ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente que tiver conhecimento do fato, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano. (grifo nosso)

### 3 FATOS ENSEJADORES

A Instrução Normativa nº 01 criada em 2005 por órgãos do legislativo estadual atendiam, em parte, as necessidades das entidades fiscalizadoras. Tais entidades começaram a observar a necessidade de uma legislação que disciplinasse com mais rigor os convênios e congêneres, já que a maioria dos processos relacionados a convênios estavam sendo convertidos em Tomadas de Contas Especiais.

Para Fernandes (2012) a causa determinante da instauração da TCE, em sentido amplo, advém de uma conduta do agente público em desconformidade com a lei, seja por meio de um ato comissivo ou omissivo.

A nova legislação foi criada em 2012 mas só agora, em 2014 começou a vigor. O Decreto nº 31.406/2014 regulamenta as etapas I a IV do art. 3º da Lei Complementar nº 119/2012, as etapas que tratam de Divulgação de

Programas; Cadastramento de Parceiros; Seleção ou Aprovação de Plano de Trabalho e Celebração do Convênio ou Instrumento Congênere.

Portanto, a partir da imprescindibilidade de normas que auxiliassem gestores e fiscalizadores, a Assembleia Legislativa Cearense decretou e Lei Complementar vigente sobre o assunto: LC nº 119/2012.

#### **4 COMPARAÇÃO ENTRE A IN Nº01/2005 E A LC Nº119/2012.**

Na análise das duas legislações, objeto deste trabalho, observamos algumas diferenças que destacaremos a seguir.

Na nova legislação, além das regras estabelecidas, as transferências de recursos financeiros pelos órgãos e entidades do poder executivo estadual por meio de convênios e instrumentos congêneres devem obedecer ainda, além da Lei Complementar nº 101/2000, da Constituição Estadual e da Lei de Diretrizes Orçamentária- LDO vigente, à Constituição Federal.

A LC nº 119/2012 exclui de sua alçada, claramente, as transferências obrigatórias decorrentes de determinação constitucional e legal, bem como as do SUS, os Contratos de Gestão firmados com Organizações Sociais- OS, Contratos de Rateio firmados com Consórcios Públicos, os Contratos de Subvenção Habitacional firmados com instituições financeiras, os Contratos de Subvenção Econômica e aos Termos de Concessão de Auxílio à Pesquisa firmados com empresas físicas. Vale destacar não havia este detalhamento na antiga legislação (IN nº 01/2005).

Ambas as legislações, anterior e vigente, dispõem em seu texto explicações sobre os termos citados nas legislações. A LC detalha 26 itens técnicos, de forma didática, ideal para o entendimento tanto do corpo técnico relacionado a eventual convênio/instrumento congênere como a população em geral.

No art.3º, da nova Lei, observam-se novas etapas obrigatórias que devem ser seguidas antes da celebração dos convênios/instrumentos congêneres, quais sejam:

- a) Divulgação de programas;
- b) Cadastramento de Parceiros;
- c) Aprovação ou Seleção de Plano de Trabalho;

- d) Celebração do Instrumento;
- e) Execução, acompanhamento e fiscalização;
- f) Prestação ou Tomada de Contas.

Vale destacar que estas etapas não eram necessárias anteriormente, na vigência da IN.

Anteriormente, para ser celebrado um convênio entre o Governo do Estado e um partícipe, era necessário um Plano de Trabalho (obedecendo todas as etapas de formalização), observar as vedações constantes no art. 3º da legislação, celebração com inadimplente. Após observadas as formalidades, o setor técnico e a assessoria jurídica do órgão ou entidade concedente poderiam apreciar o texto das minutas de convênio.

Existe agora, com o advento da LC nº 119/2012, a necessidade que os órgãos e entidades estaduais cearenses, após 30 dias do início da vigência da Lei Orçamentária Anual – LOA divulguem na rede mundial de computadores, os programas que devem ser executados em parceria com outros entes/entidades públicas ou com pessoas físicas e jurídicas de Direito Privado (estas últimas representadas pelas associações ou fundações privadas). Informa-se ainda sobre a obrigação da divulgação de programas ser permanentemente atualizada em função da disponibilidade orçamentária.

É válido ressaltar que, a segunda etapa constante na Lei vigente, um Cadastro Geral de Parceiros, gerido pelo Controle Interno- CGE-CE, contendo informações necessárias à verificação da regularidade cadastral insere, no âmbito do controle por parte dos órgãos fiscalizadores, um novo artifício para monitorar e fiscalizar os parceiros que firmarão os convênios/congêneres.

Cabe salientar que, no tocante a etapa c), citada acima, relacionada ao plano de trabalho, a IN nº 01/2005 e a LC nº119/2012 são semelhantes. Destaca-se o parágrafo único do art. 10 da Lei quando cita que, excepcionalmente, a transferência de recursos financeiros por meio de convênios e congêneres poderá ser precedida de processo de seleção, mediante Aviso de Solicitação de Manifestação de Interesse, que deverá conter expressamente os critérios de seleção, em se tratando da aprovação ou seleção de plano de trabalho por Entes e Entidades Públicas. Não havia tal precedente na legislação anterior.

Quando o beneficiário fosse integrante da Administração Pública Estadual deveria demonstrar a inclusão da mesma e da contrapartida correspondente na respectiva Lei Orçamentária Estadual.

Importa registrar que há, inclusive, a obrigatoriedade de haver homologação do plano de trabalho, algo que não era obrigatório pela IN nº 01/2005.

Os capítulos III e IV da Instrução Normativa tratam da formalização e da publicidade do convênio, respectivamente; assunto tratado nova Lei no capítulo V: da Celebração, da Publicidade e das Alterações.

Sobre a formalização/celebração observa-se que na legislação anterior havia vinte cláusulas informando elementos que o convênio deveria conter, obrigatoriamente.

Havia, inclusive ainda cláusulas que poderiam anular a avença, no art. 10º, capítulo III.

Na LC nº 119/2012 não há tais referências. A obrigatoriedade se dá no tocante aos planos de trabalho estarem aprovados e ser exigida pela concedente a regularidade cadastral e a adimplência do conveniente. Vale destacar o art. 16, da Lei, qual seja:

**Art. 16.** É vedada a celebração de convênios e instrumentos congêneres com previsão de liberação de recursos financeiros em parcela única, com exceção dos instrumentos com vigência de até 60 (sessenta) dias.

No que concerne à publicidade, as duas legislações são semelhantes, com obrigatoriedade em publicar na imprensa oficial.

Na IN nº 01/2005 os capítulos V e VI tratam da liberação e da execução do convênio/congêneres, tratado na LC no capítulo V.

Em relação ao cancelamento ou suspensão de um convênio/congêneres a IN nº 01/2005 informa no art.17 hipóteses as quais podem gerar tais ocorrências. Na nova Lei, não são citadas hipóteses, no entanto, é citado que quanto a suspensão, no art. 33, que:

**Art. 33.** Diante de quaisquer irregularidades na execução do convênio ou instrumento congêneres, decorrentes do uso inadequado de recursos ou de pendências de ordem técnica, o responsável pelo acompanhamento suspenderá a liberação de recursos financeiros e o pagamento de despesas do respectivo instrumento e **notificará o conveniente para adoção das medidas saneadoras, fixando-lhe prazo de até 30 (trinta) dias**, podendo ser prorrogado por igual período. (grifo nosso)

Portanto, atualmente, existe um prazo para que o conveniente conduza o saneamento do processo.

Empós, tratando-se da fiscalização dos convênios, observa-se que, anteriormente a legislação atual, a execução do convênio subordinar-se-ia ao prévio cadastramento, pela concedente, no SIAP, independente do valor ou do instrumento para sua formalização (art.18, IN nº 01/2005).

Hoje, não há esta cláusula explícita na LC nº 119/2012, o que ocorre é que em ambas as legislações a fiscalização é realizada pelo concedente. No entanto, hoje, é permitida a contratação de terceiros ou a celebração de parcerias com outros órgãos para assistir ou auxiliar o fiscal de informações pertinentes a esta atribuição.

No tocante a Prestação de Contas, analisou-se que os prazos estipulados pela IN nº 01/2005 e pela LC nº 119/2012, para o conveniente apresentar a boa e regular aplicação dos recursos são semelhantes, no entanto, a legislação atual traz uma seção que trata exclusivamente da inadimplência do conveniente.

O art.22 da Instrução Normativa menciona dez peças obrigatórias a serem apresentadas pelo conveniente na prestação de contas final. A nova legislação não traz tal detalhamento, ou seja, deixa uma lacuna quanto ao que se deve apresentar.

Em relação a Tomada de Contas Especial- TCE, ambas as legislações mencionam o prazo de trinta dias para que haja eventual saneamento das pendências.

A Lei Complementar detalha que a TCE deve ser instaurada no prazo máximo de até cento e oitenta dias, contado do registro da inadimplência. Em caso de rescisão do convênio, já são contados os trinta dias por direito do conveniente onde ele deve atender as medidas saneadoras.

Convém registrar que, atualmente, o processo de TCE deve ser encaminhado não apenas ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará, mas também à Procuradoria Geral do Estado, observado o prazo máximo de trinta dias (art.46, I, LC 119/2012).

Empós, as duas legislações cearenses tratam das disposições finais, onde se diferenciam pelo fato da Lei Complementar mencionar, em seu art. 49, que:

**Art. 49. Caberá ao Órgão Central de Controle Interno atuar no monitoramento do processo instituído por esta Lei, de modo a exercer ações preventivas visando evitar a ocorrência de danos ao Erário (grifo nosso).**

Empós menciona que as exigências regularidade cadastral e adimplência não se aplicam a situações de emergência e calamidade pública reconhecidas pelo poder público estadual, nem à execução de programas e ações de educação, saúde e assistência social.

O fato de a Controladoria Geral do Estado – CGE CE – Órgão Central de Controle Interno ter, agora, a obrigação de monitorar os processos de convênios/congêneres auxilia na fiscalização posterior dos órgãos de controle.

Sobre a não exigência quanto em situação de emergência e calamidade observa-se que não era disposto na IN, mas LC 101/2000 está explícito sobre o assunto.

Por fim, o novo regramento cita que, caso haja declaração falsa de informações, inclusive mediante inserção, modificação ou alteração de dados nos sistemas de informações, deve-se observar os arts. 313-A e 313-B do Código Penal Brasileiro, o que insere o Direito Civil Brasileiro na fiscalização dos convênios/congêneres.

## 5 CONCLUSÃO

Os convênios, como formas de ajuste entre o poder público e entidades privada, busca a consecução de objetivos de interesse comum, por colaboração recíproca, distinguindo-se dos contratos por haver: igualdade jurídica dos partícipes, não persecução da lucratividade, responsabilidade dos partícipes limitada, exclusivamente, as obrigações contraídas durante o ajuste.

Com este trabalho, foi possível identificar, em termos gerais, os fatores que levaram os legisladores a terem a necessidade de criar outra legislação específica para atender a nova demanda na área específica dos convênios.

No tocante à Administração Pública, percebe-se o instituto convenial como uma das alternativas viáveis para a descentralização voluntária dos recursos, com vistas à implantação de uma nova gestão pública. Diante dessa perspectiva pretende-se que o Estado, ao invés de executar, coloque-se também no papel de parceiro.

A expansão da Administração Pública é uma das preocupações em que a sociedade e o governo precisam estar alertas, já que com o aumento

exagerado do tamanho da máquina pública, o ente federativo passa a, muitas vezes, perder o controle do que está sendo realizado, ou seja, não tem capacidade de administrar tudo, ao mesmo tempo.

Quanto ao objeto de estudo especificamente, foi possível avaliar a motivação que levou a evolução da legislação no Estado do Ceará e quais os benefícios tais mudanças trouxeram para o gerenciamento das operações, dentre outros. Com isso esperamos que o presente trabalho tenha atingido seu objetivo maior, qual seja o de desmistificar a legislação referente aos Convênios, servindo de fonte de consulta para todos aqueles que, no exercício de suas atividades profissionais ou exercitando a sua cidadania, utilizem-se dela, além de servir como suporte para estudiosos e interessados pelo assunto.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR. Ana Cláudia Messias de Lima Martins, Paulo Roberto Wiechers Martins, Pedro Tadeu Oliveira da Silva. **Convênios e Tomada de Contas Especiais: Manual Prático**. 3º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BITTENCOURT. **Manual de Convênios Administrativos**. 3º edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. p. 292.

COLAUTO e BEUREN. Proposta para Avaliação da Gestão do Conhecimento em Entidade Filantrópica: o caso de uma organização hospitalar. *Revista de Administração Contemporânea*. Vol. 7, n. 4, p.163-185, out./ dez. 2003.

DI PIETRO. **Parcerias na Administração Pública**. 7º edição. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento na Administração Pública e nos Tribunais de Contas.** 5. ed. Rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 672 p. ISBN 978-85-7700-632-8.

JUSTEN FILHO. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 13º edição. São Paulo: Dialética, 2009.

MEIRELLES. **Direito Administrativo Brasileiro.** 20º edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

RIGOLIN. **Desmistificando os convênios.** *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP. Belo Horizonte, ano 5, n. 55, 2006.

MAGALHÃES, G. **Convênios Administrativos: Aspectos polêmicos e análise crítica de seu regime jurídico.** 1º edição. São Paulo: Atlas, 2012.

SALOMON, D. V. **Como fazer uma monografia.** São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 114.

# O controle interno e auditoria governamental: comparativo

Internal control and audit government: comparative

**Denise Fontenele de Oliveira<sup>1</sup>**

## RESUMO

Este artigo tem como propósito analisar alguns aspectos relacionados ao controle interno na Administração Pública brasileira. O controle interno é visto, sobretudo pela literatura contabilista, como uma das principais formas de controle na atividade pública. Por essa razão é que devem ser garantidas algumas prerrogativas às entidades, como, por exemplo, a autonomia funcional. Outra questão também visa demonstrar que a auditoria interna governamental é o ápice da pirâmide do sistema de controle interno. Enquanto o controle interno se subordina ao titular do órgão ou entidade, pois faz parte de suas atividades administrativas normais, a auditoria interna não faz parte (até pode) necessariamente da estrutura ou dessas atividades. A metodologia utilizada, pode ser considerada, quanto aos objetivos, uma pesquisa descritiva, uma vez que foi descrito características do controle interno no setor público brasileiro e do cenário em que ele está inserido atualmente. Quanto aos procedimentos, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, visto que com o intuito de definir o papel do controle interno no setor público brasileiro foi realizado o estudo a partir de referenciais teóricos.

**Palavras-Chave:** Administração Pública. Controle Interno. Auditoria Governamental.

## ABSTRACT

This article aims to analyze some aspects related to the internal control in the Brazilian Public Administration. The internal control is seen, especially by the accounting literature as a major form of control in public activity. For this re-

---

1 Graduada em Direito - Universidade de Fortaleza – Universidade de Fortaleza; Especialista em Direito; Processual Penal – Universidade de Fortaleza; Especialista em Direito Processual Civil - Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC; Atualmente Diretora de Divisão de Gerenciamento Eletrônico de Documentos no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. E-mail: denise.oliveira @tjce.jus.br.

ason, it must be guaranteed some prerogatives to these entities, such as, for example, the functional autonomy. Another question also aims to demonstrate that the internal audit government is the apex of the pyramid of the internal control system. While such internal control is subordinate to the holder of the agency or entity, as part of their normal administrative activities, the internal audit, on the contrary, is not part (maybe can be!) necessarily of those structure or activities. Thus, the internal audit government should fiscalise/appraise the degree of reliability and control efficiency and effectiveness of the internal controls of the agency or of the audited entity, with all the autonomy that the law can assure, without them being confused. The purpose of this article, therefore, is to establish a very clear distinction between the activities of internal control and government audit activities, considering the big confusion that has been done in various organs and entities of the public administration in general.

**Keywords:** Public Administration. Internal Control. Government Auditing.

## 1 INTRODUÇÃO

O conceito de Governança encontra raízes na Administração Pública Gerencial, que trouxe para o Estado um grau de modernização acelerado nos últimos anos.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ganhou ênfase a discussão sobre o controle interno governamental, especialmente pela sua previsão constitucional contida nos artigos 70 e 74, transcritos a seguir:

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

Art. 74 Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem

como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º “Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

Em face da falta de uma padronização organizacional, principalmente em virtude das diferentes estruturas administrativas adotadas pelos vários Estados da Federação, muita confusão se tem feito a respeito do assunto. Ora se atribui o controle interno aos departamentos de contabilidade, ora aos departamentos de finanças, orçamentação, contabilidade e auditoria, ou, equivocadamente, se atribui à auditoria interna todo o controle interno.

Pelo critério do Poder que o exerce, identificam-se as categorias: a) do controle administrativo ou executivo, exercido pela própria Administração sobre seus atos; b) do controle legislativo ou parlamentar, exercido pelo Poder Legislativo e seus órgãos; e c) do controle judiciário, exercido pelo Poder Judiciário.

O comitê do AICPA - Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados publicou o SAS - Statement on Auditing Producers - (Declaração sobre produtores de Auditoria) nº 29, em outubro de 1958, subdividindo o controle interno em contábil e administrativo, conforme segue:

**CONTROLE INTERNO CONTÁBIL:** compreende o plano de organização e todos os procedimentos referentes diretamente relacionados com a salvaguarda do ativo e a fidedignidade dos registros financeiros. Geralmente compreende controles, tais como os sistemas de autorização e aprovação, segregação entre as tarefas relativas à manutenção e elaboração de relatórios e aquelas que dizem respeito à operação ou custódia do ativo, controles físicos sobre o ativo e auditoria interna.

**CONTROLE INTERNO ADMINISTRATIVO:** compreende o plano de organização e todos os métodos e procedimentos referentes principalmente à eficiência operacional, e à obediência às diretrizes administrativas que normalmente se relacionam apenas indiretamente com os registros contábeis e financeiros. Incluem-se aqui controles como análises estatísticas, estudos

de tempo e movimento, relatórios de desempenho, controle de qualidade.

Assim, conclui-se que o controle interno faz parte das atividades normais da Administração Pública, se subordina ao titular do órgão ou da entidade, tendo como função acompanhar a execução dos atos indicando, em caráter opinativo, preventivo ou corretivo, as ações a serem desempenhadas com vistas a atender o controle da execução orçamentária, financeira, contábil e patrimonial, bem como os controles administrativos de um modo geral.

A auditoria interna governamental pode ser considerada o ápice da pirâmide do sistema de controle interno, uma vez que a mesma supervisiona, normaliza, fiscaliza e avalia o grau de confiabilidade dos controles internos, buscando garantir a eficiência e eficácia dos mesmos, sem com eles se confundir. É uma parte especializada da auditoria que se dedica à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e das entidades da administração pública, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, bem como à fiscalização dos recursos repassados pelo Estado a título de Convênio, Subvenções Sociais e Econômicas e demais formas de antecipações de recursos legalmente admitidas, que têm como beneficiários os Municípios, Entidades Públicas ou Entidades Privadas sem fins lucrativos.

Cruz (1997, p. 22), considera que a evolução da auditoria pode ser classificada em três etapas. Este autor destaca para cada uma destas etapas o principal resultado a alcançar, conforme segue:

- Auditoria Fiscalizadora – principal resultado a alcançar: certificar a adequação dos controles internos e apontar irregularidades, truques e fraudes detectados;
- Auditoria de Gestão – principal resultado a alcançar: identificar desvios relevantes e apontar atividades e/ou departamentos fora do padrão de desempenho esperado;
- Auditoria Operacional – principal resultado a alcançar: certificar a efetividade e oportunidade dos controles internos e apontar soluções alternativas para melhoria do desempenho operacional. “Medir o grau de atendimento das necessidades dos clientes e acompanhar, mediante indicadores do nível de eficiência e eficácia, o desvio em relação ao desafio padrão.

Portanto, ao contrário do controle interno tradicionalmente executado,

a auditoria interna não faz parte necessariamente da estrutura ou das atividades normais dos órgãos e entidades. Normalmente existe um órgão centralizador das atividades de auditoria interna governamental, que atua sobre todos os demais órgãos e entidades.

## **2 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **2.1 O Controle interno e auditoria interna na administração pública**

Estudos apontam que data de 1922 a preocupação no Brasil com o controle no setor público. Nesse período, segundo Calixto e Velázquez (2005, p.4), “o Controle Interno atuava examinando e validando as informações sob os aspectos da legalidade e da formalidade”, sendo que a sua preocupação concentrava-se em atender aos órgãos de fiscalização externa e não à avaliação da forma como os administradores atuavam na prestação dos serviços públicos.

A história do Controle Interno na Administração Pública brasileira está centrada no artigo 76, da Lei nº 4.320, de 17 de Março de 1964, que foi responsável pela introdução das expressões Controle Interno e Controle Externo, apresentando a definição para as competências do exercício daquelas atividades. Segundo Calixto e Velázquez (2005, p.4), foi conferido ao Poder Executivo o Controle Interno, ao passo que o Controle Externo foi atribuído ao Poder Legislativo.

### **2.2 Conceito de controle interno**

Não há consenso entre os autores sobre a conceituação de Controle Interno. Observa-se, ainda a confusão que se formou entre as expressões “Controle Interno”, “Sistema de Controle Interno” e “Auditoria Interna”, na medida em que, são consideradas sinônimos, refletindo um engano que se dissipa a partir das definições que a seguir são apresentadas:

Controle Interno é o conjunto de normas, rotinas e procedimentos,

adotados pelas próprias Unidades Administrativas, tais como Manual de rotinas, segregação de funções, determinação de atribuições e responsabilidades, rodízio de funcionários, limitação de acesso aos ativos, limitação de acesso aos sistemas de computador e treinamento de pessoal, com vistas a impedir o erro, a fraude e a ineficiência.

Auditoria Interna é uma técnica utilizada pelo órgão central ou setorial, para avaliar a eficiência do Controle Interno, quanto a obediência às normas ou a obsolescência dessas. A auditoria desenvolve trabalhos avaliativos, de forma mais ou menos profunda, em razão direta do julgamento feito sobre o Controle Interno, quanto à sua maior ou menor adequabilidade para a preservação dos ativos que deverá proteger.

A diferença conceitual entre Sistema de Controle Interno, Controle Interno e Auditoria Interna resume-se no seguinte: Sistema é o funcionamento integrado dos Controles Internos; Controle Interno é o conjunto de meios de que se utiliza uma entidade pública para verificar se suas atividades estão se desencadeando como foram planejadas; e Auditoria Interna é uma técnica utilizada para checar a eficiência do Controle Interno.

- **A ação do controle interno**

A invocação do artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tem sentido emblemático, porque se insere na fase moderna da organização política do Estado em forma de república, inaugurada com a Revolução Francesa.

O dever de prestar contas, de todos quantos administrem bens públicos em nome dos demais cidadãos decorre do princípio republicano (de réis publicae).

Para que possam prestar contas sem receios, os administradores devem estar bem informados sobre os atos e fatos de sua administração. Devem, igualmente, prover os meios para que a sociedade faça o acompanhamento da gestão e a tomada de contas, quando necessário, através dos meios institucionais.

Ao complexo de atividades relacionadas com o acompanhamento dos atos e fatos da administração, organizado para assegurar sucesso na realização de seus fins, designa-se ação de controle.

- **Administração e controle**

Para melhor entender e situar a importância da função de controle, torna-se necessário fazer uma digressão e lembrar os fundamentos que orientam a atividade de administração.

A Administração de uma entidade deve estar estruturada e organizada de acordo com princípios científicos aplicáveis às funções básicas que a compõem, para melhor realizar os seus planos e alcançar os objetivos que constituem a razão da sua existência.

Segundo os clássicos Henri Taylor e Frederico Fayol, a administração deve atender, particularmente, aos princípios de organização, planejamento, comando e **controle**.

O controle constitui um dos princípios basilares da administração, de tal forma que a inexistência dessa função ou as deficiências que apresentar têm reflexos diretos e negativos com a mesma intensidade nas demais funções (organização, planejamento e comando), decretando invariavelmente a frustração parcial ou total dos seus objetivos. Os resultados medíocres ou desastrosos na administração pública têm sempre como responsáveis as falhas do controle, de igual forma como o sucesso repousa fundamentalmente na sua eficiência.

- **O controle interno**

O controle interno faz parte do plano de organização da Administração e tem os mesmos objetivos. Ocupa-se essencialmente com o processamento de informações que retroalimentem a função do comando, concorrendo para a correta tomada de decisões; coexiste com as demais funções da Administração e com elas, por vezes, se confunde, sendo CAD qual indispensável para o funcionamento do sistema que formam, de tal maneira que a falha em uma delas pode embaraçar o funcionamento de todo o conjunto.

O controle interno tem expressão funcional e sua ação não admite concentração puramente orgânica.

Embora não haja unanimidade na identificação de suas funções, as mais frequentemente mencionadas são as que seguem:

- Organização (administrativa, jurídica e técnica);
- Procedimentos e métodos;

- Informações (planejamento, Orçamento, contabilidade, estatística e informatização);
- Recursos humanos;
- Autoavaliação.

O sistema de controle interno se constitui na alma do plano de organização de qualquer entidade, fundamentalmente comprometido com a realização dos objetivos da própria Administração, os quais constituem a razão de sua existência.

Segundo o disposto no artigo 74 da Constituição Federal, deve ter atuação sistêmica e integrada, nos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário, para o fim de

- Avaliar o cumprimento de metas e a execução dos programas governamentais e orçamentários;
- Comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão, quanto à eficiência e eficácia;
- Exercer o controle das obrigações, direitos e haveres;
- Apoiar o controle externo.

### • **Auto-avaliação do controle interno**

Uma das funções do Controle Interno é a avaliação de sua própria atividade.

Sabendo-se que suas funções convivem na Administração com todas as demais funções, resulta que se encontra presente em cada desdobramento da organização. Evidencia-se, por exemplo, na atividade de triagem de ingresso e saída de pessoas, veículos, bens e mercadorias; no acompanhamento das condições de qualidade dos serviços e dos produtos; na feitura de estatísticas; na contabilização física e financeira; nos registros dos recursos humanos e dos correspondentes dados cadastrais, funcionais e financeiros.

A supervisão das atividades de controle interno compete à função de Comando, que ele necessita para bem administrar. Importa-lhe, por isso, preservar seu funcionamento com eficiência.

O tamanho e a complexidade das organizações modernas, porém, têm dificultado e, por vezes, impossibilitado a supervisão direta de todas as operações por parte dos dirigentes superiores, obrigando-os a delegar parte dessas funções a outros profissionais. Estes, com a devida independência, coletam dados estratégicos, analisam-nos e colocam à disposição da direção

as informações finais sobre o comportamento operacional da entidade.

Essa atividade é organicamente concentrada na unidade de avaliação do controle interno, constituindo-se em desdobramento da Administração Superior. Penetra em toda a organização para identificar possíveis falhas, desvios, debilidades ou deficiências, objetivando retroalimentar o comando com informações que lhe permitam tomar decisões corretas que indiquem a necessidade de intervir para alterar o curso da ação e modificar as políticas administrativas, ou recomendem a sua manutenção. Em outros termos compete-lhe:

- Prestar informações permanentes à Administração Superior sobre todas as áreas relacionadas com o controle seja contábil, administrativo, operacional ou Jurídico;
- Preservar os interesses da organização contra ilegalidades, erros ou outras irregularidades;
- Velar para a realização das metas pretendidas;
- Recomendar os ajustes necessários com vistas à eficiência operacional.

#### • **Objetivos do controle interno**

O Sistema de Controle Interno opera de forma integrada, ainda que cada Poder tenha seu próprio Controle Interno. Esse Sistema, entretanto, será coordenado pelo Executivo, posto que lhe competirá, ao final do exercício, preparar a prestação de contas conjunta, em que pese os demais Poderes elaborarem as suas respectivas contas (MACHADO JR; REIS, 1998, p.140).

Sob a ótica da empresa privada o Controle Interno apresenta os seguintes objetivos: salvaguardar e proteger seus ativos, verificar o grau de confiabilidade e exatidão dos registros contábeis e promover a eficiência operacional (ATTIE, 1998, p. 114).

O Controle Interno em uma entidade desempenha como objetivo maior, a segurança do patrimônio, além de gerar eficiência na consecução do objetivo social, o que se manifesta como resultado, e, obviamente, são ferramentas de apoio à contabilidade. A partir de um consistente sistema de controle interno, procura-se evitar desvios, perdas e desperdícios; assegurando, razoavelmente, o cumprimento de normas administrativas e legais e propiciando a identificação de erros, fraudes e seus respectivos responsáveis. A partir dessa concepção, o Controle Interno há de ser entendido como parte integrante da estrutura da Administração Pública, com o objetivo de auxiliar

a gestão pública em relação ao cumprimento das metas e plano de governo.

- **A Importância do controle interno na administração pública**

O conjunto de normas, rotinas e procedimentos, adotado pelas próprias Unidades Administrativas denominado de Controle Interno, dá ao administrador respaldo e confiança no gerenciamento do patrimônio Público. O Controle Interno executado pela Administração compreende uma relevante ferramenta, pois é uma forma de controle preventivo, detectivo e corretivo, que deve ser operado com todo rigor e independência, a fim de cumprir as finalidades a que se propõe.

O Controle Interno ganha importância na área Estatal em virtude dessa esfera não dispor de mecanismos naturais de correção de desvios, processo que ocorre nas atividades privadas, onde a “competição” e o “lucro” funcionam como potentes instrumentos para reduzir desperdícios, melhorar o desempenho e alocar recursos de forma mais eficiente. O direito de propriedade estatal é dúbio, não existindo a vigilância do “olho do dono”, como na empresa. Por ser dúbio dá margem ao surgimento de grupos de pressão, internos e externos ao aparelho estatal, que procuram explorar o interesse e o patrimônio públicos em proveito próprio. Essa regra geral assume importância peculiar no nosso país, onde as pessoas estão mais preocupadas com seus próprios interesses que com os coletivos e a Justiça ainda é lenta e suave para quem atua à revelia da lei. (CIALDINI; NASCIMENTO, 2003 p.196).

- **Características do sistema de controle interno na administração pública**

As características do Controle Interno, Segundo Attie (1998, p. 115) compreendem:

“Plano de organização” – plano simples que se deve prestar ao estabelecimento de linhas claras de autoridade e responsabilidade. Um elemento importante em qualquer plano de organização é a independência estrutural das funções de operações, custódia, contabilidade e auditoria (segregação de funções).

Entende-se por segregações de funções a separação das atividades de execução das de controle em atendimento ao lema “quem faz não controla”. Assim, ninguém pode ter o controle completo de uma transação, sob pena

de causar vulnerabilidade no sistema.

“Sistema de autorização e procedimentos de escrituração” – constituído de sistema adequado de contabilidade para assegurar que as transações sejam classificadas e registradas com respaldo em documentos hábeis (originais), em conformidade com o plano de contas e em tempo hábil (oportunidade);

“Manual de procedimentos” que estabelece os procedimentos operacionais e contábeis, normatiza as políticas e instruções e uniformiza tais procedimentos;

“Manual de formulários e documentos” que possibilita padronizar os formulários, estabelecendo seus objetivos, finalidades, nível de informação que deve conter, emitentes usuários, pontos de controle, critérios e locais de arquivos, devendo conter ainda, campos específicos para vistos, assinaturas e autorizações (ATTIE, 1998, p. 116);

“Estímulo à eficiência operacional” – abrange a competência do pessoal, baseada na capacidade técnica prevista para o cargo, e a responsabilidade, para definir claramente os níveis de atribuições, de modo que possibilite apurar a responsabilidade por prejuízos ocorridos por negligência, incapacidade técnica ou fraude.

“Aderência às políticas existentes” – constituída de Supervisão – indica que os funcionários devem ser supervisionados por pessoas de reconhecido valor e probidade, e Auditoria interna para atuar na organização como um fator de persuasão, pelo fato de os servidores saberem que estão sendo monitorados (ATTIE, 1998, p. 116).

- **Limitações do Sistema de controle interno na administração pública**

Apesar de o Controle Interno se revelar um inibidor de erros ele não é infalível, pois é vulnerável à má fé e à desídia humanas. Nesse sentido, os controles internos podem apenas fornecer segurança razoável, pelas seguintes limitações inerentes: erros de julgamento; falhas; conluio; ausência de supervisão e impunidade.

A inexistência de controles internos consistentes ensejará o crescente surgimento de erros e fraudes operacionais, aliando-se a esses fatos a efetivação de desvios de conduta da direção da Entidade, que propicia o recrudescimento dos ilícitos supracitados pela síndrome do exemplo que vem de cima. Erros são irregularidades involuntárias ocorridas nos procedimentos ou demonstrativos contábeis. Fraudes são irregularidades propositais. Todo

procedimento delituoso, tem início, via de regra, em erros intencionais ou “testes” dos controles, envolvendo pequenos valores. Caso não sejam detectados em tempo hábil, abrem caminho para a realização de grandes golpes.

- **O Surgimento da auditoria governamental e seu conceito**

O surgimento da Auditoria Governamental, embora que empiricamente, está associada à prática que a administração pública exercia no controle da arrecadação de tributos.

No território brasileiro, a auditoria governamental encontra seu amparo legal, com a emissão da Lei nº 4.728 de julho de 1965, que veio normatizar o funcionamento do mercado financeiro e criou a obrigatoriedade da prática da Auditoria Governamental no Brasil. Nos tempos atuais, a auditoria governamental estabelece que a sua realização se efetive na comprovação da legalidade das ações empreendidas pelos órgãos e entidades que compõem a administração pública direta e indireta, abrangendo tanto a esfera Federal, Estadual e Municipal.

Sendo assim, a auditoria governamental constitui-se num importante instrumento de controle, à medida que possibilita uma melhor alocação de recursos públicos, contribuindo para detectar e propor correção dos desperdícios de recursos, da improbidade administrativa, a negligência e a omissão e, principalmente antecipando-se a essas ocorrências, procurando garantir a observância de normas que regulamentam a aplicação destes recursos, bem como na busca de garantir os resultados pretendidos, em consonância com as boas práticas de transparência da administração pública.

- **Objetivos, finalidade e objetos da auditoria governamental**

A Auditoria Governamental tem por objetivo primordial o de garantir resultados operacionais na gerência da situação pública. Observando os aspectos relevantes relacionados à avaliação dos programas de governo e da gestão pública. Assim, também apresenta como objetivos relevantes: Dar suporte ao exercício pleno da supervisão ministerial, através das seguintes atividades básicas: Examinar a observância da legislação municipal específica e normas correlatas; Avaliar a execução dos programas dos municípios, dos contratos, convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres;

Observar o cumprimento pelos órgãos e entidades, dos princípios fundamentais de planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle; Avaliar o desempenho administrativo e operacional das unidades da administração direta e entidades supervisionadas.

Para Jund (2006, p.648) a finalidade básica da auditoria na gestão pública é:

Comprovar a legalidade e legitimidade dos atos e fatos administrativos e avaliar os resultados alcançados, quanto aos aspectos de eficiência, eficácia e economicidade da gestão orçamentária, financeira, patrimonial, operacional, contábil e finalista das unidades e das entidades da administração pública, em todas as esferas de governo e níveis de poder, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado, quando legalmente autorizadas nesse sentido.

Em geral qualquer que seja o tipo de auditoria que se vá realizar, esta deve ser planejada de modo que venham proporcionar segurança quanto à verificação ao cumprimento das leis, normas e regulamento aplicáveis a administração pública, na fase de execução, deverá ser verificada os aspectos da legalidade e legitimidade dos atos praticados pelos gestores públicos e sua consonância com as normas e com os princípios aplicáveis à administração pública em obediência a legislação em vigor.

- **Formas de execução da auditoria governamental**

De acordo com o previsto na IN no 01/2001, da Secretaria Federal de Controle, as auditorias na área governamental são executadas das seguintes formas: Direta, quando se trata das atividades de auditoria executada diretamente por servidores em exercício nos órgãos e unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, sendo subdivididas em: Centralizada, que é executada exclusivamente por servidores em exercício nos órgãos central ou setoriais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

Descentralizada, quando executada exclusivamente por servidores em exercício nas unidades regionais ou setoriais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. E Integrada, quando executada conjuntamente por servidores em exercício nos órgãos central, setoriais, unidades regionais e/ou setoriais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal.

De forma indireta quando se trata das atividades de auditoria executadas com a participação de servidores não lotados nos órgãos e unidades do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal, que desempenham atividades de auditoria em quaisquer instituições da Administração Pública Federal ou entidade privada. Compartilhada, é quando é coordenada pelo Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal com o auxílio de órgãos/instituições públicas ou privadas. Terceirizada, quando executada por instituições privadas, ou seja, pelas denominadas empresas de auditoria externa.

### 3 CONCLUSÃO

O grau de confiabilidade dos controles internos é fundamental para o trabalho do auditor interno. Da confiança que nele se obtiver dependerá todo o enfoque, amplitude e natureza da auditoria a ser efetuada.

Assim, se os controles internos de um órgão ou entidade da administração pública forem satisfatórios, serão escolhidos procedimentos mínimos numa extensão reduzida (pode ser adotada uma amostragem, ao invés de uma auditoria completa). Por outro lado, se os controles internos se apresentarem insatisfatórios, deficientes, o trabalho do auditor interno deverá ser o mais amplo possível, com ênfase em todo o processo da execução orçamentária e contábil (execução da receita e da despesa), especialmente quanto aos estágios do recolhimento dos numerários por parte dos agentes arrecadadores, da licitação, do empenhamento, da liquidação e do pagamento da despesa pública, bem como quanto aos atos de pessoal e demais controles contábeis e administrativos.

Conforme exposto, concluiu-se que as atividades de auditoria se sobrepõem às atividades operacionais de um modo geral, inclusive sobre as atividades do controle interno administrativo e contábil, ou seja, enquanto umas normatizam, orientam, fiscalizam, avaliam o grau de confiabilidade, outras controlam a eficiência e a eficácia.

A auditoria governamental é uma atividade ainda muito recente no Brasil. Esse estado ainda embrionário da auditoria e a falta do respaldo necessário no sentido de aprimorar os preceitos morais e éticos da gestão pública resultam num ambiente não muito satisfatório para a proteção e boa

utilização dos recursos públicos. O grande número de gestores e servidores públicos ainda sem qualificação suficiente para desenvolver suas atividades nas diversas áreas da administração pública produz ambientes sem interação e resultados desastrosos que muitas vezes se atribuem simplesmente ao total desconhecimento das regras e normas de execução contábil e financeira que, por sua vez, refletem nessa avaliação negativa dos relatórios atualmente apresentados por grande parte das auditorias na administração pública.

Sendo assim, a auditoria governamental se apresenta como um importante instrumento de auxílio à gestão pública municipal, a partir do momento em que passa a auxiliar o município no exercício da administração pública, buscando ao atingir a eficiência, eficácia e economicidade, assegurando, a transparência dos atos praticados pelo administrador público. Contribuindo para organizar nas administrações públicas municipais a gestão dos recursos públicos, à medida que contribui para melhorar a realocação desses recursos, abrindo espaço para o controle social.

## REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição Estadual**. Atualizada com as Emendas Constitucionais Promulgadas.

ATTIE, William. Auditoria: **Conceitos e Aplicações**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21<sup>a</sup> ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

CALIXTO, Giniglei Eudes; VELÁSQUEZ, Maria Dolores Pohmann. **Sistema de Controle Interno na Administração Pública Federal**.

CIALDINI, Alexandre Sobreira; NASCIMENTO, Roberto Sérgio. **Controle da Execução Orçamentária. Orçamento Público: Planejamento, execução e controle.** Universidade Aberta do Nordeste. Fundação Demócrito Rocha. Fascículo 12. Teresina: 2003. CRUZ, Flávio da. **Auditoria Governamental.** São Paulo: Atlas, 1997.

CRUZ, Flávio da. **Auditoria Governamental.** São Paulo: Atlas, 1997.

JUND, S. **Administração, orçamento e contabilidade pública.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2006

MACHADO JR, Jose Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. **A lei 4.320 comentada.** 27 ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1998.

## Registro contábil no âmbito do setor público: competências do contabilista e seu software

Record book within the public sector: the accounting skills and its software

Allan Jonson Piccini<sup>1</sup>

### RESUMO

Em uma era onde as atividades relacionadas ao cotidiano estão cada vez mais sendo envolvidas pela tecnologia, torna-se natural atribuir confiança e responsabilidades a soluções tecnológicas. Realidade esta que também é presente no âmbito contábil do setor público. Diante deste contexto, este trabalho vem fundamentar a luz da legislação as responsabilidades do contabilista e seu sistema informatizado no que tange ao registro contábil. Elucidando portanto, que o responsável legal pela escrituração contábil é o contabilista.

**Palavras-Chave:** Software contábil. Contabilista. Competências.

### ABSTRACT

In an era where activities related to daily life are increasingly being involved with technology, it becomes natural confidence and assign responsibilities to technological solutions. Reality which is also present in accounting within the public sector. Given this context, this work has ground the light of the legislation the responsibilities of the accountant and your computer system when it comes to accounting. Elucidating so that the legally responsible for bookkeeping is the accountant.

**Keywords:** Accounting software. Accountant. Competencies.

---

<sup>1</sup> Analista de negócios. Graduado em Ciências Contábeis. Pós-graduado em Contabilidade Pública. CRC SC-036568/O-0 E-mail:picciniallan@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Com a adoção do novo modelo democrático e do fim da guerra fria na década de 80, onde o capitalismo saiu com significativa vitória sobre o socialismo, o Brasil vem sofrendo de forma gradativa uma série de evoluções político-administrativas.

A globalização desencadeada pelo capitalismo fez com que a administração pública brasileira se modernizasse a ponto com que ela estivesse compatível com os métodos de governança e comunicação utilizados pelos principais países desenvolvidos a nível mundial. Ou seja, nossa nação tornou-se uma vitrine para possíveis investidores internacionais.

A aplicação destas transformações iniciou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e ganhou força com a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal em 2001. Estas legislações, dentre outras competências, destacam os princípios da publicidade de transparência. Onde qualquer ente deve tornar público e em local de fácil acesso, as informações o qual não são de sigilo total do ente.

Sabendo-se de que é de interesse e dever da sociedade ter conhecimento da correta situação das finanças públicas, este trabalho trata do acesso e da operacionalização das informações contábeis e financeiras de um órgão público.

Em paralelo a modernização de gestão, veio a evolução tecnológica. O acesso rápido e fácil as informações supracitadas foram sendo proporcionados pelos chamados “Sistemas de informação” (softwares). Tamanha foi a evolução e adoção destas tecnologias, que atualmente é praticamente impensável o processamento destes dados sem a utilização destas soluções.

Neste contexto, é fato afirmar que a linha de negócio contábil não ficou por menos. A operacionalização das transações o qual resultam em escriturações contábeis, as quais antes eram feitas por intermédio de processos totalmente manuais, atualmente são procedidas por soluções tecnológicas inteligentes que processam, guardam e dão transparência as informações resultantes. Ou seja, o contador possui em mãos uma poderosa e eficiente ferramenta para uso de suas atividades diárias.

Diante dos contínuos e interligados avanços citados neste tema, tornou-se consequência a necessidade de reciclagem conceitual dos procedimentos contábeis aplicados ao setor público.

Era evidente que a visão de orçamento e finanças pretendida pela Lei

4.320/64 não era o bastante para melhor elucidar as informações pretendidas pela necessidade de compatibilização das informações produzidas em nosso país com as demais nações pertencentes ao atual mundo globalizado.

Diante desta realidade, como órgão central de contabilidade federal e responsável por normatizar a consolidação das contas públicas nacionais (BSPN-Balço do Setor Público Nacional), a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) juntamente com o Conselho Federal de Contabilidade, seguiu a experiência da área privada e desde 2008 iniciou o processo de convergência da contabilidade pública aos padrões internacionais (IPSAS). Convergência esta que fez nascer diversos normativos embasando um novo modelo técnico de uso da contabilidade no âmbito do setor público onde se destacam as NBCASPs (Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público).

Com a percepção de que as informações contábeis ganhavam maior integridade, objetividade e utilidade, como consequência houve:

- O fortalecimento da fiscalização dos Tribunais de Contas perante aos entes a ele predominantemente (jurisdicionados);
- A promulgação da Lei Complementar 131/2009 a qual destaca a necessidade de disponibilização destas informações em tempo real;
- A criação da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) a qual possibilita dar acesso a um dado/informação pontual ao interessado o qual requisitou tal desejo;
- A necessidade de avanços tecnológicos nos softwares contábeis visando dar maior agilidade nos atendimentos legais citados nos itens anteriores.

Diante das contínuas transformações realizadas e das diversas necessidades atuais de atendimento as normas vigentes, tornou-se necessário melhor esclarecer a competência e o dever de um contador e de sua solução tecnológica. Contudo, de acordo com a legislação aplicável ao setor público, é totalmente pertinente questionar quais são as efetivas atribuições do papel do contabilista e do seu software contábil no que se refere a escrituração contábil dos atos e fatos da administração pública?

As justificativas a qual levaram ao desenvolvimento desta pesquisa são:

- Prevenção de penalizações pelos órgãos fiscalizadores;

- Qualificar a organização de comunicação entre os profissionais contábeis com as empresas prestadoras de serviços referente soluções tecnológicas contábeis;
- Quanto ao profissional contábil:
  - Ratificar as suas corretas atribuições;
  - Aflorar-lhe o interesse nos benéficos resultados obtidos pelas informações contábeis;
  - Promover-lhe o correto entendimento das responsabilidades de uma solução informatizada.

É fato afirmar que situações cotidianas de um ente público remetem a insatisfações e a realização de questionamentos quanto a insuficiências de um software contábil. Diante deste contexto, objetiva-se por este trabalho desenvolver um entendimento técnico a ponto de que o mesmo sirva como referência de pesquisa para quando o problema já pautado nesta obra for contextualizado em um ente público.

## **2 MAIOR ZELO E DINAMICIDADE NO REGISTRO CONTÁBIL PROPORCIONADOS PELO PROCESSO DE CONVERGÊNCIA AS NORMAS INTERNACIONAIS**

Desde 1964 com a promulgação da Lei 4.320/64, a contabilidade carecia de um plano de contas pelo intermédio do qual houvesse uma organização das contas contábeis passíveis de utilização pelo âmbito do setor público.

Segundo Toledo Júnior e Rossi (2005), a Lei Federal no 4.320/64 estimula a boa execução orçamentária, o equilíbrio entre as receitas arrecadadas e as despesas, a apresentação padronizada de demonstrações contábeis em âmbito nacional, bem como o planejamento dos compromissos financeiros.

Juntamente com o processo de convergência da contabilidade pública nacional as normas internacionais (IPSAS), iniciou-se um processo de elaboração de um plano de contas onde a partir de então, pretendia-se que qualquer ente federado utilizasse de uma linguagem única de contas. Ou seja, desejava-se uma padronização a nível nacional para todas as esferas de governo. Segun-

do Feijó e Ribeiro (2014), a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) responsável por conduzir o processo, pesquisou os planos de contas de alguns países de referência em contabilidade na visão de organismos internacionais.

A criação do referido padrão visou alcançar os seguintes objetivos:

- Atender com maior qualidade o artigo 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal o qual resulta na elaboração do chamado “BSPN” (Balço do Setor Público Nacional):

Art. 51. O Poder Executivo da União promoverá, até o dia trinta de junho, a consolidação, nacional e por esfera de governo, das contas dos entes da Federação relativas ao exercício anterior, e a sua divulgação, inclusive por meio eletrônico de acesso público.

- Servir como estrutura-base para os novos procedimentos contábeis que estavam por ser adotados pelos entes públicos diante do processo de convergência as normas internacionais;

Como percebe-se, um aprimoramento nas organizações das contas públicas trará benefícios aos envolvidos e interessados na Contabilidade Aplicada ao Setor Público. A portaria 184/2008 cita os interessados nestas informações e dá valor a execução destas boas práticas:

A importância de que os entes públicos disponibilizem informações contábeis transparentes e comparáveis, que sejam compreendidas por analistas financeiros, investidores, auditores, contabilistas e demais usuários independentemente de sua origem e localização;

Que a adoção de boas práticas contábeis fortalece a credibilidade da informação, facilita o acompanhamento e a comparação da situação econômica-financeira e do desempenho dos entes públicos, possibilita a economicidade e eficiência na alocação de recursos;

Com a exigência do PCASP (Plano de Contas Aplicado ao Setor Público) por portaria da Secretaria do Tesouro Nacional (STN) como órgão competente que é, os entes públicos tornaram-se obrigados a utilizar esta estrutura para realizar as suas escriturações contábeis.

Este novo rol de contas, além de ser mais extenso é norteado pelas Normas Brasileiras de Contabilidade (NBCTs) onde estas direcionam uma norma específica para tratar de registros contábeis (NBCT 16.5). Registros contábeis estes que visam adotar o regime de competência integral para a contabilidade patrimonial, que passa a registrar os fatos administrativos na ocorrência do fato gerador, não importando o momento do recebimento ou pagamento (ANDRADE, 2007).

Diante deste contexto, torna-se cabível para esta obra, destacar as formalidades do registro contábil o qual esta norma conceitua (dentre outras):

(c) Confiabilidade - o registro e a informação contábil devem reunir requisitos de verdade e de validade que possibilitem segurança e credibilidade aos usuários no processo de tomada de decisão.

(d) Fidedignidade - os registros contábeis realizados e as informações apresentadas devem representar fielmente o fenômeno contábil que lhes deu origem.

(f) Integridade - os registros contábeis e as informações apresentadas devem reconhecer os fenômenos patrimoniais em sua totalidade, não podendo ser omitidas quaisquer partes do fato gerador.

Nota-se que o zelo pelo registro contábil é fortalecido pelas normas regidas pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC). Toda e qualquer transação procedida na administração que seja passível de escrituração deve ser procedida de forma integral não admitindo-se qualquer hipótese de omissão.

É fato afirmar que o processo de convergência já mencionado veio a dar maior dinamicidade nos registros contábeis oriundos das respectivas transações. Por intermédio de seus subsistemas “Patrimonial”, “Orçamentário”, “Compensação” e “Custos” um único fenômeno pode até realizar registros em três destes subsistemas.

Tal dinamicidade possui um objetivo central. A NBCT 16.1, por intermédio do objetivo da Contabilidade Aplicada ao Setor Público dá ênfase neste objetivo:

O objetivo da Contabilidade Aplicada ao Setor Público é fornecer aos usuários informações sobre os resultados alcançados e os aspectos de natureza orçamentária, econômica, financeira e física do patrimônio da entidade do setor público e suas mutações, em apoio ao processo de tomada de decisão; a adequada

prestação de contas; e o necessário suporte para a instrumentalização do controle social.

Fica evidente, portanto, que a qualidade e a dinamicidade proposta pelos novos métodos de escrituração contábil visam proporcionar informações relevantes e objetivas para os interessados nos resultados obtidos pela contabilidade.

Neste contexto, o foco sobre a necessidade de eficiente operacionalização sobre a contabilidade fica sobre o profissional contábil. Assim, com esta responsabilidade atribuída, cabe ao contabilista se cercar de artefatos e de bases de conhecimento que lhe auxiliarão na operação de sua contabilidade.

### **3 AS ATRIBUIÇÕES DO CONTABILISTA CONFORME O CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC)**

O conselho profissional que fiscaliza, normatiza e orienta os profissionais e as práticas que devem ser exercidas perante a linha de negócio contábil é o Conselho Federal de Contabilidade (CFC). Sendo que para uma maior abrangência e pela necessidade de estar mais perto dos contabilistas registrados a este conselho, cada estado possui um Conselho Regional predominante (CRCs).

Fica claro que o CFC é o órgão majoritário tratando-se de temas relacionados a contabilidade geral, independentemente de sua área específica de atuação. Seja ela empresarial, pública, para cooperativas, entre outras.

No âmbito público, há um outro órgão que também participa do processo de normatização e orientação da Contabilidade Aplicada ao Setor Público, a Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Esta secretaria faz parte do sistema de Contabilidade Federal e possui os seguintes objetivos (Decreto 6976/2009, art. 4º):

- I - a padronização e a consolidação das contas nacionais;
- II - a busca da convergência aos padrões internacionais de contabilidade, respeitados os aspectos formais e conceituais estabelecidos na legislação vigente; e
- III - o acompanhamento contínuo das normas contábeis aplicadas ao setor público, de modo a garantir que os princípios fundamentais de contabilidade sejam respeitados no âmbito do setor público.

Com o ditame acima fica evidente que não confunde-se as atribuições do CFC com as da STN. A Secretaria do Tesouro Nacional visa auxiliar e complementar as normas já expostas pelo referido Conselho visando a padronização a nível nacional das contas públicas para que se possibilite uma qualificada consolidação de contas nas três esferas de governo (Federal, Estadual e Municipal).

Portanto, é possível interpretar que a referida secretaria Federal possui como principal papel o ato de “consolidar” e o Conselho Federal Contábil o papel de “Normatizar” os serviços/práticas contábeis exercidas pelos profissionais competentes.

O Decreto-Lei 9.295/1946 o qual “deu vida” ao conselho profissional de contabilidade, também estabeleceu quem são os profissionais que exercerão e responderão pelos serviços contábeis de um ente:

Art. 12. Os profissionais a que se refere este Decreto-Lei somente poderão exercer a profissão após a regular conclusão do curso de Bacharelado em Ciências Contábeis, reconhecido pelo Ministério da Educação, aprovação em Exame de Suficiência e registro no Conselho Regional de Contabilidade a que estiverem sujeitos.

§ 1º O exercício da profissão, sem o registro a que alude este artigo, será considerado como infração do presente Decreto-lei.

§ 2º Os técnicos em contabilidade já registrados em Conselho Regional de Contabilidade e os que venham a fazê-lo até 1o de junho de 2015 têm assegurado o seu direito ao exercício da profissão.

O título de profissão “contabilista” utilizado por vezes nesta pesquisa, é fundamentado no dispositivo legal acima. Quem deve exercer a referida profissão são bacharéis e até então os técnicos em contabilidade. Profissionais estes que o mesmo decreto atribui responsabilidades, dentre outras:

- a) organização e execução de serviços de contabilidade em geral;
- b) escrituração dos livros de contabilidade obrigatórios, bem como de todos os necessários no conjunto da organização contábil e levantamento dos respectivos balanços e demonstrações;

Tão quanto foi criado o Conselho Federal de contabilidade, o referido ditame tratou de dar direcionamento e atribuições ao profissional que quiser exercer a profissão de contabilista. Tamanha é a responsabilidade perante

aos seus deveres, que a mesma norma ainda destaca em seu artigo 20:

Parágrafo único. Para fins de fiscalização, ficam os profissionais obrigados a declarar, em todo e qualquer trabalho realizado e nos elementos previstos neste artigo, a sua categoria profissional de contador ou guarda-livros, bem como o número de seu registro no Conselho Regional.

É totalmente perceptível no discorrer desta pesquisa legal, que a abordagem “Registro contábil” é constante e verdadeira na rotina de um usuário da contabilidade. É nele que são registrados todos os atos e fatos que darão por consequência os resultados esperados pelos interessados nas informações contábeis. A atribuição de registrar contabilmente uma transação é reiterada pela Resolução 560/93 do CFC o qual trata das prerrogativas do profissional contábil:

Art. 3º São atribuições privativas dos profissionais da contabilidade:

(...)

9) escrituração regular, oficial ou não, de todos os fatos relativos aos patrimônios e às variações patrimoniais das entidades, por quaisquer métodos, técnicas ou processos;

10) classificação dos fatos para registros contábeis, por qualquer processo, inclusive computação eletrônica, e respectiva validação dos registros e.

11) abertura e encerramento de escritas contábeis;

12) execução dos serviços de escrituração em todas as modalidades específicas, conhecidas por denominações que informam sobre o ramo de atividade, como contabilidade bancária, contabilidade comercial, contabilidade de condomínio, contabilidade industrial, contabilidade imobiliária, contabilidade macroeconômica, contabilidade de seguros, contabilidade de serviços, contabilidade pública, contabilidade hospitalar, contabilidade agrícola, contabilidade pastoril contabilidade das entidades de fins ideais, contabilidade de transportes, e outras;

Art. 4º O contabilista deverá apor sua assinatura, categoria pro-

fissional e número de registro no CRC respectivo, em todo e qualquer trabalho realizado.

Independente da área de atuação e da ferramenta de trabalho, quem opera e responde pelo que se escritura é o contabilista. Responsabilidade esta que deve ser zelada e fortalecida, tanto que o Código de Ética Profissional do Contador (Resolução 803/96 do CFC) orienta este “poder de defesa”:

Art. 2o São deveres do Profissional da Contabilidade:  
(...)

III - zelar pela sua competência exclusiva na orientação técnica dos serviços a seu cargo;

O que se apresenta no desenrolar deste trabalho é a efetiva importância que o profissional contábil possui diante da organização o qual ele realiza os seus trabalhos. A fidedignidade e confiabilidade dos resultados obtidos são de inteira responsabilidade deste profissional.

Em uma visão autoprofissional, é preciso segurar-se de seus direitos e deveres tanto quanto utilizar de métodos e ferramentas que lhe darão efetiva eficiência na execução de seus serviços. Dentre as ferramentas, se encontra o software contábil.

#### **4 PADRÕES MÍNIMOS DE QUALIDADE E SEGURANÇA REQUISITADOS AO SISTEMA INFORMATIZADO CONTÁBIL**

Pautada a importância de uma solução tecnológica que auxilie o profissional contábil na operação das suas atividades, é preciso buscar em fundamentações legais quais as efetivas atribuições deste sistema em torno da rotina contábil de uma administração pública.

Prudentes a esta pesquisa, encontram-se dois ditames o qual dão real entendimento sobre as funções de um software contábil no âmbito público. São elas:

- Decreto federal 7185/2010: Escabele o padrão mínimo de qualidade do sistema;

- Portaria 548/2010 do Ministério da Fazenda: Dispõe sobre os requisitos mínimos de segurança e contábeis do sistema.

Tais legislações foram promulgadas juntamente com todo o lote normatizações e orientações voltadas ao processo de convergência da contabilidade aplicada ao setor público (CASP). Era preciso portanto, além de organizar os procedimentos contábeis a serem executados, zelar pelas ferramentas que processariam estes dados e os guardaria.

Abaixo se aponta características relevantes das referidas fundamentações legais que merecem destaque diante da análise procedida perante ao tema em pauta desta obra:

Publicação em tempo real das informações contábeis aos interessados nas informações (Decreto 7185/2010):

Art. 2º O sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada ente da Federação, doravante denominado SISTEMA, deverá permitir a liberação em tempo real das informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira das unidades gestoras, referentes à receita e à despesa, com a abertura mínima estabelecida neste Decreto, bem como o registro contábil tempestivo dos atos e fatos que afetam ou possam afetar o patrimônio da entidade.

- Segurança no armazenamento dos dados (Portaria 548/2010):

Art. 3º O registro das operações de inclusão, exclusão ou alteração de dados efetuadas pelos

I - código do usuário;

II - operação realizada; e

III - data e hora da operação.

Parágrafo único. Para fins de controle, a consulta aos registros das operações a que se refere o caput estará disponível com acesso restrito a usuários autorizados.

(...)

Art. 5º A base de dados do SISTEMA deverá possuir mecanismos de proteção contra acesso direto

(...)

Art. 6º Deverá ser realizada cópia de segurança periódica da base de dados do SISTEMA que permita a sua recuperação em caso de incidente ou falha, sem prejuízo de outros procedimentos.

- Ser compatível com as normas contábeis (Portaria 548/2010):

Art. 7º O SISTEMA deverá ser desenvolvido em conformidade com as normas gerais para consolidação das contas públicas editadas pelo órgão central de contabilidade da União, relativas à contabilidade aplicada ao setor público e à elaboração dos relatórios e demonstrativos fiscais e permitir:

- Permitir a inserção de registro contábeis pelos usuários (Portaria 548/2010):

Art. 8º O SISTEMA deverá permitir o registro, de forma individualizada, dos fatos contábeis que afetem ou os atos que possam afetar a gestão fiscal, orçamentária, patrimonial, econômica e financeira.

- Listar os demonstrativos contábeis legalmente vigentes (Portaria 548/2010):

Art. 10. O SISTEMA, a partir dos registros contábeis, deverá:  
I – gerar, em conformidade com o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público aprovado pela Secretaria do Tesouro Nacional, o Diário, o Razão, e o Balancete Contábil;  
II – permitir a elaboração das demonstrações contábeis, dos relatórios e demonstrativos fiscais,  
Parágrafo único. Dos documentos de que trata este artigo, constarão a identificação do SISTEMA.

Percebe-se que são muitos os requisitos legais para uma solução tecnológica operar de acordo com o normatizado. Qualquer ente terceirizado que queira ingressar neste ramo, deve estar atento as normas acima citadas. Cabe citar também, que o contabilista também deve estar atento a estes ditames para saber escolher um produto com qualidade e que lhe dê efetivas condições de trabalho com qualidade e segurança.

## CONCLUSÃO

A linha de raciocínio elaborada no decorrer deste trabalho, evidenciou que o responsável por inserir os registros contábeis e responder (assinar) pelos resultados obtidos pelos demonstrativos é o profissional contábil devidamente regulamentado.

Nos dias de hoje é recomendável que o contabilista tenha esta percepção para que não atribua indevidamente estas atividades a um software contábil, visto que a luz da legislação não é pertinente e cabível este direcionamento.

A confiabilidade em um sistema não pode significar na omissão de conferências e validações nos processamentos e resultados obtidos diante dos dados contábeis. O contador deve se posicionar diante de uma solução tecnológica de tal forma onde remeta a ela a automatização de operações previamente configuradas, segurança na guarda dos dados e total aderência as normas vigentes.

É fato que atualmente é praticamente impossível trabalhar com a contabilidade sem a utilização de um sistema computadorizado. Porém, é preciso refletir sobre a força que o profissional contábil possui perante as suas responsabilidades. Pois é ele quem configura o sistema para realizar as operações, processamentos e vislumbre de dados e resultados. Como consequência o repasse dos resultados obtidos aos gestores, cidadãos e demais interessados nestas informações fica sob sua responsabilidade. É válido destacar que o ponto de vista apresentado não minimiza a importância de um software contábil no âmbito operacional e gerencial. E sim, fortalece a grande importância que o papel do contabilista possui dentro de uma organização.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Nilton de Aquino. **Contabilidade Pública na Gestão Municipal**. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de março de 1964. Normas Gerais de Di-

reito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Poder Legislativo, Brasília, DF, 23 de março de 1964.

FEIJÓ, PAULO Henrique; RIBEIRO, Carlos Eduardo. **Entendendo o Plano de Contas Aplicado ao Setor Público**. Brasília: Editora Gestão Pública, 2014.

MCASP - **Manual de Contabilidade Pública - Parte II** - Procedimentos Contábeis Patrimoniais, 5a edição, Secretaria do Tesouro Nacional, Julho/2012.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Correa de. ROSSI, Sérgio Ciquera. A Lei 4.320 no contexto da lei de responsabilidade fiscal. São Paulo: Editora NDJ, 2005.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7185, de 27 de maio de 2010. Dispõe sobre o padrão mínimo de qualidade do sistema integrado de administração financeira e controle, no âmbito de cada ente da Federação, nos termos do art. 48, parágrafo único, inciso III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências, Casa Civil, Brasília, DF, 27 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6,976, de 7 de outubro de 2009. Dispõe sobre o Sistema de Contabilidade Federal e dá outras providências, Casa Civil, Brasília, DF, 7 de outubro de 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 9.295 de 27 de maio de 1946. Cria o Conselho Federal de Contabilidade, define as atribuições do Contador e do Guarda-livros e dá outras providências, Casa Civil, Rio de Janeiro, DF, 27 de maio de 1946.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar no 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providencias, Casa Civil, Brasília, DF, 5 de maio de 2000.

\_\_\_\_\_. Resolução Nº 1.128/08. Aprova a NBC T 16.1 - Conceituação, objeto e Campo de Aplicação. Conselho Federal de Contabilidade.

\_\_\_\_\_. Resolução Nº 1.131/08. Aprova a NBC T 16.4 - Transações no Setor Público. Conselho Federal de Contabilidade.

\_\_\_\_\_. Resolução Nº 1.132/08. Aprova a NBC T 16.5 - Registro Contábil. Conselho Federal de Contabilidade.

\_\_\_\_\_. Resolução Nº 560/83. Dispõe sobre as prerrogativas profissionais de que trata o artigo 25 do Decreto-lei no 9.295, de 27 de maio de 1946. Conselho Federal de Contabilidade.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 184, de 25 de agosto de 2008. Dispõe sobre as diretrizes a serem observadas no setor público (pelos entes públicos) quanto aos procedimentos, práticas, elaboração e divulgação das demonstrações contábilis, de forma a torná-los convergentes com as Normas Internacionais de Contabilidade Aplicadas ao Setor público, Ministério da Fazenda, Brasília, DF, 26 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 548, de 22 de novembro de 2010. Estabelece os requisitos mínimos de segurança e contábeis do sistema integrado de administração financeira e controle utilizado no âmbito de cada ente da Federação, adicionais aos previstos no Decreto no 7.185, de 27 de maio de 2010, Ministério da Fazenda, Brasília, DF, 22 de novembro de 2010.

## A coletivização das demandas como forma de tornar mais efetiva e célere a atuação dos Tribunais de Contas no exercício de suas competências

The collectivization of demands as a means to increase the efficiency and swiftness of the performance of the Courts of Accounts

Ediara de Souza Barreto<sup>1</sup>

### RESUMO

Tendo em vista o incremento de funções atribuídas pela Constituição de 1988 ao Tribunal de Contas da União e, por simetria, aos Tribunais de Contas Estaduais e Municipais, bem como os problemas estruturais comumente verificados nestes órgãos, este artigo busca analisar a possibilidade de, quando possível, “coletivizar” as demandas que lhes são submetidas, exercendo-se a função fiscalizatória em face de representantes coletivos quando a natureza dos direitos ou interesses discutidos superar o plano meramente individual. Partindo do pressuposto de que os processos em trâmite perante os tribunais de contas enquadram-se no conceito de “litigação de interesse público” (*public law litigation*) e, por outro lado, são regidos pelo princípio do informalismo, entende-se não haver óbice à possibilidade aventada. Com isso, busca-se imprimir maior racionalidade ao exercício das competências constitucionais e legais atribuídas às Cortes de Contas, promovendo uma atuação mais efetiva, célere e apta a realizar de forma mais eficaz o resguardo ao erário público e a observância aos princípios da Administração Pública.

**Palavras-Chave:** Cortes de contas. Processo administrativo. Processo coletivo. Legitimidade processual. Direitos transindividuais.

### ABSTRACT

Taking into account the increased functions attributed by the Constitution of

<sup>1</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia, atuando como servidora no Ministério Público do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia junto à Procuradoria-Geral. E-mail: ediarabarreto@gmail.com

1988 to the Court of Accounts of the Union and, by symmetry, to the State and Municipal Courts of Accounts, as well as the structural problems commonly verified in these institutions, this article aims to analyze the possibility of, whenever possible, collectivizing the demands to them submitted. In that way, the auditing duty would be exercised in the presence of collective representatives when the nature of the rights or interests discussed surpasses the individual level. Assuming that claims within the Courts of Accounts fit the concept of public law litigation, and that they are guided by the principle of informality, there should be no obstacle to the aforementioned possibility. As a result, there is a quest for more rationality in the exercise of the constitutional and legal competencies attributed to the Courts of Accounts, promoting a performance that is swifter, more effective, and capable of realizing in the most efficient manner the protection of the public treasury and the observance of the principles of public administration.

**Keywords:** Courts of accounts. Administrative procedure. Collective procedure. Procedural legitimacy. Transindividual rights.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao longo da história constitucional brasileira, o Tribunal de Contas da União e, por simetria, as cortes de contas estaduais e municipais, têm recebido um número cada vez maior de competências, bastante distintas entre si, fazendo-se necessário promover um crescente aparelhamento institucional e técnico. A título exemplificativo, vale citar o quão díspares são atribuições de elaborar parecer prévio referente às contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, promover o registro dos atos de admissão de pessoal e das concessões de aposentadoria, reformas e pensões e sustar a execução de atos administrativos ilegais, respectivamente previstas nos incisos I, III e X do art. 71 da Constituição Federal.

Ademais, diversos diplomas normativos têm ampliado este rol, tal como a Lei nº 8.666/93, que, em seu art. 113, atribui aos tribunais de contas o controle sobre as despesas decorrentes dos contratos administrativos, legitimando qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica a representar acerca de possíveis irregularidades (art. 113, §1º). De igual sorte, a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe a observância de inúmeros aspectos pertinentes à gestão equilibrada dos recursos públicos, cabendo às respectivas cortes

analisar aspectos pertinentes aos gastos com pessoal, execução orçamentária, alcance de metas, arrecadação de receitas, dentre outros<sup>2</sup>.

Para atender a todas estas demandas, faz-se necessária a instituição de múltiplos procedimentos, a estruturação de órgãos especializados e, por óbvio, a destinação de mais recursos, o que se revela bastante problemático em face aos já vultosos gastos com a máquina estatal em todas as instâncias federativas e à necessidade de implementação das mais diversas políticas públicas.

A par disso, em termos quantitativos, o número de processos em trâmite perante os tribunais de contas é elevadíssimo, não sendo exagerado afirmar ser praticamente impossível o exercício pleno da fiscalização e controle. No Estado da Bahia, por exemplo, cabe ao Tribunal de Contas dos Municípios emitir parecer prévio referente às contas de 417 prefeituras e julgar as contas de 417 Câmaras de Vereadores anualmente, sendo que, nos termos do art. 55 do seu Regimento Interno<sup>3</sup>, as mesmas devem ser encaminhadas até o dia 15 de junho do ano subsequente ao que se referem e analisadas até o fim deste mesmo ano.

Ou seja, no exercício de apenas duas das suas competências, o TCM-BA possui menos de seis meses para apreciar 834 processos, cujos volumes e complexidade demandam especial atenção e apuro técnico.

Ainda é imprescindível recordar que o incremento das atribuições conferidas às cortes de contas, como regra, não foi acompanhado do aperfeiçoamento das respectivas disciplinas normativas e regulamentações, o que tem gerado diversos questionamentos judiciais, sobretudo acerca da inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa nos seus procedimentos.

Diante desse panorama, iniciativas de racionalização e eficiência do trabalho fiscalizatório exercido pelos tribunais de contas tornam-se impres-

2 Nos termos do art. 59, §3º, da LC nº 101/00, compete ainda ao Tribunal de Contas da União a verificação quanto ao cumprimento das vedações impostas ao Banco Central nas suas relações com ente da federação. Ademais, Benjamin Zymler (2013, p. 175) lembra ainda que, a partir de 1997, as Leis de Diretrizes Orçamentárias da União têm atribuído ao TCU a obrigação de remeter informações gerenciais acerca da execução dos subprojetos mais relevantes contidos nos orçamentos fiscal e da seguridade social à Comissão Mista Permanente de Deputados e Senadores prevista no art. 166, §1º, da Constituição Federal, agregando ainda mais funções ao seu extenso rol de competências.

3 Disponível em: « <http://www.tcm.ba.gov.br/tcm/leiorg.shtml> ». Acesso em 27 out. 2014.

cindíveis para que estes possam desenvolver de forma satisfatória o exercício das suas competências constitucionais e legais.

Nesse sentido, a proposta deste artigo consiste em “coletivizar” as demandas referentes a direitos e interesses que digam respeito não apenas a indivíduos isolados, mas a grupos ou categorias de pessoas. A título exemplificativo, quando o tribunal de contas analisar a legalidade de determinada verba remuneratória recebida por uma categoria de servidores, ao invés de instaurar processos individuais ou convocar todos os agentes para se manifestar num procedimento único, poderia demandar uma associação representativa da categoria, conferindo maior eficácia e agilidade à apreciação da questão sem descuidar dos direitos e garantias processuais dos representados.

Conforme será exposto, entende-se que esta possibilidade é perfeitamente adequada e compatível com os ritos dos processos administrativos em trâmite perante as cortes de contas, especialmente por conta de a própria função de controle externo e a proteção ao erário público possuírem caráter inequivocamente transindividual.

## **2 DA COMPREENSÃO DO PROBLEMA**

Conforme lição de José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 152), a Administração Pública realiza as suas finalidades previstas em lei por meio da adoção de atos e atividades encadeados entre si, praticados por seus agentes ou por terceiros, que constituem o chamado procedimento administrativo, cuja formalização ocorre através do processo administrativo. Sendo necessária a admissão de pessoal, por exemplo, instaura-se o processo de seleção através de concurso público e a posterior convocação dos aprovados. De igual sorte, a contratação de serviços e a compra de bens operam-se, como regra, através do processo licitatório ou, noutra quadra, a imposição de sanções aos servidores de um órgão se faz mediante processo administrativo disciplinar.

Considerando os inúmeros e mais variados fins atribuídos ao Poder Público, inúmeros e variados serão os procedimentos a serem observados, dotados das especificidades que lhes são pertinentes. Tais particularidades, inclusive, não se justificam apenas em razão de serem necessárias ao alcance de múltiplas finalidades, mas principalmente como forma de resguardar o interesse dos indivíduos envolvidos. Vale frisar, neste contexto, que o processo

administrativo é conduzido e julgado pela própria Administração Pública, não havendo um terceiro imparcial, como ocorre nos processos judiciais, o que reforça a observância de certas garantias.

Conforme salienta a doutrina especializada no estudo do processo nos tribunais de contas, o exercício da função fiscalizatória se desenvolve por meio de procedimentos específicos – auditorias, inspeções, denúncias, processos internos de apuração de irregularidades, dentre outros –, marcados essencialmente pelo fato de que a relação processual se estabelece entre a Corte e o gestor fiscalizado, responsável pela execução da despesa ou pelo ato impugnado.

Nesse sentido, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2012, p. 706) afirma que “é sobre o agente público ou particular jungido ao dever de prestar contas – sujeito da jurisdição – que o controle externo atua”, ressaltando a possibilidade de “em decorrência do exame do ato, que a ordem expedida, indiretamente, alcance terceiro”.

Tal fato já fora reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, de sorte que, em sede de provimento liminar, foram traçadas as seguintes considerações:

Ao indeferir a medida acauteladora, **assentei inexistir vício no procedimento em curso perante o Tribunal de Contas da União por suposta violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, considerada a dinâmica própria ao exercício do controle externo em processo de auditoria, a envolver apenas os órgãos fiscalizador e fiscalizado.** Consignei, ainda, que os servidores teriam asseguradas as garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal nos procedimentos administrativos instaurados na origem contra si visando à adoção das providências preconizadas, momento em que a respectiva esfera jurídica será eventualmente afetada.

**A circunstância de a Câmara dos Deputados ter deliberado pelo cumprimento imediato das determinações do Tribunal de Contas em nada macula a decisão atacada nesta demanda.** A ofensa às citadas prerrogativas no trâmite deflagrado pela Casa Legislativa, caso existente, repercutiria apenas sobre a validade dos atos nele praticados, não alcançando aqueles formalizados anteriormente.

(MS 32493 MC-ED/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 18/03/14, DJE-63 divulgado em 28/03/14 publicado em 31/03/14). (Grifos acrescidos).

Neste caso, tratou-se mandado de segurança coletivo interposto pelo

Sindicato do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União contra decisão do TCU que, em auditoria, constatou o pagamento de remuneração acima do teto constitucional a servidores da Câmara dos Deputados, determinando a adoção de providências voltadas ao cumprimento do disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal<sup>4</sup>.

Segundo sustentado pelo impetrante, haveria violação ao contraditório e à ampla defesa dos funcionários afetados pela medida, porquanto, não obstante a repercussão do ato nas suas respectivas esferas jurídicas, estes não foram integrados à relação processual administrativa, havendo manifestação apenas do Diretor-Geral e do Secretário-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados.

Por sua vez, ao considerar a inviabilidade da convocação de todos os possíveis afetados, invocada pelo impetrado, o Ministro Relator consignou que não haveria vícios no procedimento de auditoria, devendo o contraditório e a ampla defesa serem exercidos nos processos individuais instaurados pela própria Câmara ao proceder à redução da parcela remuneratória excedente em relação ao teto constitucional.

Apesar de parecer justo, em razão de contemplar os princípios processuais mencionados, tal solução apenas “transferiu” a responsabilidade quanto à resolução do problema de um órgão para o outro, permanecendo a questão relativa à viabilidade/operabilidade de a Casa Legislativa instaurar, processar e julgar individualmente a situação funcional de cada servidor, especialmente se for numeroso o seu quadro funcional. Ademais, não se pode deixar de destacar que, a rigor, os agentes públicos não puderam efetivamente participar e influenciar a decisão do Tribunal de Contas da União, restan-

---

4 Art. 37. XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

do-lhes apenas a possibilidade de discutir aspectos pontuais em relação ao referido comando, o que mitiga de certa forma o seu direito de manifestação.

Assim, a despeito das peculiaridades referentes aos procedimentos em trâmite nas cortes de contas, é inequívoca a constatação de que, em certos casos, as decisões proferidas possuem efeitos que transcendem as partes da relação processual originária, atingindo a esfera jurídica de terceiros, os quais, por óbvio, são titulares do direito de se manifestar. Por conta disso, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante nº 3<sup>5</sup>, garantindo-lhes o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse contexto, Benjamin Zymler (2012, p. 256) destaca que, no âmbito do TCU, há duas figuras principais – o responsável e o interessado –, sendo este definido em função de possuir alguma razão legítima para intervir no processo. Ressalvada a possibilidade de responsabilização solidária (art. 25, §2º, Lei nº 8.666/93<sup>6</sup>), seria o caso, por exemplo, de empresa contratada pela Administração Pública que ingressa no feito no qual se discute a conformidade legal do processo licitatório por meio do qual foi selecionada.

As implicações práticas desse raciocínio, todavia, precisam ser consideradas. Como dito, são muitas e bastante diversas as competências atribuídas às cortes de contas, o que se agrava diante da enorme quantidade de demandas e da insuficiente estrutura destes órgãos. Em boa parte das situações, inclusive, seria bastante inviável o chamamento de todos os interessados, embaraçando o funcionamento dos tribunais e, com isso, o próprio reguardo à higidez do erário.

Imagine-se, a título exemplificativo, que o Tribunal de Contas de um Estado foi provocado a se manifestar quanto à legalidade de despesas relativas a um concurso no qual foram convocados mais de mil candidatos. Desse modo, além dos agentes responsáveis pela condução do certame e execução dos gastos, o direito de intervir na decisão proferida deveria ser garantido a todos os aprovados, o que certamente demandaria elevado tempo e recursos huma-

5 *“Nos processos perante o tribunal de contas da união asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão”.*

6 Art. 25. § 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

nos e financeiros. Como citado anteriormente, também poderia ser o caso de discussão referente ao pagamento ilegal de determinada verba remuneratória a uma dada categoria de servidores estaduais, não se afigurando legítima a suspensão do pagamento desta parcela sem que os seus beneficiários fossem ouvidos, tampouco viável a promoção individual da defesa deste interesse.

Em ambos os casos, somente duas soluções podem ser aventadas: (i) os interessados não seriam ouvidos em virtude da impossibilidade estrutural e física do tribunal de contas competente; (ii) ser-lhes-ia assegurado o direito de manifestação processual em sede administrativa, mas tribunal levaria anos para julgar o feito ou precisaria paralisar boa parte das suas atividades para apresentar uma resposta em tempo minimamente hábil. Qualquer das soluções, como se pode perceber, possui consequências igualmente prejudiciais, seja porque haveria verdadeiro tumulto processual, seja porque se terá violado o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF<sup>7</sup>).

Em casos como esses, entende-se que a providência processual que se afiguraria adequada para contemplar todos os princípios citados seria a notificação de entidades coletivas para a atuação em nome dos seus representados<sup>8</sup>, na defesa dos seus interesses. Tratar-se-ia, pois, de uma espécie de coletivização das demandas no âmbito dos tribunais de contas, o que se revela plenamente possível, conforme se passa a demonstrar.

### 3 DA POSSIBILIDADE DE COLETIVIZAÇÃO

No âmbito do Processo Civil, a coletivização das demandas e, portanto, o surgimento e fortalecimento das chamadas “ações coletivas”, ocorreram principalmente em decorrência da redemocratização e da emergência do “Estado Constitucional de 1988”, criando-se um ambiente propício para a tutela de “novos direitos”, relacionados sobretudo com a proteção ao patrimônio público, ao meio ambiente, às minorias e ao consumidor (DIDIER JR., 2011, p. 30-31).

7 Art. 5º LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

8 Nos exemplos citados, poderiam ser chamados a se manifestar nos respectivos processos sindicatos ou associações representativas das categorias de servidores afetados e de “concurseiros” (ANDACON – Associação Nacional de Concurseiros, ANPAC – Associação Nacional de Proteção e Apoio aos Concurseiros, dentre outros).

A par disso, do ponto de vista sociológico e de política judiciária, buscou-se potencializar o acesso à justiça e a economia processual (LEAL, 1998, p. 19-21), constatando-se a necessidade de adoção de soluções processuais para uma sociedade de massas geradora de uma “*litigiosidade de massa*” (DIDIER JR., 2011, p. 44).

Ao tratar do processo jurisdicional coletivo, Fredie Didier Junior (2011, p. 44) traz a seguinte definição:

Nesse sentido, conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo lato sensu ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

No cerne deste conceito, o autor identifica que a demanda coletiva traduz espécie de “*litigação de interesse público*” (*public law litigation*), superando os interesses individuais e envolvendo “*aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade*” (DIDIER JR., 2011, p. 37). Nesse diapasão, inclusive, sustenta a sua função de oferecer respostas estabilizadoras dos conflitos e de defesa do interesse público primário, consistente na atuação estatal em benefício do “*corpo social*” (DE MELLO, 2010, p. 98).

Segundo Márcio Leal Mafra (1998, p. 17), as ações coletivas possuem duas características principais, tais sejam: *i*) uma ou mais pessoas atuam como representantes dos direitos e interesses de indivíduos pertencentes a uma classe ou titularizados pela coletividade; e *ii*) a extensão da coisa julgada a terceiros que formalmente não fazem parte do processo em razão da vinculação do comando sentencial.

Para Fredie Didier Junior (2011, p. 42), ainda é preciso pontuar a natureza e a relevância dos bens jurídicos envolvidos, as dimensões ou características da lesão ou ameaça de lesão impugnada e o elevado número de pessoas atingidas, fazendo-se necessário identificar o legítimo representante dos interesses do grupo/coletividade.

No direito brasileiro, os exemplos mais importantes se referem à ação popular, à ação civil pública, ao mandado de segurança coletivo e à ação de improbidade administrativa. Ademais, conforme ressalta o autor (DIDIER JR.,

2011, p. 45), há doutrinadores que conferem esta natureza às ações diretas de controle de constitucionalidade.

Com pequenas divergências, de modo geral a doutrina se vale da classificação feita pelo Código de Defesa do Consumidor, nos incisos do seu art. 81<sup>9</sup>, e entende pelo cabimento de ações coletivas em se tratando de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Os primeiros caracterizam-se por pertencerem a uma comunidade, considerada enquanto “*unidade sem personalidade jurídica*”, enquanto os demais marcam-se por serem “*direitos individuais sob tratamento coletivo*”, referindo-se a uma classe cujos direitos processualmente são tratados de maneira uniforme em razão da existência de uma relação jurídica uniforme ou de sua origem comum (LEAL, 1998, p. 43-44).

No que toca aos processos em trâmite perante os tribunais de contas, desde logo desponta o seu inegável caráter de interesse público, sendo possível enquadrá-los com algumas adaptações ao conceito apontado por Fredie Didier Junior. Com efeito, ao instaurar procedimentos com o fito de exercer a sua função de auxiliar o controle externo levado a cabo pelo Poder Legislativo, tais cortes acabam por realizar verdadeira proteção do patrimônio público – interesse transindividual por excelência –, além de atuarem como órgãos de fiscalização quanto à observância dos princípios da Administração Pública, cujas lesões atingem a esfera jurídica de toda a coletividade, superando, inclusive, os interesses da pessoa jurídica lesada diretamente.

Desse modo, ao julgar as contas de determinado gestor e eventualmente imputar-lhe débito relativo a desvio de recursos, por exemplo, o tribunal não está simplesmente assegurando a hígidez do erário municipal, estadual ou federal, a depender da sua competência, cabendo-lhe principalmente resguardar o direito de toda a sociedade de que os recursos sejam aplicados

---

9 Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

da forma adequada e prevista em lei, identificado por alguns autores como sendo o “*direito fundamental à boa administração*”<sup>10</sup>.

Nesse sentido, inclusive, vale pontuar as mudanças operadas pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa)<sup>11</sup>, que estabelece como hipótese de inelegibilidade a rejeição de contas por irregularidade insanável que configure improbidade administrativa, conferindo importante realce ao papel dos tribunais de contas na defesa da moralidade pública e, por consequência, da própria ordem democrática e do Estado de Direito.

Em seguida, observa-se que o tema relativo à tutela coletiva não é totalmente estranho às cortes de contas, na medida em que o art. 74, §2º, da Constituição Federal conferiu a qualquer partido político, associação ou sindicato – instituições essencialmente coletivas e constitucionalmente legitimadas a promover a defesa de interesses transindividuais em diversas hipóteses – a legitimidade para denunciar-lhes a ocorrência de irregularidades ou ilegalidades.

Desse modo, apesar de não se tratar propriamente de *legitimidade ad causam* ativa, uma vez que caberá aos tribunais de contas a decisão quanto à instauração do respectivo procedimento, cria-se a obrigação de, ao menos, proceder à investigação dos fatos noticiados por tais legitimados e, diante da existência de indícios mínimos de autoria e materialidade, não poderia o tribunal furtar-se ao exame da sua pertinência.

Por fim, não se vislumbra qualquer óbice acerca da possibilidade de “demandar” coletivamente no âmbito das cortes de contas. Como dito, nos processos em trâmite perante tais órgãos podem figurar responsáveis e interessados, ambos com direito de manifestação processual na defesa dos seus direitos e interesses, não havendo impedimentos legais ou constitucionais quanto ao fato de esta manifestação ocorrer por meio de legitimados coleti-

10 Nesse sentido, Juarez de Freitas (2009, p. 17-27 e 41).

11 Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º. São inelegíveis:

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”.

vos, especialmente por se tratar de processos administrativos, regidos pelo princípio do informalismo<sup>12</sup> e despidos de definitividade.

Nesse sentido, vale ressaltar que a obrigatoriedade quanto à prestação de contas foi imposta de forma ampla a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais o ente federativo responda, ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária (art. 70, parágrafo único, CF).

Ademais, no rol de direitos fundamentais, a Constituição Federal ainda conferiu às entidades associativas, a legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente quando expressamente autorizadas (art. 5º, XXI). Inclusive, no âmbito do administrativo, já existe permissivo constitucional para os sindicatos atuarem na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria à qual lhes caiba a representação<sup>13</sup>.

Noutra quadra, não custa recordar que o devido processo legal confere ao órgão julgador a possibilidade de, no caso concreto, adaptar o procedimento às peculiaridades da causa e do direito material submetidos à sua apreciação. Trata-se do chamado princípio da adequação do processo, o qual, segundo leciona Fredie Didier (2013, p. 86), permite corrigir *“o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não previr o contraditório, deve o magistrado determiná-lo, até mesmo ex officio, como forma de efetivação desse direito fundamental)”*.

Assim, mesmo não havendo previsão expressa nas leis orgânicas dos tribunais de contas quanto à possibilidade de convocação de um legitimado coletivo para integrar a relação processual, a existência de um direito ou interesse coletivo lato sensu e a inviabilidade de se oportunizar a sua defesa individualmente autorizam tal adaptação procedimental, impondo-se como medida imprescindível à realização do contraditório, da ampla defesa e do próprio devido processo legal – todos assegurados pela Constituição Federal nas searas judicial e administrativa (art. 5º, LIV e LV).

12 Segundo Maria Sylvia Di Pietro (2002, p. 512), *“informalismo não significa, nesse caso, ausência de forma; o processo administrativo é formal no sentido de que deve ser reduzido a escrito e conter documentado tudo o que ocorre no seu desenvolvimento; é informal no sentido de que não está sujeito a formas rígidas”*.

13 CF, Art. 8º. III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No direito brasileiro, são recentes as discussões em torno da coletivização das demandas e da tutela de interesses transindividuais, em que pese se verifique grande interesse atual por tais temas especialmente no âmbito do processo civil. Desse modo, ainda se faz necessário o aperfeiçoamento doutrinário e legislativo da matéria, emergindo questões relativas à correta identificação do legitimado coletivo adequado para a representação processual, aos efeitos da coisa julgada e à execução das decisões.

Em consequência disso, no que toca aos processos em trâmite perante os tribunais de contas, também é forçoso reconhecer a necessidade de aprimorar o debate e adentrar de forma pormenorizada nos aspectos conceituais e processuais pertinentes, o que fugiria ao escopo deste artigo.

No entanto, mesmo em linhas iniciais, este artigo buscou demonstrar a viabilidade da aplicação dos pressupostos relativos à ação coletiva como forma de tornar mais efetivo e célere o exercício das competências legais e constitucionais atribuídas às cortes de contas e, ao mesmo tempo, preservar os direitos e interesses dos jurisdicionados.

No caso discutido no STF e analisado anteriormente, se o sindicato impetrante do mandado de segurança coletivo tivesse se manifestado antes de o TCU ter proferido o acórdão impugnado, talvez não fosse necessário instaurar processos administrativos individuais na Câmara dos Deputados para garantir o contraditório e a ampla defesa a cada servidor cuja remuneração extrapolasse o teto constitucional, ressalvada a possibilidade de discussão quanto a aspectos particulares e pontuais. A própria demanda judicial, inclusive, poderia ter sido evitada, o que se revela bastante positivo em face à sobrecarga do Poder Judiciário.

É bastante evidente, pois, a relevância do tema da coletivização das demandas na seara do controle externo, sendo promissor o aprofundamento nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federal**, de 5 de maio de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: « [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)». Brasília, 1988. Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101**, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: «[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm)». Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: « [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666compilado.htm)». Acesso em: 24 out. 2014.

BRASIL. **Lei Ordinária nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Brasília, 1990. Disponível em: « [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)». Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em: 24 out. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

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

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 15 ed. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil:** processo coletivo. 6 ed. Salvador: Juspodium, 2011. v. 4.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil:** jurisdição e competência. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. v. 3.

FREITAS, Juarez. **Discricionabilidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração.** São Paulo: Malheiros, 2009. 2 ed. p. 17-27 e 41.

LEAL, Márcio Mafra. **Ações Coletivas:** história, teoria e prática. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle.** 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

## Breve ensaio acerca da posse em cargo, função ou emprego público civil efetivo por militar

Short essay about tenure in office, function or civilian public employment for effective military

**Luiz Eduardo de Paula Ponte<sup>1</sup>**

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as consequências funcionais quando um agente público, investido em um cargo militar, toma posse também em um cargo, emprego ou função pública efetivo. Inicia-se buscando realizar uma leitura acerca das diferenças existentes entre os cargos marcial e civil, com o fito de demonstrar a necessidade de afastar a acumulação daquelas incumbências estatais. Após uma breve passagem pelo supedâneo constitucional que trata do tema, o próprio bloco de constitucionalidade pátrio nos traz as exceções à matéria, revelando-se, por fim, que a jurisprudência vem pacificando, em determinadas hipóteses, a possibilidade do acúmulo entre cargos, empregos ou funções públicas civil e militar, mormente, quando se referir as atividades castrense e da docência.

**Palavras-Chave:** Militar. Posse. Cargo. Emprego. Função. Constituição Federal. Acumulação.

### ABSTRACT

This article aims to analyze the functional consequences when a public official, invested in a military post, also sworn in an office, employment or effective public service. The analysis starts looking to do some reading about the differences between martial and civil positions, with the aim of demonstrating the necessity of removing the accumulation of those state duties. After a brief stint at constitutional footstool that deals with the theme, the block of cons-

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza, Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá e Major da Polícia Militar do Ceará. E-mail: lepponte@hotmail.com.

titutionality own paternal brings exceptions to the matter, revealing, finally, that the precedent is pacifying, in certain circumstances, the possibility of the accumulation of offices, positions or civil and military public functions, especially when referring to military and teaching activities.

**Keywords:** Military. Possession. Job title. Employment. Function. Federal Constitution. Accumulation.

## 1 INTRODUÇÃO

O militar, desde o remoto Império Romano – sem adentrarmos em quaisquer discussões históricas, pois fugiríamos ao contexto deste trabalho – sempre mereceu tratamento específico pelos governos, provenham estes de quaisquer formas ou sistemas.

A própria estrutura castrense, em virtude do *munus* público exercido, conduz a uma diversidade de procedimentos a ela conferida, começando pela sua conduta em face da sociedade que, na mítica existente sobre essa essencial classe de fâmulos estatais, auxilia, não raras vezes, na própria sanidade funcional dos seus gestores.

Observando os direitos sociais dispostos constitucionalmente aos agentes públicos, civis e militares, artigo 7º; § 3º, artigo 39, em cotejo ao item III, § 3º, artigo 142, percebe-se, em regra, um rosário de limitações a que estão submetidos aqueles últimos como, por exemplo, não ter direito a adicional noturno, na lógica de que a sua atividade se dá a todo instante; ausência de limitação da carga horária, sob o pálio de que “militar é militar 24 horas por dia”, dentre outras balizas.

Além disso, a Carta Magna ainda prevê, expressamente, que “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”, constituindo outra restrição a direitos sociais, bem como a vedação é defesa à filiação partidária, verdadeiro “obstáculo” ao exercício de parcela dos seus direitos políticos.

Em suma, o militar não goza das mesmas prerrogativas a que fazem jus os servidores públicos civis e, mais ainda, comparado aos obreiros da iniciativa privada, ou seja, o legislador constituinte distanciou-os, conferindo um autêntico *discriminem*, efetivadas as devidas comparações de ordem funcional.

Assim sendo, conforme o entendimento do Professor Eliezer Pereira

Martins (*Apud Loureiro, on line, 2004*), em comentário acerca da diferenciação, em substância, entre os agentes públicos civis e militares, arguiu uma necessária distancia ideológica, quanto ao exercício funcional, entre aqueles agentes públicos.

Assim dispõe o mencionado doutrinador:

[...] se em regra basta ao servidor civil o rigoroso cumprimento dos seus misteres, do servidor público militar espera-se um 'plus'. Assim, além do estrito cumprimento de seus deveres há que o servidor refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense [...].

Desse modo, inicialmente deduz-se que não há interesse constitucional no congraçamento entre agentes públicos militares e civis, e demais trabalhadores da iniciativa particular, no que diz respeito aos respectivos regimes jurídicos, o que será o objeto de discussão neste trabalho, especificamente quanto a (s) consequência (s) prevista (s) na Constituição Federal caso o militar seja investido em cargo/função/emprego público civil efetivo, no transcurso do serviço castrense ativo.

## 2 ASPECTOS ATINENTES A TEORIA CONSTITUCIONAL

A *Lex Maior*, como norma matriz da legislação pátria, dispõe nos artigos 42, 142 e 143, acerca do regime jurídico a que estão submetidos os militares (Forças Armadas e Estaduais).

Da leitura do *caput* dos artigos supratranscritos é de fácil percepção a textual menção a hierarquia e disciplina, que na seara militar são apostas como verdadeiros princípios constitucionais.

**Art. 42.** Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

.....

**Art. 142.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais perma-

nentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

O Professor Ythalo Frota Loureiro, em artigo específico sobre o tema (2004, *on line*), corroborando com o nosso pensamento, afirma que “a hierarquia e a disciplina militares são princípios constitucionais de caráter fundamentalista, pois constituem a base das instituições militares”.

Dessarte, toda e qualquer situação que tenha reflexo direto nos quartéis deve ser temperada com os princípios encimados, haja vista que, como demonstrado, são os pilares (constitucionais) das forças soldadescas.

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu temas importantes envolvendo as corporações marciais, tendo como supedâneo os princípios da hierarquia e disciplina.

Segue Ementa do *Habeas Corpus* nº 108512/BA, de Relatoria do Ministro Luiz Fux, em que não se aplica o Princípio da Insignificância Penal ao crime de uso de drogas em ambiente milita, tendo como pano de fundo os Princípios da Hierarquia e Disciplina.

PENAL. HABEAS CORPUS. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR (CPM, ART. 172). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR.

1. O princípio da insignificância não é aplicável no âmbito da Justiça Militar, sob pena de afronta à autoridade, hierarquia e disciplina, bens jurídicos cuja preservação é importante para o regular funcionamento das instituições militares. Precedente: HC 94.685, Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/04/11. 2. In casu, o paciente, recruta, foi preso em flagrante trajando uniforme de cabo da Marinha.

Esses próprios postulados (princípios) alçaram, na atualidade, conforme ensina o Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes (2011, p.181), após considerável percurso temporal, uma perspectiva normativa, ou seja, são dotados de imperatividade, dessa forma, de força obrigatória, apesar do seu caráter abstrativista; se entremostra, assim, como um dos aspectos do neoconstitucionalismo.

Corroborando com o pensamento retro coligido, afirma Robert Alexy (*Apud* Fernandes, 2011, p. 185):

[...] Os princípios são, por conseguinte, **mandamentos de otimização** que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e porque a medida de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...].

Nesse cenário, acatada a normatividade principiológica, o que afirmar então daqueles (princípios) insertos na própria *Lex Maior* que, inobstante ser uma carta com fortes traços políticos é, na hodierna fase do constitucionalismo, a legislação máxima em frente dos demais diplomas legislativos, digressão esta confirmada no início do Século XIX, pela Suprema Corte Americana, no célebre caso *Marbury x Madison* (Paixão e Maia, 2009)?

Consoante o Mestre Austríaco Hans Kelsen (*Apud* Fernandes, 2011, p.50-51), em sendo a Carta Magna a lei soberana de uma Nação, ela “[...] dá validade a todas as outras normas do sistema. Leia-se o sentido jurídico positivo é a norma constitucional propriamente dita”.

Reforçando esse conceito, o Alemão Konrad Hesse, ao abordar a força normativa da constituição, assevera que “[...] a Constituição deve ser compreendida como ordem jurídica fundamental de uma sociedade [...]” (*Apud* Fernandes, 2011, p.67).

Desse modo, a hierarquia e disciplina, em virtude da sua positivação na Constituição Federal, e por expressarem um comando normativo, como todo postulado principiológico, servirão de suporte para a realização de todos os atos e medidas funcionais emanados das instituições castrenses, regendo assim, por completo, o regime jurídico dos militares.

### **3 A POSSE PELO MILITAR EM CARGO OU EMPREGO PÚBLICO CIVIL PERMANENTE**

O militar, como visto, recebeu um tratamento diferenciado pelo legislador constituinte, no que diz respeito ao seu regime jurídico.

Além de prever ampla liberdade aos entes federados, União, Estados e Distrito Federal, para tratar dos temas referentes a promoção, inatividade, e demais direitos e deveres dos militares, estabelece a Constituição Federal balizas

em relação a investidura do militar em cargo, emprego ou função pública civil. Assim dispõe o artigo 142, §3º, II, da Carta Suprema:

**Art. 142.** *Omissis.*

.....

**§ 3º** Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

.....

**II** - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei;

A título de esclarecimentos, inobstante o dispositivo constitucional transcrito expressamente se referir aos militares das Forças Armadas, ele é de aplicação direta aos militares estaduais, por força do §1º, Art. 42, da Carta Magna, *litteris*:

**Art. 42.** Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

**§ 1º** Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do artigo 14, § 8º; do artigo 40, § 9º; e do artigo 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do artigo 142, § 3º, X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (grifo nosso)

Vale anotar não existir previsão expressa na Constituição Federal para a possibilidade de acúmulo de cargo, emprego ou função pública civil com o de natureza militar, incluindo aqui a posse em mandatos eletivos, consoante o disposto no § 8º, do art. 14, em que é imposto o desvio do respectivo cargo ocupado pelo militar, caso este deseje exercer a sua capacidade eleitoral passiva, *verbum ad verbum*:

**Art. 14.** *Omissis.*

.....

**§ 8º** - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

**I** - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

**II** - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

Ademais, o que existe é uma vedação expressa ao acúmulo de proventos decorrentes daquelas incumbências funcionais, consoante art. 37, §10, da Constituição Federal, *in verbis*:

**Art. 37. Omissis.**

.....

**§ 10.** É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A título de esclarecimentos, a não cumulatividade entre cargos, empregos e funções públicas também é regra entre os servidores civis, salvo as exceções constitucionais do art. 37, XVI, e outras previstas esparsamente no Texto Máximo (cargos de membros da magistratura e ministério público e de docente, por exemplo), sob pena de responder processo disciplinar sob a égide do respectivo regime estatutário, *in litteris*:

**Art. 37. Omissis.**

.....

**XVI** - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

Ressalva-se as hipóteses envolvendo os profissionais da área de saúde com profissão devidamente regulamentada, conforme expressamente dispõe o retro traslado item II, §3º, art. 142, c/c art. 37, XVI, "c", com a recente reforma no texto constitucional sucedida por meio da EC nº 77/2014, e os militares já

inativos que ingressaram novamente no serviço público (por meio de concurso público) até o advento da Emenda Constitucional n° 20/1998, neste caso, especificamente, referindo-se ao ajuntamento de proventos e remuneração.

A seguir transcreve-se os artigos 37, XVI, “c”, e 142, §3º, II, da Constituição Federal, e o art. 11, da Emenda Constitucional n° 20/1998, que tratam das matérias referidas no parágrafo antecedente:

**Art. 37. Omissis.**

.....

**XVI** - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

.....

**C)** a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

**Art. 142. Omissis.**

.....

**§ 3º Omissis.**

.....

**II** - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea “c”, será transferido para a reserva, nos termos da lei; (grifo nosso)

**Art. 11** - A vedação prevista no art. 37, § 10, da Constituição Federal, não se aplica aos membros de poder e aos inativos, servidores e militares, que, até a publicação desta Emenda, tenham ingressado novamente no serviço público por concurso público de provas ou de provas e títulos, e pelas demais formas previstas na Constituição Federal, sendo-lhes proibida a percepção de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência a que se refere o art. 40 da Constituição Federal, aplicando-se-lhes, em qualquer hipótese, o limite de que trata o § 11 deste mesmo artigo. (grifo nosso)

Percebe-se assim, em apreciação das normas constitucionais transcritas, a tendência do legislador constituinte em não imiscuir os serviços públicos civil e o militar, em face às diferenças finalísticas daqueles cargos públicos, pois a estrutura bélica que permeia o mister funcional exercido pelos agentes castrenses em nada se compara ao objeto do cargo/emprego/função

realizado pelo servidor público civil.

No entanto, aperceba-se também que, no caso de profissionais da área de saúde, em virtude da tecnicidade do ofício exercido, é possível tal acumulação, consoante a hipótese da parte final do mencionado art. 11, da EC nº 20/1998, em que obstaculiza a acumulação de proventos decorrentes de regimes previdenciários próprios advindos do art. 40, da *Lex Legum*, ou seja, do serviço público civil, não abraçando assim tal previsão aos proventos de militares inativos, haja vista que estes, como visto, seguem regras específicas, originadas no §1º, art. 42 (militares estaduais) e item X, §3º, art. 142.

Nesse sentido, segue transcrição da Ementa do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 801096/DF, do Supremo Tribunal Federal, com relevante e esclarecedora Relatoria do Ministro Luiz Fux:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. ACUMULAÇÃO DE APOSENTADORIAS MILITAR E CIVIL. INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTES DA EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20 DE 1998. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE PREVISTA NA RESSALVA DETERMINADA PELO ART. 11 DA REFERIDA EMENDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

.....

4. O art. 11 da Emenda Constitucional nº 20/98, em sua segunda parte, vedou expressamente a concessão de mais de uma aposentadoria pelo regime de previdência dos servidores civis previsto no art. 40 da Constituição Federal de 1988. No entanto, não há qualquer referência à concessão de proventos militares, estes previstos nos arts. 42 e 142 da CF/88.

5. Como o impetrante foi reformado na carreira militar em 1980 e ingressou no serviço público civil no mesmo ano, ou seja, antes da edição da EC 20/98, não ocorreu a acumulação de proventos decorrentes do art. 40 da CF/88 típica de servidores civis, vedada pelo art. 11 da EC 20/98, fazendo jus o mesmo à percepção de provento civil cumulado com provento militar, situação não alcançada pela proibição da referida Emenda. Precedentes do STF e desta Corte (STF, MS 25.192/DF, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, DJ. 06/05/2005, p. 08; MS 24.958/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, DJ. 01/04/2005, p. 06; AMS 2003.34.00.024321-5/DF, Rel. Juiz Federal Miguel Ângelo De Alvarenga Lopes (conv), Primeira Turma, DJ p.49 de 21/01/2008).

6. Sendo legal a acumulação de proventos civis de aposentadoria com proventos militares de reforma na forma pretendida, não pode prevalecer o procedimento da Administração no sentido de exigir a opção pelos proventos da reserva remunerada ou pela aposentadoria civil, e muito menos de exonerá-lo em caso de recusa, uma vez que o impetrante faz jus à percepção de sua aposentadoria compulsória no cargo civil cumulativamente com os proventos militares de reforma, nos termos do art. 40, §1º, II, da CF/88 c/c art. 11 da EC nº 20/98 e do art. 186, II, c/c art. 187, da Lei nº 8.112/90.” (grifos nossos)

Desse modo, em regra, não é possível a acumulação entre cargos militares e civis, e os seus consequentes proventos, ressalvadas as exceções aqui evidenciadas, pois o simples fato de o militar em atividade ocupar qualquer cargo/função/emprego público civil é razão em suficiência para afastá-lo do cargo militar, desligando-o do serviço ativo.

Cumpre ressaltar que entendemos ser a norma disposta no artigo 142, §3º, II, da Carta Magna matéria de ordem pública, portanto, reconhecível *ex officio* pelo Estado, haja vista o caráter imperativo e inafastável de que se revestem os dispositivos formalmente constitucionais.

Entretanto, além das ressalvas constitucionais dispostas, vozes destoantes se levantam na jurisprudência e em decisões do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca da possibilidade de acumulação das incumbências funcionais civis e militares, durante o serviço ativo, especificamente em cargos de docência.

Alguns sodalícios estaduais vêm concedendo provimentos judiciais permitindo o ajuntamento de cargo militar com o de professor, sob o argumento de que o primeiro (o cargo militar) se subsume à hipótese da alínea “b”, XVI, art. 37, da Constituição Federal, “a de um cargo de professor com outro técnico ou científico”, entendendo assim ser o cargo militar de natureza técnica.

Por todos, segue a Apelação com Revisão 994030253247/2007, do Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme arguido pelo Professor Rafael Costa (*On line*, 2013):

FUNCIONÁRIO PÚBLICO ESTADUAL - Acumulação de cargos - Magistério - Militar da aeronáutica - Segurança concedida - Possibilidade - Exercício de cargo técnico - Artigo 37, XVI, b, da Constituição Federal - Recursos desprovidos. (Apelação Com Revisão 994030253247, Relator Desembargador Samuel Júnior, 2ª Câmara de Direito Público, j . 29.05.2007).

Pelo TCU, segue Acórdão 1151/2013, de Relatoria do Ministro Aroldo Cedraz que, apesar de tratar de caso envolvendo militar inativado, conclui pela possibilidade de acumulação de proventos com cargo de magistério público:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Consulta formulada ao Tribunal pelo Senhor Ministro de Estado da Defesa, Celso Amorim, tendo por objetivo esclarecer dúvida sobre a possibilidade de militar inativo cumular cargo público de magistério, com base na aplicação analógica do art. 37, inciso XVI, alínea b, da Constituição Federal. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso XVII, da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, em: 9.1. conhecer da Consulta formulada pelo Senhor Ministro da Defesa, Celso Amorim, para responder-lhe que, à luz do disposto nos arts. 37, § 10, 142, § 3º, incisos II e III e X, da Constituição Federal e nos arts. 57 e 98 da Lei 6.880/1980, é possível ao militar inativo exercer o cargo de magistério público e acumular os seus proventos da inatividade com os vencimentos do cargo de professor." (Identificação Acórdão: 1151/2013 – Plenário, Número Interno do Documento: AC-1151-16/13-P, Grupo/Classe/Colegiado: GRUPO I / CLASSE III / Plenário, Processo: 036.695/2011-4, Natureza: Consulta, Entidade Órgão: Ministério da Defesa, Interessados: Celso Amorim - Ministro de Estado da Defesa, Ministro Relator: AROLDO CEDRAZ)

Portanto, deduzimos, mediante as motivações jurisprudenciais colacionadas, que se encontra em processo de solidificação o entendimento sobre o caráter técnico que reveste o exercício das funções do cargo militar - com mais razão, repise-se, após a publicação da recente EC nº 77/2014, em que possibilitou a acumulação dos cargos (civis e militares) ou empregos públicos entre profissionais da área de saúde, *ex vi* os já transcritos art. 37, XVI, "c", e art. 142, §3º, II, da Constituição Federal - permitindo, consequentemente, a acumulação de cargos públicos de militar e professor.

Segue parcela de *decisum*, também do Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação com Revisão nº 140.736.5/9-00, em que, de forma pedagógica, o indicado órgão judicial emite posicionamento naquele sentido:

O apelado é policial militar, o que demanda conhecimento específico, tanto que ministrado curso como parte integrante

do concurso, e, se tal não fosse, com maior razão, a função de bombeiro, dentre as da corporação, efetivamente exercida pelo autor. A passagem para a inatividade, por sua vez, como bem destacado, afasta a necessidade de verificação da compatibilidade de horário.

Acompanhando a jurisprudência que hoje se forma nos sodalícios pátrios, tramita no Senado Republicano<sup>2</sup> a Proposta de Emenda Constitucional nº 08/2009, que pretende modificar a redação do Item II, §3º, artigo 142, da Carta Magna, possibilitando o acúmulo, pelo militar, de um cargo público de magistério.

Assim dispõe a encimada emenda:

**Art. 142.** {...}.

.....

**§ 3º** {...}

.....

**II** - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, salvo de magistério, será transferido para a reserva, nos termos da lei; (grifo nosso)

A justificativa explicitada por um dos autores da proposta, o Senador Mozarino Cavalcanti, tem por essência a valorização do agente público das armas, uma vez que expõe uma realidade latente na carreira militar, que se trata da “[...] fuga de cérebros das Forças Armadas, em sua maioria migrando para altos cargos da Administração Pública [...]”.

O Professor Juarez Gomes Júnior (2009, p.132) ao comentar a matéria, expõe o seguinte:

Sob o ponto de vista sociológico, pode-se afirmar que a atividade que auxilia na construção do saber jamais poderá sofrer inflexões negativas. Muito pelo contrário, deve ser aplaudida, pois eleva os valores das instituições ao invés de afrontá-los. E, portanto, deve ser fomentada em todos os níveis da administração pública.

Todavia, note-se estarmos tratando de um posicionamento ainda a se pacificar em nosso ordenamento jurídico, pois não deve o militar (Estadual

<sup>2</sup> Pesquisa realizada no sítio [www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=90304](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90304), no dia 28 de agosto de 2014.

ou das Forças Armadas), acumular outro cargo, emprego ou função pública, sob pena de restar transferido para a reserva, na forma do comando imperativo do item II, §3<sup>a</sup>, art. 142, da Constituição, salvo as mencionadas exceções insertas na Carta Magna.

Em adendo, é bom indicar que a reserva referida no texto constitucional é a não remunerada, em face da própria proibição de cumulação de cargos, que tem como um dos seus consectários lógicos, como visto, a não acumulação de proventos e remuneração.

Desse modo, inicialmente, caso acumule indevidamente os cargos militar e civil, se em serviço ativo, ingressará na reserva não remunerada; se já inativo o miliciano terá reformulado o seu ato de reserva ou reforma remunerada, para outro sem direito a contraprestação pecuniária estatal, pois cargos, empregos ou funções públicas não acumuláveis na ativa, também o serão na inatividade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Sem pretender esgotar o assunto, buscamos demonstrar neste ensaio o quão diferente é o tratamento do legislador constituinte quando se refere aos agentes públicos civis e militares.

O agente que ocupa cargo militar tem um rosário de limitações, expressamente dispostas na Constituição Federal, que não são estendidas aos restantes dos servidores públicos, e o que dirá se iniciarmos um comparativo daqueles (os militares) com os obreiros da iniciativa particular.

Percebe-se no meio acadêmico uma timidez no trato do regime jurídico constitucional dos militares, talvez em virtude dos poucos dispositivos insertos na *Lex Maior* que tratam da matéria.

De todo modo, quanto ao nosso assunto, resta comprovado que o militar não pode acumular seu cargo público com outro do âmbito civil, sob pena de ser transferido para a reserva de forma compulsória, em virtude de inafastável regra constitucional que, como visto, goza de imperatividade e força normativa, em observância a teoria constitucional adotada por nosso ordenamento jurídico.

Ressalva-se a possibilidade de acumulação entre cargos públicos militares e civis de profissionais da área de saúde, devidamente regulamentada,

após a reforma constitucional recente, trazida pela EC nº 77/14, e os militares já inativos, que tomaram posse em cargo público civil, observado o princípio do concurso público, até o advento da EC nº 20/1998.

Por fim, caminha o ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento do caráter técnico da função militar, haja vista as especificidades que permeiam tal encargo público, podendo assim, em completa subsunção ao permissivo constitucional inserto na alínea “b”, XVI, art. 37, acumular o cargo soldadesco com outro de magistério público, como já vem se manifestando, reiteradamente, as cortes jurisdicionais e de contas pátrias.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 4. ed. Fortaleza, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108512/BA. Relator: **FUX**, Luiz. Publicado no DJ de 20-10-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28hierarquia+e+disciplina+e+militares%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovyfkal>. Acesso em: 23 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 801096/DF. Relator: **FUX**, Luiz. Publicado no DJ de 19-12-2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28801096%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ovjl4g7>. Acesso em: 23 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1151/2013. Relator: **CEDRAZ**, Aroldo. Disponível em: <http://contas.tcu.gov.br/portaltextual/MostraDocumento?qn=1&doc=1&dpp=20&p=0>. Acesso em: 23 out. 2014.

COSTA, Rafael Monteiro. Acumulação de cargos de policial militar e professor sob uma interpretação sistemática da Constituição Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3768, 25 out. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25568>>. Acesso em: 7 set. 2014. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOUREIRO, Ythalo Frota. Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares: uma abordagem hermenêutica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 470, 20 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/revista/texto/5687>>. Acesso em: 7 set. 2014.

NUNES JÚNIOR, Juarez Gomes. O exercício do magistério geral por militares estaduais – O caso hipotético do ceará. **Themis, Revista da ESMEC/ Escola Superior da Magistratura do Ceará**. Fortaleza, v.7, n.2, p. 127-134, ago/dez 2009.

PAIXÃO, Cristiano; MAIA, Paulo Sávio Peixoto. História da Constituição como história conceitual: Marbury v. Madison e o surgimento da supremacia constitucional. **Revista Acadêmica - Faculdade de Direito do Recife**, v. LXXXI, p. 156-175, 2009. ; Meio de divulgação: Impresso; ISSN/ISBN: 19803087.

# Algumas considerações sobre o direito alternativo no Brasil

Some aspects about the alternative right in Brazil

Ana Paula de Oliveira Gomes<sup>1</sup>

## RESUMO

A teoria crítica do direito, cujas raízes históricas remontam aos estudos desenvolvidos pela Escola de Frankfurt, analisa amiúde as contradições do capitalismo do pós II Guerra Mundial. Nesse contexto, insere-se a temática do direito alternativo no Brasil que visa a contemplar, no debate jurídico, o problema dos excluídos, dos atores sociais que se encontram à margem da produção das normas jurídicas, muito embora sejam por elas afetados. Nesse diapasão, erige a questão orientadora do presente estudo: quais os reflexos do movimento no Brasil? O trabalho concluiu que o movimento cumpre o seu papel histórico no tocante à crítica ao positivismo jurídico e conta com marcos normativos e institucionais legitimadores. No tocante à metodologia utilizada, trata-se de estudo eminentemente bibliográfico e legal. Justifica-se a pesquisa pela atualidade e transdisciplinaridade do assunto.

**Palavras-Chave:** Direito alternativo. Teoria crítica do direito. Reconstrução do direito.

## ABSTRACT

The critical theory of the law, whose origins date back to historical studies developed by the Frankfurt School, that analyzes the contradictions of capitalism after the Second World War. In this context, the alternative right in Brazil objectives look, under a legal debate, the issue of the exclusion of social actors who are outside the production of legal rules, even if they are affected by them. Then erects the guiding question of this study: how the movement is reflected in Brazil? The work concluded that the movement reaches its historic role as regards the criticism of legal positivism and it has legitima-

<sup>1</sup> Mestra em Direito Constitucional. Servidora pública estadual cearense há mais de vinte anos. E-mail: anapaulace@uol.com.br

ting regulatory and institutional frameworks. Regarding the methodology, it is eminently a literature and legal review. Finally, the great justification of the research is its transdisciplinarity.

**Keywords:** The alternative right. Critical theory of law. The reconstruction of law.

## 1 INTRODUÇÃO

A hermenêutica jurídica objetiva determinar o sentido e o alcance dos textos normativos. As várias escolas interpretativas implicam formas ou tentativas distintas de compreender a expressão do direito, o que é imprescindível ao exercício consciente da cidadania (no sentido de ser mais humano).

O direito alternativo (ou escola da interpretação social-sistemática do direito), mais que linha de pesquisa jurídica contemporânea, significa movimento fundado na efetivação do direito como prática social. Suas raízes remontam às influências da Escola de Frankfurt na Europa pós II Guerra Mundial, acarretando mudança de paradigmas face os métodos da hermenêutica constitucional clássica.

Com suporte doutrinário, observam-se três vertentes do movimento em discussão: a) instituído sonogado, sinônimo de positividade combatida, estuda os princípios gerais que ainda padecem de efetiva concretização; b) instituído relido - visa a reinterpretar o direito posto, tentando harmonizá-lo com as mudanças sociais; c) instituinte negado, também denominado direito alternativo em sentido estrito, examina a questão do pluralismo jurídico, do direito achado na rua.

A pesquisa em pauta abordará, preponderantemente, as vertentes relativas ao instituído relido e ao instituinte negado, focalizando os reflexos no ordenamento pátrio a partir da década de 1970.

O direito alternativo viabiliza novas possibilidades interpretativas ao discurso jurídico, por meio da releitura principiológica constitucional à luz dos movimentos sociais, o que justifica o presente trabalho. Seu objetivo, em termos gerais, visa a convidar o leitor a tecer reflexões sobre a necessidade de confrontar constantemente o direito positivado com os fatos sociais.

Somente o texto normativo pode fornecer o fundamento racional para solução do problema jurídico? O direito, na pós-modernidade, pode que-

dar-se neutro diante dos movimentos sociais? Cabe ao aplicador da norma jurídica recusar a lei compreendida injusta socialmente?

O tema guarda correlação com a hermenêutica crítica e com a teoria da democracia à medida em que incluem, no pensar, as antíteses do sistema capitalista de produção; a problemática dos atores que se encontram à margem do sistema oficial, a exemplo das pessoas que não possuem recursos para litigar em juízo. Insere o dilema daqueles que entendem – em virtude de quase completa ignorância – não terem direitos por serem miseráveis.

Sobre a estruturação do ensaio: o primeiro item abordará as raízes históricas da teoria crítica do direito; o segundo analisará o processo de legitimação do direito alternativo no contexto normativo e acadêmico brasileiro; o último item evidenciará os reflexos do movimento na função judiciária pátria.

A metodologia utilizada será bibliográfica. Realizar-se-ão consultas a doutrinas, textos científicos, normas jurídicas, sítios institucionais e outras fontes ou materiais disponíveis. Como se trata de assunto atual, desafiador e inacabado, almeja-se que provoque o bom debate e incentive a continuidade de pesquisas sem olvidar a transversalidade acadêmica.

## 2 A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO

Nas duas primeiras décadas do século passado, foi fundado o Instituto de Pesquisa Social vinculado à Universidade de Frankfurt com a proposta de analisar problemas cruciais subjacentes do capitalismo: suas contradições e visão utilitarista.

Erigiu, assim, a teoria crítica do direito, sob influência do criticismo kantiano, da dialética hegeliana, da psicanálise freudiana e do materialismo histórico marxista, ganhando força após o advento da II Guerra Mundial. Passou-se a questionar a racionalidade da dominação, bem como teorias jurídicas hegemônicas, mormente:

a) a corrente normativista do positivismo jurídico, fortemente influenciada pelos estudos de Kelsen, por reduzir o direito à norma, por compreendê-la como criação exclusivamente estatal (ato volitivo da autoridade constituída);

b) a teoria imperativista, cuja lógica consiste nas ideias de ordem, comando e na prescrição de obrigações. Foi considerada também teoria re-

ducionista, por conceber somente o lícito como via de acesso ao direito, negando a bilateralidade atributiva. Releve-se que, em termos de Brasil, essa teoria embasou o Código Civil de 1916.

As teorias referenciadas repercutiram (e ainda repercutem) diretamente no comportamento do julgador positivista-legalista: parte da completude e da coerência do ordenamento que, por seu turno, resta independente da realidade política, social e econômica. A questão é: direito é simplesmente lei?

Em 2002, o Código Civil rompeu (em parte) com a teoria imperativista, estruturando-se nas seguintes diretrizes: sistematicidade - integração com as demais normas constantes do ordenamento; operabilidade - adoção de normas abertas e conceitos jurídicos indeterminados; sociabilidade - prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem olvidar os valores ínsitos à pessoa; eticidade - preponderância dos valores éticos, da moral social.

O problema é que, quando do processo de tomada de decisões, a sociedade pós-moderna apresenta situações cada vez mais complexas, contraditórias e plurais. Assumir o discurso da neutralidade de valores significa, inexoravelmente, optar pela continuidade do status quo. Portanto, o discurso da tecnicidade é falacioso. Explicando melhor: a pretensa neutralidade consiste em forma sutil de manifestação política. De modo transdisciplinar, reflete Nunes (2014, p.23):

Foi a própria ciência moderna que começou a exigir o surgimento de uma nova consciência. Incapazes de responder as questões que eles mesmos formulavam, muitos físicos já saíram em busca da psicologia, da religião e das demais importantes tradições da humanidade.

Leitura extraída do fragmento: imprescindibilidade da visão holística no enfrentamento dos problemas cotidianos. Nesse aspecto, a Constituição Federal de 1988 representou mudança de paradigmas hermenêuticos, abrindo mais espaço à teoria crítica do direito no país e, conseqüentemente, ao pluralismo jurídico, cuja proposta é refutar a visão interpretativa mecanicista e questionar a obediência cega à lei. Parte-se do pressuposto de que a norma é historicamente construída. De acordo com o ATLAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL (2013, p.12):<sup>2</sup>

2 Fonte: <[http://www.acessoajustica.gov.br/pub/\\_downloads/caderno\\_inaj.pdf](http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf)> .

No Brasil, destacam-se os estudos críticos do direito, orientados por uma concepção jurídica de transformação social que reflita sobre a complexa relação estabelecida entre o direito e a justiça. É exemplo a Nova Escola Jurídica Brasileira, de que é expoente Roberto Lyra Filho, e os estudos organizados em 1987 por José Geraldo de Sousa Junior, no âmbito do Núcleo de Estudos para a Paz e os Direitos Humanos da Universidade de Brasília, sobre experiências populares de criação de direito e construção da cidadania no Brasil<sup>4</sup>. Outro exemplo são os estudos realizados por Joaquim de Arruda Falcão sobre conflitos urbanos a partir da experiência da cidade de Recife.

Releve-se que a temática do pluralismo jurídico já houvera sido objeto de pesquisa empírica desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos, ao se inserir no cotidiano da comunidade carioca do Jacarezinho na década de 1970. Em entrevista, afirmou o pesquisador:<sup>3</sup>

Eu queria estabelecer uma outra explicação, mostrando que a favela não era o paraíso mas também não era o inferno, era uma sociedade em que as pessoas em situação de extrema pobreza procuravam uma vida digna. [...] Morei durante meio ano num barraco na favela do Jacarezinho. [...] Foi aí que eu conheci um pouco da realidade, o outro lado que eu não tinha visto, o lado da miséria, da exclusão, das condições horríveis em que se vivia. [...]

Boaventura de Sousa Santos percebeu claramente a existência de mais de uma ordem jurídica vigente no mesmo espaço geopolítico, fruto da complexa e paradoxal sociedade brasileira. Há um direito achado na rua. O direito alternativo - na perspectiva do pluralismo jurídico - explora as contradições e supostas certezas do direito positivo clássico. Parte-se da premissa de que os interesses sociais merecem olhar mais denso e sensível.

Explicando melhor: o movimento do direito achado na rua, enquanto

---

Acesso em 19.set.2014.

3 Entrevista concedida a José Maria Cançado (crítico literário), Patrus Ananias (advogado e político), Juarez Guimarães e Leonardo Avritzer (professores de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais). Disponível no sítio: <[http://www.cbesc.com.br/arquivos/entrevista\\_boaventura.pdf](http://www.cbesc.com.br/arquivos/entrevista_boaventura.pdf)>. Acesso em 3 set.2012.

vertente do direito alternativo, significa o reconhecimento da efetiva existência de mais de uma ordem normativa no mesmo espaço geopolítico, o que inquieta o olhar científico. Encaixa-se na proposta crítica do direito. Não exclui outros modos de compreender, de construir e de reconstruir as regras. Situa-se na realidade histórica plural contemporânea. Por que não, cada geração, re-escrever a história a seu modo?

Para tanto, o povo há que assenhorar o destino, ser protagonista e não mero espectador de sua própria história. Nesse sentido, o direito alternativo compreende o direito como ferramenta de transformação social. A única certeza: vive-se em uma sociedade de incertezas e de riscos.

A hermenêutica crítica e o movimento em pauta dialogam. Há constante reinterpretação do direito em face do dinamismo dos fatos sociais. Questões subjacentes: qual a decisão socialmente justa? Ao sensibilizar-se com o problema do próximo ocorre natural afastamento do ideal de justiça?

No mundo ocidental contemporâneo, almeja-se a decisão instrumentalizadora do acesso a bens jurídicos elementares, com a efetiva participação dos atores no processo de sua construção. Dito de outro modo: a decisão (judicial, administrativa, legislativa) arbitrária, afastada da necessária e salutar dialética, já exsurge injusta. Portanto, é natimorta.

Concluída a etapa de contextualização do ensaio, no item subsequente, analisar-se-á o processo de legitimação do direito alternativo no contexto normativo e acadêmico existentes no Brasil, com a intensificação do debate sobre a interpretação social-sistemática no direito pátrio.

### **3 O PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO ALTERNATIVO NO BRASIL**

No item anterior, teceram-se considerações sobre a teoria crítica do direito e suas relações com o direito alternativo no Brasil. Agora, traz-se ao debate a escola hermenêutica do direito livre (com as suas vertentes moderada e radical), o que também repercutiu na embriogenia da interpretação social-sistemática.

A escola do direito livre expande a liberdade do julgador, ganhando força na pós-modernidade em razão da crise dos paradigmas científicos tradi-

cionais diante de uma sociedade plural e de riscos. O processo interpretativo clássico parte da subsunção do fato ao direito posto, o que é totalmente diferente no direito livre: compreende o aplicador do direito como ser pensante (e não mero operador).

A corrente moderada, encampada por Eugen Ehrlich, atribui ampla liberdade ao magistrado em caso de vácuo normativo. Fortemente inspirada pela sociologia, põe em relevo o fato social. A partir dele, o julgador interpreta a norma. Há inversão natural do processo interpretativo, ou seja, não se parte da subsunção do fato à norma. A proposta é possibilitar ao intérprete criar a norma para o caso concreto.

A corrente radical, defendida por pela teorização de Hermann Kantorowicz, ficou popularmente conhecida por escola do direito justo. O julgador aplica a norma se a entender justa. Caso contrário, deve procurar conciliá-la com o socialmente justo. Se impossível, admite-se a rejeição da norma, com a construção de outra solução para o problema jurídico enfrentado.

O sistema do direito livre preceitua a liberdade do aplicador para decidir de acordo com o ideal de justiça. Nega-se, ao legislador, a exclusividade no processo de criação do direito, o que guarda imediata relação com o direito alternativo. Alternativo em que sentido exatamente?

À neutralidade do aplicador do direito em face dos movimentos sociais. Cada ação implica reação. Neutralidade também é ação por meio da omissão, da indiferença. O direito alternativo rompe com a idealização da neutralidade a serviço da opressão. Reflete Freire (2013, p.42-43):

Quem, melhor que os oprimidos, se encontrará preparado para entender o significado terrível de uma sociedade opressora? Quem sentirá, melhor que eles, os efeitos da opressão? Quem, mais que eles, para ir compreendendo a necessidade de libertação? Libertação a que não chegarão pelo acaso, mas pela práxis de sua busca; pelo conhecimento e reconhecimento de lutar por ela.

A luta referida pelo autor pertine à recuperação da humanidade contra o processo de desumanização. Humanização e desumanização consistem em possibilidades concretas dos sujeitos - compreendidos como seres inconclusos. Conscientes da inconclusão?

O direito alternativo também guarda afinidade com a corrente marxista de pensamento jurídico-filosófico e com a temática ao ativismo judicial

em face das mutações normativo-sociais. Nesse sentido, identificam-se duas perspectivas: a) textualistas – defendem que o juiz deve observar a lei. Quando imprescindível, aplicar analogia com parcimônia; b) originalistas – admitem abertamente a criação do direito pelo julgador.

Segundo a doutrina, observam-se variações metodológicas tanto no textualismo como no originalismo: I) *evolutive approach* - relaciona-se ao pluralismo jurídico, à realidade social; II) *dynamic approach* - verdadeira teoria crítica da interpretação; III) *critical legal studies* - guarda maior afinidade com o direito alternativo. Intensifica a abordagem marxista. Defende que o julgador há que se sensibilizar às questões atinentes aos interesses das minorias.

No tocante ao exame do fenômeno pelo prisma normativo-institucional brasileiro, releve-se que a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar 132, de 7.out.2009) representa considerável avanço quanto à defesa dos direitos dos hipossuficientes.

Renovou o compromisso com o ideal democrático, com a tutela dos direitos humanos, devendo a defensoria pública priorizar regiões com os mais elevados índices de exclusão social e densidade populacional: “Art. 107. A Defensoria Pública do Estado poderá atuar por intermédio de núcleos ou núcleos especializados, dando-se prioridade, de todo modo, às regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional”. Desafia-se atitude transformadora por parte do intérprete na efetivação dos comandos normativos.

Proporciona a construção de novos caminhos mediante audiências públicas, a fim de que sejam debatidas matérias relacionadas às funções institucionais da defensoria, tudo no sentido de que o agente público melhor expresse a vontade dos grupos hipossuficientes, a exemplo da problemática ínsita aos contratos de massa. Sem a participação-influência dos sujeitos - na construção das decisões - o ideal de justiça resta distante, perde a sua razão de ser. O que se almeja é a elaboração do direito com efetiva participação dos atores sociais.

Em nível acadêmico, a Universidade de Brasília (UNB) representa importante núcleo de investigação científica do direito alternativo, por meio da publicação de trabalhos (inclusive em nível de doutorado) e da promoção de cursos direcionados a estudantes e profissionais da América Latina e Caribe. Releve-se que o seu laboratório de tecnologias da tomada de decisão (LATI-

TUDE.UNB), em parceria com o governo federal, divulgou estudos relativos à problemática do acesso à justiça no Brasil em 2013. Em grau decrescente de acesso à função judiciária, vê-se que:

QUADRO 1

Distrito Federal	0,41
Rio de Janeiro	0,31
São Paulo	0,25
Rio Grande do Sul	0,24
Santa Catarina	0,19
Mato Grosso do Sul	0,19
Paraná	0,19
Minas Gerais	0,19
Tocantins	0,18
Goiás	0,17
Mato Grosso	0,17
Espírito Santo	0,17
Acre	0,15
Amapá	0,14
Rondônia	0,13
Paraíba	0,12
Roraima	0,12
Rio Grande do Norte	0,12
Piauí	0,11
Sergipe	0,11
Pernambuco	0,10
Bahia	0,09
Alagoas	0,09
Ceará	0,09
Amazonas	0,08

Pará	0,07
Maranhão	0,06
MÉDIA NACIONAL	<b>0,16</b>

Fonte: ATLAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL (2013) – Ministério da Justiça. <[http://www.acessoajustica.gov.br/pub/\\_downloads/caderno\\_inaj.pdf](http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf)>. Acesso em 19.set.2014.

O indicador expressa elementos do sistema judiciário (unidades de atendimento, número de operadores) ponderados pela população (equilibrada pelo índice de desenvolvimento humano – IDH - da unidade federada sob avaliação).

Infere-se crítico cenário de desigualdade, situando-se o Distrito Federal com a melhor *performance* em termos de acesso judicial, paralelamente a quinze (15) estados federados abaixo da média nacional - entre eles o Ceará. O documento corrobora os estudos de Boaventura de Sousa Santos (já explicitados no item anterior do presente ensaio científico). De acordo com o ATLAS DE ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL (2013, p.11):<sup>4</sup>

Os estudos de Boaventura revelaram a dificuldade da comunidade em aceder ao Sistema de Justiça oficial e as estratégias desenvolvidas pelas cidadãs e pelos cidadãos, na prática, para resolverem seus conflitos e satisfazerem seus interesses. Constatou-se a existência de procedimentos estatais e não estatais de resolução de conflitos e que, portanto, a justiça é realizada não só pelo Estado.

Justiça oficial versus direito achado na rua: desde a década de 1970, a realidade despertou a necessidade de desenvolvimento de trabalhos empíricos. A comunidade acadêmica não pode desprezar o fenômeno relativo ao direito criado pelas comunidades. No próximo item, serão examinados seus reflexos na função judiciária pátria.

4 Fonte: <[http://www.acessoajustica.gov.br/pub/\\_downloads/caderno\\_inaj.pdf](http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf)>. Acesso em 19.set.2014.

## 4 OS REFLEXOS DO DIREITO ALTERNATIVO NA FUNÇÃO JUDICIÁRIA BRASILEIRA

Compreendida a razão de ser da teoria crítica para o direito do pós II Guerra Mundial e os vetores hermenêuticos da escola da interpretação social-sistemática do direito, passa-se a discorrer a respeito de suas *interfaces* com a função judiciária, a partir do final da década de 1970, o que se relaciona ao processo de redemocratização do país, culminando com promulgação da Carta Política de 1988.

A título de instigação ao debate, traz-se a reflexão Santos (2014, p.30): “A impressão que se tem é que a justiça tem várias ‘faces’, funciona de acordo com o réu. Enquanto alguns são condenados sem direito a defesa, outros são praticamente ‘intocáveis’”. Pode-se afirmar que, no Brasil, predomina um compromisso pela ética?

Recorde-se que, no item antecedente do presente ensaio, explanou-se que a escola do direito livre defende a liberdade do aplicador do direito para decidir de acordo com o ideal de justiça, negando ao legislador a exclusividade no processo de criação da norma. Refuta a neutralidade jurídica em face dos interesses das minorias.

O juiz rompe com a ideia de ser mero escravo da legalidade liberal clássica, passando a examinar a justiça da lei. Entendendo-a injusta, aplica a norma de acordo com o senso de justiça segundo o caso concreto. Começa-se a experimentar aplicação humanizada do direito, ou seja, aplicação da norma em função do interesse público primário (bem comum).

A crítica subjacente à escola do direito livre - e, conseqüentemente, ao direito alternativo - funda-se, exatamente, na insegurança jurídica que decorre de decisões judiciais estruturadas no senso de justiça do julgador (ser humano, logo, falível), pelo que se mostra imprescindível a focalização de uma decisão construída dialética e argumentativamente, com paridade de armas entre os sujeitos envolvidos, de modo fundamentado.

Sobre a temática da igualdade em face das relações sociais no contexto paradoxal insito ao sistema capitalista de produção, reflete Buffa (1987, p.18): “a igualdade jurídica esconde, na verdade, a desigualdade dos indivíduos concretos [...]”. O direito alternativo não se conforma com a igualdade jurídica apenas formal. Na sociedade brasileira pós-moderna, a busca do ideal de jus-

tiça social desperta a necessidade de humanização do processo interpretativo.

Nesse ambiente, exsurge o debate quanto ao controle social das funções judiciária e ministerial, razão de ser da idealização do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

O CNJ foi criado oficialmente como órgão de controle interno do Poder Judiciário, no sentido de aperfeiçoá-lo em relação à transparência administrativa (*accountability*). De acordo com a Lei Maior vigente, compete-lhe o controle da atuação administrativo-financeira da função judiciária, a verificação do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, representando canal de diálogo com a sociedade civil ao receber reclamações contra seus membros, representações em face dos serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro público.

Paralelamente, foi estruturado o CNMP com a missão de também atuar em favor da sociedade, executando a fiscalização administrativa, financeira e disciplinar ministerial, observando a autonomia da instituição, tudo no sentido de fortalecer a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Considera-se que o CNJ e o CNMP representaram produtos expressivos do movimento de interpretação social-sistemática do direito no Brasil: marco na aproximação da magistratura e do *parquet* às demandas da coletividade em termos de celeridade e controle social. Crível compromisso institucional em favor da efetividade da prestação jurisdicional.

## 5 CONCLUSÕES

Negar a coexistência entre a ordem jurídica estatal e o direito produzido de fato (direito achado na rua) constitui, no mínimo, atitude contra-producente pela perspectiva científica. O cientista não há que acreditar ou desacreditar do fenômeno. Cabe-lhe a investigação.

Nesse aspecto, conclui-se que a escola da interpretação social-sistemática do direito ganhou espaço no meio acadêmico a partir da constatação de que os mandamentos do direito positivo, supostamente neutros, não acarretam inserção social, justiça e democracia. O direito alternativo, portanto, cumpriu (e cumpre) o seu papel histórico em termos de crítica à dogmática clássica conservadora.

O direito alternativo e a hermenêutica crítica dialogam por representarem rupturas com as técnicas interpretativas tradicionais. O intérprete não se queda preso à lei. Ao contrário, reconhece que os problemas sociais contemporâneos transcendem à literalidade da norma positivada em face das complexas demandas da coletividade. Refuta-se, pois, o mecanicismo jurídico.

O movimento inseriu, no debate jurídico, os dramas dos atores sociais marginalizados, por meio da releitura dos princípios constitucionais a fim de concretizar as liberdades individuais e buscar garantir o mínimo existencial. Interpretar a norma jurídica de modo que os sujeitos socialmente marginalizados - sejam por ela excluídos - constitui grave antinomia, o que não se harmoniza com os preceitos constitucionais elementares.

A pesquisa também evidenciou que o processo de interpretação crítico-constutivo não pode afastar do seu foco: a formulação de uma decisão construída dialética e argumentativamente, de modo fundamentado e que procure aproximar-se do primado do bem comum, o que é imprescindível à paz social.

Em termos de Brasil, os produtos visíveis do direito alternativo foram a institucionalização e efetivação das defensorias públicas, bem como a idealização e implementação do CNJ e do CNMP, expressando canais de diálogo com a sociedade civil organizada.

É preciso pensar criticamente o direito a partir da realidade histórico-cultural do país. O direito não é um fim em si. A pós-modernidade rompe com a cultura do monismo estatal, com a ideia de que o direito provém somente do Estado. Os fatos sociais precisam ser pensados dialeticamente.

Para finalizar, a canção de Raul Seixas: “sonho que se sonha só é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”. Por que não, agora, pensar na constitucionalização do Conselho Nacional dos Tribunais de Contas? Eis a sugestão para o desenvolvimento de novos estudos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 31.jul.2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14.nov.2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29.jul.2012.

BUFFA, Ester. Educação e cidadania burguesas. *In*: ARROYO, Miguel; BUFFA, Ester; NOSELLA, Paolo. **Educação e cidadania.** São Paulo: Cortez, 1987. p. 11-30.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013. 54. ed.

NUNES, Clóvis. **Educação pela paz: um guia para os pais, professores e todos os estudantes da vida.** Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2014. 8. ed.

SANTOS, Patrícia E. Os fins justificam os meios? *In*: **Revista de filosofia.** São Paulo: Mythos Editora, 2014. p. 26-31.

<[http://www.cbesc.com.br/arquivos/entrevista\\_boaventura.pdf](http://www.cbesc.com.br/arquivos/entrevista_boaventura.pdf)>. Acesso em 3.set.2012.

<<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 21.nov.2012.

<[http://www.acaojustica.gov.br/pub/\\_downloads/caderno\\_inaj.pdf](http://www.acaojustica.gov.br/pub/_downloads/caderno_inaj.pdf)>. Acesso em 19.set.2014.

## Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle

A Revista Controle – Doutrina e Artigos - é uma publicação do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE). Os artigos devem abordar assuntos relacionados as seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade, Controle Externo, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Licitações e Contratos, Fiscalização das Organizações Sociais, Processo Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade Pública, Auditoria Operacional, de Gestão e de Processos e temas afins.

A Revista Controle recebe artigos para compor sua próxima edição, obedecendo às seguintes regras:

Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.

Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail [revistacontrole@tce.ce.gov.br](mailto:revistacontrole@tce.ce.gov.br) com o assunto **“Publicação Revista Controle”**.

Título em português (e na língua original do artigo, para os textos escritos em língua estrangeira) e em inglês.

O título em português deve estar escrito sem negrito, centralizado e em letras caixa-baixa. O título em inglês e/ou na língua original do texto deve estar abaixo do título em português, em itálico, centralizado, em letra caixa-baixa.

Resumo e palavras-chave em português e em inglês (e na língua original do artigo). Cada resumo deve conter no máximo 250 palavras, devendo ser evitadas as abreviaturas. O resumo em língua estrangeira deve ser uma versão fiel do resumo em português, assim como as palavras-chave em língua estrangeira. Ao final de cada resumo devem constar 03 a 06 descritores ou palavras-chave para indexação.

Texto (contendo introdução, desenvolvimento e conclusão, mesmo que os tópicos recebam designações diferentes). A estruturação do texto deve se adequar às exigências de um trabalho científico, contendo introdução, desenvolvimento, conclusão e referências alinhados à esquerda.

## **Formatação**

### **Fonte**

- Times New Roman
- Resumo 10
- Texto 12
- Citação longa 10
- Nota de rodapé 10
- Títulos
- Título do artigo 14 Caixa baixa - sem negrito
- Títulos das partes do artigo - 12 Caixa baixa negrito
- Subtítulos 12 Caixa baixa itálico
- Sub-subtítulos 12 Caixa baixa normal

### **Referências**

- Fonte tamanho 12 (destaque para títulos das obras em negrito)

### **Margens**

- esquerda: 3,0 cm
- direita: 2,0 cm
- superior: 3,0 cm
- inferior: 2,0 cm

Os artigos deverão ter, no máximo, 20, e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5.

As **citações e referências** devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002), respectivamente. As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo:

### **Citação direta**

Segundo Fulano (ano, página), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (FULANO, ano, página).

### **Citação indireta**

A teoria da ... (Cf. FULANO, ano, página), ou,

A teoria da ... (FULANO, ano, página).

### **Quanto às referências**

Ao final do artigo, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme os exemplos abaixo:

### **Monografias no todo**

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas. Brasília:

TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

### **Parte de monografia**

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina . In: CONCURSO de Monografia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1, 2006 , Florianópolis. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina: contas públicas: transparência, controle social e cidadania. Florianópolis: TCE, 2006. p. 73-147.

### **Artigo ou matéria de revista, boletim etc.**

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimação ativa para exigir quitação. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.31, n.83, p.19-21, jan./mar. 2000.

### **Trabalho apresentado em evento**

Conflito de interesses: como identificar e prevenir. In: ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 5., 2004, BRASÍLIA. Ética na gestão. Brasília : ESAF, 2004. p. 93-104.

CABRAL, Analúcia Mota Vianna. Estudo de modelo de eficácia da gestão de obras públicas municipais. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, VII, 2002, Brasília. Disponível em: Acesso em: 23 de março de 2006.

### **Teses e dissertações**

BUENO, H. Utilização da sala de situação de saúde no Distrito Federal. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2003.

## Legislação

BRASIL. Lei nº 11.474 , de 15 de maio de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano 144, nº 93, 16 maio 2007. Seção I, p.1.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em: 8 maio 2006.

## Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 016/2002-TCU-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de União**, 15 de fev. 2002.

Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.

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