

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos



PROPRIEDADE PÚBLICA: FUNCIONALIZAÇÃO E SUSTENTABILIDADE.
Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa



**A ANÁLISE DO CONTROLE DAS DESPESAS COM PESSOAL NO PODER JUDICIÁRIO:
UM ESTUDO APLICADO AOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DE MÉDIO PORTE.**
Juliana Alencar Alves / Maria Rafaela de Oliveira Freitas / Leonel Gois Lima Oliveira



**O DIREITO À INDENIZAÇÃO NA CADUCIDADE: INVESTIGANDO AS
ENTRELINHAS DA RECUPERAÇÃO PATRIMONIAL NO SERVIÇO PÚBLICO.**
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho



**A CONTRIBUIÇÃO DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA CONTABILIDADE
APLICADA AO SETOR PÚBLICO PARA O EFETIVO EXERCÍCIO DO
CONTROLE EXTERNO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.**
Anelise Florencio de Meneses / Patrícia Vasconcelos Rocha Mapurunga



**RESENHA – CONFLITOS FEDERATIVOS: ESPERANÇAS E FRUSTRAÇÕES –
EM BUSCA DE NOVOS CAMINHOS PARA A SOLUÇÃO,** de Fernando Rezende.
João Gabriel Laprovitera Rocha

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume XIII - Nº 2

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

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

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

Revista Controle.

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

Periodicidade irregular (1998-2004)

Anual (2005-2008)

Semestral (2009-)

ISSN 1980-086X

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

CDU 336.126.55(813.1)(05)

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

ISSN 1980-086X

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Conselheiro Presidente

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiro Vice-Presidente

Rholden Botelho de Queiroz

Conselheiro Corregedor

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

Conselheiros Substitutos

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Ministério Público Junto ao TCE-CE

Procurador-Geral

José Aécio Vasconvelos Filho

Procuradores

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Eduardo de Sousa Lemos

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

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

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

Josimar Batista dos Santos

Conselho Editorial

Edilberto Carlos Pontes Lima (Editor)

Pós-Doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra). Doutor em Economia.
Presidente do TCE Ceará.

Alcimir Aguiar Rocha Neto

Mestre em Filosofia do Direito, Professor da Unifor

Alexandre Cialdini

Mestre em Economia

Alexandre Figueiredo

Membro Nato, Professor da Unifor, Conselheiro do TCE Ceará

Amandino Nunes

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

Antonino Fontenele de Carvalho

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

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Bernardo Mueller

Pós-doutor em Economia, Professor da Universidade de Brasília

Carlos Mauro Benevides Filho

Doutor em Economia, Professor do CAEN/UFC

Cesar Barreto

Mestre em Gestão e Modernização Pública

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Mestre em Direito, Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará

Fernando Rezende

Mestre em Economia, Diretor da FGV

Filomeno Moraes

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

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Advogado, Mestre em Políticas Públicas, Diretor de Ensino do IPC/TCE Ceará

Hugo de Brito Machado Segundo

Doutor em Direito, Professor da UFC

J.R. Caldas Furtado

Mestre em Direito, Conselheiro do TCE-MA

Jair do Amaral Filho

Pós-doutor em Economia, Professor do CAENUFC

Jorge Katsumi Niyama

Pós-doutor em Contabilidade, Professor de Contabilidade da UnB

José Maurício Conti

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

José Oswaldo Cândido Júnior

Doutor em Economia, Pesquisador do IPEA

José Roberto Afonso

Doutor em Economia, Economista do IBRE/FGV

Juarez Freitas

Pós-doutor em Direito, Professor PUC-RS e UFRGS

Marcus Mello

Doutor em Ciência Política, Professor da Universidade Federal de Pernambuco

Marcos Mendes

Doutor em Economia, Consultor Legislativo do Senado

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito, Professor da Unifor

Raul Wagner dos Reis Velloso

Doutor em Economia, Consultor

Roberto Ellery

Doutor em Economia, Professor da Universidade de Brasília

Valmir Pontes Filho

Mestre em Direito, Professor da UFC

Expediente

Editor Assistente

João Gabriel Laprovitera Rocha

Mestre em Direito, Consultor Técnico do TCE Ceará

Coordenadora de Comunicação Social

Kelly Cristina Caixeta de Castro - 46162MTb/DF

Revisão e Organização de artigos

Raquel Dreher de Palhano Xavier

Diagramação e Capa

Lilyanne Leitão

Revisão Ortográfica

Tikinet Edição Ltda.

Tiragem

1.000 exemplares

Distribuição gratuita

Impressa em 2016

Nota do Editor

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

O trabalho que abre este número, intitulado “Propriedade Pública: Funcionalização e Sustentabilidade”, de Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa, dedica-se ao exame da função social da propriedade pública e da sustentabilidade como objetivo traçado na Constituição de 1988 e nas diretrizes da política urbana do Estatuto da Cidade. A autora parte de uma profícua análise do regime dos bens públicos e a relação entre afetação e função social da propriedade pública, a fim de sustentar que também a propriedade pública só se legitima pelo atendimento à função social e ambiental, ensejando ao gestor público responsabilidade pelos danos causados à coletividade pelo uso do bem em desacordo com as normas urbanísticas.

Em seguida, Leonel Oliveira, Juliana Alves e Maria Rafaela Freitas trazem interessante estudo acerca do controle das despesas com pessoal no Poder Judiciário, com foco nos Tribunais de Justiça de médio porte. Os autores, a partir de dados divulgados nos Relatórios de Gestão Fiscal dos referidos tribunais e no “Justiça em Números” no período de 2006 a 2015, constataam a evolução das despesas com pessoal nas cortes estaduais, notadamente nos TJ’s da Bahia e Ceará, que atingiram os limites de alerta e prudencial, e de Santa Catarina e Maranhão, que excederam o limite máximo de 6% sobre a Receita Corrente Líquida. O trabalho questiona a efetividade da política restritiva da LRF relativamente aos limites de despesa com pessoal, considerando que as melhorias observadas nos indicadores fiscais não foram em decorrência de controle efetivo da despesa, mas se deram, sobretudo, pelo crescimento da receita com o aumento da carga tributária, na União, e pelos contratos de refinanciamento da dívida e mecanismos legais de controle de endividamento, no caso dos estados e municípios. Diante desse cenário, a solução proposta passaria pelo planejamento das ações no setor público, a partir de uma gestão mais transparente e responsável das receitas e despesas públicas, que desburocratize o aparato administrativo e reduza gastos com atividades desnecessárias.

Após, a Revista traz intrigante artigo de Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho sobre a possibilidade de indenização pelos danos causados como decorrência natural do encerramento da parceria público-privada. O autor propõe que, em situações bastante específicas, superada a literalidade normativa do sistema de recuperação patrimonial, o ressarcimento apresente-se como medida plenamente viável, resguardando a hipossuficiência do empregador e o equilíbrio do contrato. Trata-se de valiosa contribuição sobre um tema ainda pouco explorado, principalmente nessa conjuntura de constantes investidas estatais na busca por aliados econômicos.

Outro importante tema discutido nesse número diz respeito, ainda, às alterações promovidas na contabilidade aplicada ao setor público. Anelise de Meneses e Patrícia Mapurunga apuraram que, com a adoção das alterações ocorridas na Contabilidade aplicada ao setor público pelos entes da Federação, grande parte (74%) das recomendações emanadas nos pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas referentes à Contabilidade será, ou já foi, atendida, o que revela que essas novas normas trouxeram relevante contribuição para o efetivo exercício do controle externo.

É evidente que não há espaço, nessas breves linhas, para comentar todos os artigos constantes do presente número, cabendo-nos apenas destacar, no geral, os valiosos trabalhos aqui publicados, que versam sobre os mais diversos e frutíferos assuntos, tais como controladoria e eficiência no setor público, controle social, a importância dos Tribunais de Contas no combate à corrupção, moralidade administrativa, inteligência computacional aplicada ao controle externo, controle de legalidade, controle de constitucionalidade, positivismo jurídico, crimes contra a Administração Pública, entre outros.

Mais uma vez reiteramos a confiança na difusão do conhecimento e no compartilhamento de ideias, compromissos desta Corte de Contas que se materializam por diversos meios, dentre eles, pela Revista Controle.

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

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

SUMÁRIO

Propriedade pública: funcionalização e sustentabilidade

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa14

A análise do controle das despesas com pessoal no Poder Judiciário: um estudo aplicado aos Tribunais de Justiça de médio porte

Juliana Alencar Alves / Maria Rafaela de Oliveira Freitas / Leonel Gois Lima Oliveira32

O Direito à Indenização na Caducidade: Investigando as Entrelinhas da Recuperação Patrimonial no Serviço Público

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho59

A Contribuição das Alterações Promovidas na Contabilidade Aplicada ao Setor Público para o Efetivo Exercício do Controle Externo pelos Tribunais de Contas

Anelise Florencio de Meneses / Patrícia Vasconcelos Rocha Mapurunga83

Controladoria e eficiência no setor público

Francisco Apoliano Albuquerque / Lorena Aragão Feitosa / Léa Aragão Feitosa / Thiago Luis Albuquerque109

Controle social exercitado nas Universidades Públicas de Teresina (PI): um estudo com acadêmicos de Ciências Contábeis

Anderson Rafael Costa Sousa / Ceciane Portela Sousa / Conceição de Maria dos Santos Moura / Elivânia Leal Ribeiro122

Moralidade Administrativa, Extra-Administrativa e Comum: Uma Distinção Necessária

Marcos José Nogueira de Souza Filho145

Controle de legalidade e conceitos jurídicos indeterminados

Antonio França da Costa163

O esforço de Kelsen para salvar o positivismo jurídico	
Ana Paula de Oliveira Gomes	181
Inteligência computacional aplicada ao controle externo da administração pública: aplicações da classificação de padrões utilizando redes neurais artificiais	
Renan Martins de Sousa	201
Aspectos destacados da implantação do Programa A3P e o desempenho socioambiental no Tribunal de Contas de Santa Catarina – resultados e desafios	
Azor El Aschkar	219
A Importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção	
Marcello Costa e Silva Leite	238
Estudo sobre o reflexo de instituto do Direito Processual Civil diante de Processos de Controle na Corte de Contas do Ceará	
José Jaime dos Santos Neto / Emanuely Dias Bezerra	254
Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil	
Antonio Luiz Garcia Júnior	278
Crimes contra a Administração Pública	
Agapito Machado	300
Resenha: Conflitos federativos: esperanças e frustrações – em busca de novos caminhos para a solução, de Fernando Rezende	
João Gabriel Laprovitera Rocha	353
Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle....	360

Propriedade Pública: Funcionalização e Sustentabilidade

Public Property: Functionalization and Sustainability

Adelaide Maria Rodrigues Lopes Uchoa¹

RESUMO:

Este artigo se dedica ao exame da função social da propriedade pública e a sustentabilidade como objetivo traçado na Constituição de 1988 e nas diretrizes da política urbana do Estatuto da Cidade. Analisa o regime dos bens públicos e a relação entre afetação e função social da propriedade pública. Consta-se que mesmo sendo pública não subsistem dúvidas de que a propriedade pública deverá atender a função social e que o gestor não pode se afastar das diretrizes urbanísticas e ambientais do Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor. A propriedade pública só se legitima pelo atendimento à função social e ambiental, ensejando ao gestor público responsabilidade pelos danos causados à coletividade pelo uso do bem desconforme com as normas urbanísticas.

Palavras-Chave: Estatuto da Cidade. Função social. Propriedade pública. Política urbana. Sustentabilidade.

ABSTRACT:

This article examines the social function of public property and sustainability as an established objective in the 1988 Brazilian Constitution and in the guidelines of Urban Policy from the City Statute. It analyzes the public property regime and the relationship between affectation and social function of public property. We observe that, even though public, the public property must meet the social function, and the public manager must not get away from the urban and environmental guidelines of the City Statute, instrumentalized in the Master Plan. Public property is only legitimized by meeting the social and environmental function, assigning to the public manager liability for the damage

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e professora de Direito Civil da Universidade de Fortaleza. Procuradora do município de Caucaia, Ceará. E-mail: adelaideuchoa@hotmail.com

caused to society by the use of properties against urban planning rules.

Keywords: City Statute. Social function. Public property. Urban policy. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

Propriedade é definida como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes de usar, gozar, dispor e reivindicar, excluindo todos os terceiros de qualquer ingerência nele.

O poder de disposição sobre o bem configura nota caracterizadora da propriedade e não se aplica do mesmo modo aos bens públicos e aos bens privados. A Constituição de 1988 dispõe que a propriedade atenderá sua função social, sem limitar a exigência exclusivamente a propriedade privada.

No tocante aos bens públicos, observa-se que os de uso comum do povo e os de uso especial estão afetados a uma destinação coletiva, e, portanto, já vinculados a uma função social; todavia os bens dominiais, por não estarem afetados a serviço ou função pública não se presume função social.

A função social foi instituída objetivando-se mitigar a especulação, a improdutividade, o uso abusivo de bens; busca minimizar as desigualdades sociais e apresenta também um viés ambiental. A averiguação do cumprimento da função social, aí incluída a ambiental, depende de critérios objetivos previstos na lei e que levam à sustentabilidade.

Em linhas gerais, objetiva com este trabalho analisar as diferenças entre a propriedade pública e a privada sob a ótica do direito constitucional, bem como o alcance da função social que delas se exige. Especificamente, examina-se a propriedade pública diante do cumprimento das funções social e ambiental; ressalta-se o dever de conciliar a expansão ordenada com o desenvolvimento sustentável da cidade, peculiar ao ente estatal, em consonância com os princípios da Constituição Federal de 1988 e as diretrizes da política urbana previstas na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto da Cidade.

Tenciona-se, por fim, averiguar os institutos inovadores previstos no Estatuto da Cidade, concebidos para regular o direito de propriedade em consonância com o Estado Democrático de Direito, e perquirir sobre a apli-

cabilidade dos instrumentos da política urbana ao regime jurídico da propriedade pública, balizando o estudo com o reconhecimento e a tutela às funções social e ambiental.

2 ELEMENTOS DA PROPRIEDADE

A questão principia pelo instituto da propriedade. No âmbito do Direito Civil, a Lei nº 10.406/2002, que deu origem ao Código Civil de 2002, em seu art. 1.228 assegura a todos o direito de usar, gozar e dispor dos bens, tendo o proprietário o direito de reivindicá-los de quem injustamente os detenha. Ou seja, privatisticamente, tem-se então a propriedade como a plenitude do direito sobre a coisa, manifestada pelos poderes respectivos: *jus utendi, fruendi et abutendi aliados ao jus perseguendi*.

O *jus utendi* é traduzido na possibilidade de usar a coisa segundo a vontade exclusiva do proprietário; o *jus fruendi* refere-se ao direito de retirar os frutos, civis ou naturais da coisa; o *jus abutendi* significa a possibilidade de dispor da coisa, seja consumindo-a, seja alienando-a; e o *jus perseguendi* expressa o direito que cabe ao proprietário de retomar a coisa daquele que a possua ou a detenha injustamente. Da propriedade decorrem todos os demais direitos reais, como os de garantia e de fruição (DINIZ, 2003, p. 2-3).

Diante das noções apresentadas acerca da conformação do instituto por meio dos elementos que a caracterizam cabe analisar a propriedade pública, bem ainda os contornos que a delimitam e distinguem da propriedade privada. De logo, será explicitado que propriedade pública (não coletiva) e propriedade privada, muito embora encerrem as mesmas faculdades oriundas do gênero propriedade (uso, gozo, fruição e reivindicação), têm fundamentos diferentes e, por isso, requestam disciplinamentos jurídicos distintos.

Segundo Nilma de Castro Abe (2008, p. 137), o fundamento da propriedade privada está em garantir poderes sobre bens que permitam a existência e o conforto das pessoas, e que sejam aptos ao comércio; já a propriedade pública baseia-se no interesse coletivo e, por isso, impõe-se um regime jurídico especial aos bens públicos de inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade. Para Ana Prata (1982, p. 146), o uso discricionário do

bem público é vedado ao administrador público e considera ainda que a propriedade pública está submetida a uma função. Já Lúcia Valle Figueiredo (2005, p. 554) afirma que o patrimônio público sujeita-se ao controle dos tribunais de contas e Congresso Nacional, como também ao controle judicial, por meio de ação popular.

No tocante à funcionalização dos bens, a Constituição Federal de 1988, sem distinguir se pública ou privada, dispõe que a propriedade atenderá sua função social (art. 5º, XXIII).

3 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Diante da dificuldade em estabelecer o conteúdo da função social exigida da propriedade, doutrinadores buscam examinar as destinações das propriedades segundo as potencialidades econômicas.

Para Eros Roberto Grau (2007, p. 235), a propriedade poderá exercer as funções social e individual. De acordo com o autor, a propriedade privada que se presta à garantia da subsistência individual e familiar cumpre uma função individual, inserida nos direitos individuais de todos assegurados pela ordem constitucional. Desta propriedade se exigirá o cumprimento de função social se o exercício desse direito individual, ao extrapolar de sua função própria, for nocivo ou abusivo.

No conteúdo do art. 170, III, da Constituição Federal de 1988, encerra-se o princípio da propriedade-função social, entre os princípios da ordem econômica. Consoante o princípio da função social, o exercício da propriedade privada dos bens de produção está atrelado aos preceitos da justiça social, objetivando, desse modo, garantir às pessoas uma existência digna (GRAU, 2007, p. 247). Também determina que a ordem econômica observe a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial e à apropriação contrária ao interesse coletivo, o que se nota aplicável tanto ao proprietário particular como também ao poder público.

Na ótica de Gustavo Tepedino (2006, p. 158), até pouco tempo pairava o entendimento de que a função social resumia-se a uma questão filosófica, política ou teológica, que não repercutia no âmbito do direito positivo. Contudo, o conceito de função social, inserido na Constituição Federal de

1988 e posteriormente reproduzido no Código Civil de 2002, reclamou uma definição objetiva do conteúdo jurídico da função social da propriedade para que pudesse ter aplicabilidade. De nada adiantaria exigir cumprimento de uma função social sem que se especificassem quais atos ou condutas seriam consideradas contrárias a essa função ou o que se exigiria dos proprietários para considerá-los cumpridores desse requisito.

Para esse autor, a função social é um elemento interno do domínio e promove o controle da legitimidade do direito de propriedade. Ao proprietário impõe-se o dever de respeitar situações jurídicas e interesses não proprietários socialmente tutelados, atingidos pelo exercício dominical:

A proteção ambiental, a utilização racional das reservas naturais, as relações de trabalho derivadas da situação proprietária, o bem-estar desses mesmos trabalhadores são interesses tutelados constitucionalmente e que passaram a integrar o conteúdo funcional da situação proprietária (TEPEDINO, 2006, p. 158-159).

Para o autor, a função social da propriedade, como elemento interno da propriedade, exige do proprietário, cumulativamente, o cumprimento do dever de abstenção de praticar o ilícito e de promover o meio ambiente. A propriedade é legítima enquanto o proprietário atender esses deveres, e o Poder Judiciário não deverá compactuar com a conduta do proprietário que desrespeita a função social (Ibidem, p. 159).

Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2005, p. 118-119) aduz que, ao exigir-se o cumprimento da função social asseguram-se, dentre outros valores, solidariedade, dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho, proteção ao meio ambiente, e ordenação do espaço urbano. Para o autor, o conteúdo da função social poderá ser alargado pela jurisprudência, ao considerar que nas decisões judiciais poderão ser contempladas outras hipóteses de condutas antissociais não elencadas na lei.

Ser condicionante do direito de propriedade ou ser elemento interno da propriedade passou a ser objeto de relevante debate na doutrina civil e constitucional. Todavia, esse não é o ponto principal deste trabalho. O foco é a relação entre a funcionalização dos bens públicos e as diretrizes da política urbana, voltadas ao desenvolvimento sustentável.

Na atualidade, observa-se que o direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social. O conteúdo

foi agregado de maneira indissociável à propriedade e, para a efetiva garantia da propriedade privada urbana, deverão ser atendidas as exigências fundamentais de ordenação da cidade contidas no Plano Diretor. Este instrumento deverá ser consentâneo com as diretrizes gerais da Lei nº 10.257/01, especialmente garantindo o desenvolvimento sustentável da cidade.

Com efeito, além de repositório de diretrizes gerais de natureza urbanística, o Estatuto da Cidade foi concebido com a finalidade de garantir a observância aos princípios constitucionais, como o da função social da propriedade, bem como promover a implementação dos instrumentos jurídicos e políticos destinados à consecução do bem-estar coletivo e atribuir as competências e responsabilidades respectivas.

Após as explanações acerca do conteúdo da função social da propriedade de modo geral, na próxima seção será analisada a propriedade pública, enfocando o regime jurídico ao qual estão adstritos os bens públicos, em uma perspectiva do uso do bem conforme a respectiva destinação e a relação com a função social e ambiental, que também são corolários da propriedade pública.

4 A FUNCIONALIZAÇÃO DOS BENS PÚBLICOS

Bens públicos são aqueles corpóreos, ou incorpóreos, imóveis, móveis, semoventes, créditos direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, à União, estados, municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público. Configura-se nesses bens o patrimônio público, e se encontram sob o regime de direito público.

Nos termos do artigo 20 da Constituição da República, os bens da União consistem, especificamente, em terras devolutas, lagos, rios e correntes de águas sob o domínio nacional, em ilhas fluviais, lacustres, oceânicas e costeiras sob o domínio da União, os recursos naturais da plataforma continental, o mar territorial, terrenos de marinha e acrescidos, potenciais de energia hidráulica, recursos minerais, as cavidades naturais subterrâneas, sítios arqueológicos e as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas.

No artigo 26 da Constituição de 1988 são relacionados os bens dos estados: águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depó-

sito, as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no domínio do Estado, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros, as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União, as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

A titularidade do Município, após a Constituição de 1891, passou a ser residual em face da omissão no texto da Constituição de 1988. Somando-se a essas formas constitucionais de propriedade pública mencionadas, a Lei Nacional de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979) dispõe que as áreas de circulação, verdes ou livres e institucionais passam a titularidade do município a partir do registro do loteamento no serviço imobiliário competente.

Bens imóveis podem igualmente ser transmitidos voluntariamente pelo proprietário em favor do poder público, a exemplo das doações e trocas. Já os bens expropriados e os confiscados do particular passam também ao domínio estatal em razão do interesse público ou de sanção decorrente de ato ilícito praticado pelo proprietário, observando-se o trâmite precedimental peculiar.

Identificados genericamente os bens que compõem o patrimônio público, é fundamental examinar o regime jurídico a que estão adstritos, abordando essencialmente a afetação dos bens de uso comum do povo e de uso especial.

De acordo com o artigo 99 do Código Civil Brasileiro, os bens públicos são classificados segundo as funções a que estão vinculados. Bens públicos de uso comum do povo são acessíveis a todos e podem ser disponibilizados gratuita ou onerosamente, e constituem rol exemplificativo: ruas, praças e mares dentre outros. Bens públicos de uso especial são os utilizados pela administração para a consecução de atividade-fim, e diferentemente dos bens de uso comum do povo, não estão acessíveis a todas as pessoas, como os prédios da administração pública, veículos oficiais, ambulâncias públicas e cemitérios. Os bens dominiais ou dominicais são os que não estão afetados ao serviço ou função pública, nem estão disponíveis para uso pela coletividade, a exemplo dos imóveis desocupados, adjudicados em face de dívidas fiscais, terrenos da marinha, terras devolutas dentre outros. São estes últimos os bens passíveis de alienação segundo o regime jurídico do patrimônio público.

Deve-se atentar também para o teor dos artigos 216 e 225 da Constituição de 1988 que apontou o meio ambiente e o patrimônio cultural brasileiro como bens públicos.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I – as formas de expressão;

II – os modos de criar, fazer e viver;

III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ante a classificação dos bens públicos quanto à função a que estão vinculados, é imperioso ressaltar que os bens públicos de uso comum do povo e de uso especial já se encontram afetados ao interesse público, e a função social é inerente a eles. O mesmo não ocorre com os bens dominiais, que, por não terem uma destinação pública, não estão afetados, e deles não se presume uma função social. Pelo menos, *a priori*, esse é o entendimento que se pode deduzir sobre a funcionalização do patrimônio público (UCHOA, 2014, p. 23-28).

É afetação a destinação do bem a uma finalidade pública, devendo se realizar por meio de lei ou de ato jurídico, que modifica a natureza de um bem dominical em um bem destinado ao uso comum ou ao uso especial. A desafetação é exatamente o inverso, desconsagra o bem que se destinava ao uso de todos ou ao uso da administração pública, e transforma-o em bem dominial (COUTINHO, 1997, p. 7).

Depreende-se, portanto, que o constituinte determinou que a propriedade privada está vinculada ao princípio da função social, mas não a estabeleceu no tocante à propriedade pública. O direito de propriedade no ambiente urbano se mostra protegido desde que cumprida a função social, e o conteúdo dessa função está nas normas do Plano Diretor da cidade, cujas diretrizes estão consignadas no Estatuto da Cidade e se volta ao de-

envolvimento sustentável da cidade. Na sustentabilidade inclui-se o direito à propriedade imobiliária urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

Paulo Nogueira-Neto (1994), fazendo alusão ao mandamento de amor ao próximo, define “sustentabilidade” como sendo o uso continuado, não predatório, racional dos recursos tanto econômicos como ambientais, sociais, culturais e éticos, para que se sustentem o maior tempo possível no planeta. E complementa a definição, tecendo uma advertência:

Além disso, é necessário incorporar ao conceito de sustentabilidade, o critério de que as decisões a seu respeito devem respeitar o interesse público, serem transparentes e assumidas de modo democrático pelas populações interessadas.

O cumprimento da função social não é avaliado por critério subjetivo, portanto, ao estabelecer que a propriedade está funcionalizada objetiva-se mitigar a conduta especulatória, a improdutividade e o uso abusivo de bens. Nesse caso, cabe ao poder público fiscalizar o uso da propriedade particular, mas também usar adequadamente os próprios bens, de modo que os bens públicos tenham uma finalidade produtiva, que sejam utilizados em prol da coletividade. Assim sendo, pode-se afirmar que a função da propriedade pública já tem cunho social, porque deverá se destinar aos interesses públicos.

Rocha (2005, p. 127) sustenta que os bens públicos também estão sujeitos aos efeitos do descumprimento da função social, visto que, independente da afetação deles, a função social deverá ser observada. Para Di Pietro (2006, s.p., grifos no original), a função social da propriedade pública está implícita em vários dispositivos constitucionais que disciplinam a política urbana:

a) No artigo 5º, inciso XXIII, está prescrito que “a propriedade atenderá a sua função social”; ao mesmo tempo em que impõe um dever ao proprietário, protege o interesse coletivo; b) no artigo 170, inciso III, está inserido entre os princípios da ordem econômica que têm por objetivo “assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social”; c) no artigo 182, está definida a função social da propriedade urbana (§ 2º) como aquela que “atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”, impondo ao proprietário

do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena de sujeitar-se às medidas previstas no § 4º (parcelamento ou edificação compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública); d) no artigo 186, define-se a função social da propriedade rural, sujeitando os proprietários que a descumprirem à desapropriação para reforma agrária, nos termos do artigo 184.

Na qualidade de instrumento da reforma urbana concebida pela Constituição Federal de 1988, a Lei nº 10.257/01 estabelece nos arts. 182 e 183 diretrizes gerais da política urbana, assinala instrumentos aplicáveis à política de desenvolvimento urbano, e tem como propósito garantir o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade.

Do conceito de função social da cidade, extrai-se que a cidade que atende sua função social *proporciona os benefícios da urbanização desfrutáveis por todos os habitantes* (DALLARI, 2006, p. 526). É nessa acepção que o administrador público faz uso do planejamento como instrumento de consecução dos objetivos voltados ao desenvolvimento: impõe o cumprimento da função social da propriedade privada (e da pública também), evita a retenção especulativa do solo, otimiza os recursos públicos e assegura a participação efetiva da população no planejamento. Em suma, atende às diretrizes do Estatuto da Cidade, como a justa distribuição dos benefícios e ônus, pondo em prática os instrumentos legais destinados à implementação dos objetivos da política urbana (UCHOA, 2007).

Segundo Di Pietro (2006, s.p.), a função social da cidade imposta ao poder público está resguardada tanto no artigo 182 da Constituição Brasileira de 1988 como no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade:

Art. 2º – A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.

O não atendimento a função social da cidade tem como consequência

a imposição de sanção jurídica ao administrador público que deixa de agir na direção da ordenação do solo e do uso adequado do patrimônio público (DI PIETRO, 2006). Isso em razão do teor da Lei nº 10.257/01 que incluiu a *ordem urbanística* nos interesses tutelados pela Lei da Ação Civil Pública. Portanto, o administrador público deverá ser igualmente responsabilizado pelo desatendimento às normas da política urbana.

Entretanto, mesmo com as prescrições da Lei da Ação Civil Pública, no intuito de coibir lesões ao meio ambiente o que se vê é a pouca utilização dessa ferramenta por iniciativa do povo. Para Paulo Roberto Ferreira de Souza (2003, p. 118), a razão decorre da falta de conscientização da sociedade brasileira de seus direitos e poderes, e mais, da perda da capacidade de se indignar diante de abusos e desmandos praticados pela administração pública.

Nesse aspecto, diante da ausência de interesse da sociedade em promover as medidas assecuratórias ou mesmo acionar o Judiciário com vistas a reprimir as condutas abusivas e promover a reparação dos danos, compete ao Ministério Público funcionar como guardião do Estatuto da Cidade, defendendo a ordem jurídica e o patrimônio público e social, incluído neste o meio ambiente. A preconizada sustentabilidade depende essencialmente de planejamento que harmonize a exploração econômica deles com os mecanismos previstos para a reforma urbana. No uso dos bens públicos, o gestor, diante do papel que desempenha, deverá, necessariamente, conciliar desenvolvimento e preservação do meio ambiente.

5 FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE E SUSTENTABILIDADE: DIRETRIZES DA POLÍTICA URBANA APLICÁVEIS AO PODER PÚBLICO

Dentro da ordem constitucional brasileira foi explicitado que a propriedade deverá atender a função social. No entanto, a função ambiental a que está vinculada a propriedade urbana ficou implícita. E consequentemente, qualquer que seja a natureza dos bens, a utilização pelos respectivos titulares ou gestores deve guardar observância às normas regras e aos princípios garantidores do equilíbrio ambiental e, por tanto, balizadores do bem-estar da coletividade.

A função ambiental da propriedade urbana revela, então, um viés so-

cial. A sustentabilidade e o planejamento do desenvolvimento das cidades concebido para o equilíbrio social e ambiental figuram entre as diretrizes da política urbana que se buscam concretizar, por meio dos diversos instrumentos da reforma urbana.

Segundo Silva (2004, p. 45-46), essa função, ambiental, ecológica, tem previsão em constituições estrangeiras, a exemplo da Bulgária de 1971, da Suíça, da ex-União Soviética, de 1977, a portuguesa de 1976, a espanhola de 1978, da chilena, da chinesa dentre outras.

Nas constituições brasileiras, a proteção ao meio ambiente natural teve princípio na Constituição de 1946, ensejando a edição do primeiro Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965) e dos Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca. Contudo, apenas com a Constituição de 1988 deu-se relevância à matéria nos arts. 5º, LXXIII, 24, VI, VII e VIII, 91, §1º, III, 129, III, 170, VI e 186, II; arts. 23, 24 e 30, VIII, e 196 a 200. O *caput* do art. 225, parte integrante do Capítulo VI da Constituição da República, prescreve:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

Com efeito, a política urbana, por meio de seus instrumentos legais, tem por objetivo construir e ordenar um meio ambiente urbano equilibrado e saudável, garantindo a esta e às futuras gerações qualidade de vida e bem-estar.

A biodiversidade, o adequado aproveitamento territorial e a preocupação com a degradação ambiental, já insculpidos no Código Florestal, foram reforçados pelas diretrizes do Estatuto da Cidade em mais uma dimensão: a de que, além da propriedade urbana, a cidade também deverá cumprir uma função social (UCHOA, 2007).

Dúvidas inexistem de que a exploração da propriedade deve ser voltada à sustentabilidade com o fito de garantir um ambiente equilibrado não só para essa geração, e também para as futuras. Nesse sentido, é essencial discutir a relação entre a natureza jurídica dos bens públicos afetados e a sustentabilidade, pressuposto da administração da coisa pública.

Os bens públicos se submetem a regimes jurídicos diversos dependendo de sua destinação, todavia qualquer que seja a classificação, todos reclamam atendimento à função social e à função ambiental. Não se olvide, no entanto, que a funcionalização da propriedade pública pressupõe o compromisso com a preservação do ambiente.

Di Pietro, aludindo a Jambrenghi, afirma que a propriedade pública é função social e não *tem* função social. Desse modo, a função social é um dever, sendo inerente aos bens do domínio público. Em se tratando de uma função, na qual se inclui o dever de proteger o meio ambiente, o gestor público deve atuar *de modo a garantir que a mesma se faça para fins de interesse geral, ou seja, para garantir uma cidade sustentável* (DI PIETRO, 2006, s.p.). Em outras palavras, o gestor tem o direito de proporcionar a exploração econômica dos bens públicos, mas não poderá se afastar das diretrizes da política urbana, nem atuar em desconformidade com as normas do Estatuto da Cidade, tampouco ignorar as normas ambientais. O gestor público está sujeito às mesmas exigências que o proprietário particular, e teoricamente, às mesmas sanções previstas em lei.

Ratificando o entendimento de Rocha (2005, p. 146) deve ser assinalada a possibilidade de ser o ente público forçado a realizar nos bens sob sua titularidade obras de parcelamento compulsório, edificação ou, em último caso, ter os mesmos desapropriados em razão de descumprimento da função social, assim como é aplicável aos proprietários privados.

Não se pode negar, por outro lado, que esse raciocínio poderia levar ao entendimento pela prescritibilidade de bens dominiais, além de merecer reflexão outro aspecto: a quem caberia a interposição de desapropriação-sanção para fins de reforma urbana de bem público municipal.

Considerando que a propriedade pública também está sujeita à funcionalização, não se exime o poder público, por seus gestores nas várias esferas, do atendimento à função social e ambiental quanto ao patrimônio que administra. Igualmente não se pode negar que a aplicação de algumas sanções consignadas no Estatuto da Cidade seriam inefetivas, a exemplo da

incidência de IPTU progressivo no tempo e da desapropriação sancionatória.

A função social e ambiental dos bens públicos não se resume a afetação a algum serviço, mas com ela guarda estreita relação, posto que no uso dos bens públicos deverão ser observadas as diretrizes do Estatuto da Cidade, bem como cumpridas as exigências de ordenação da cidade, conforme leis próprias, com vistas a evitar usos inadequados do solo urbano, de produtividade das terras situadas em zona rural, coibindo o surgimento e a manutenção de latifúndios improdutivos ou mal aproveitados, de preservação ambiental, do patrimônio cultural, objetivando-se o desenvolvimento aliado à sustentabilidade.

Com o planejamento do desenvolvimento da cidade visando ao equilíbrio social e ambiental, a cidade deverá se desenvolver de forma racional, planejada. Deverá, portanto, ser sopesada a relação custo-benefício travada entre o progresso com seus avanços tecnológicos e possíveis danos à coletividade ou comprometimento ambiental.

O Estatuto da Cidade foi concebido para funcionar como instrumento do desenvolvimento das cidades, para isso, foram previstos mecanismos que permitem a execução da política de desenvolvimento urbano. Dentre outras disposições, considerou como ato de improbidade administrativa a conduta do gestor público municipal, assim como dos agentes públicos, contrária às normas ali reportadas, apontou os instrumentos a serem utilizados na implementação da política urbana, os planos nacionais, regionais e estaduais e ordenação do território e de desenvolvimento urbano e social. Tornou obrigatória a elaboração de Plano Diretor para os municípios com mais de vinte mil habitantes, cuja finalidade é parametrizar as atividades econômicas desenvolvidas na cidade, por meio de leis sobre uso, ocupação e parcelamento do solo urbano, obras e posturas municipais, sistema viário, legislação ambiental, tanto no âmbito privado como no que se refere à atuação dos gestores públicos nas obras.

A exigência de atendimento às diretrizes consubstanciadas no Estatuto da Cidade e instrumentalizadas no Plano Diretor não é exclusiva da propriedade privada. Diante da constatação de que os bens que compõem a propriedade pública estão submetidos a uma função social e ambiental é de se esperar que o Poder Público, que tem o mister de fiscalizar os administrados no cumprimento do dever, seja o primeiro a atuar proativamente no sentido de conferir aos bens públicos destinação consentânea à função

social e ambiental.

Minimizar desperdícios, punir a malversação dos recursos públicos, especialmente os escassos, conceder uso adequado à vocação do bem são apenas alguns exemplos de práticas sustentáveis, que podem assegurar um ambiente sadio tanto para as presentes como para as futuras gerações.

6 CONCLUSÃO

A partir da Constituição de 1988, o direito de propriedade, elevado à categoria de direito fundamental, ganhou novos contornos, e passou a ser funcionalizado, já que o texto constitucional impôs ao proprietário o dever de atendimento a uma função de natureza social, aí incluída a função ambiental.

Ao regulamentar o dispositivo constitucional, o Estatuto da Cidade disciplinou os instrumentos destinados à consecução da expansão ordenada da cidade e do planejamento urbano, e o Código Civil Brasileiro a partir de 11 de janeiro de 2003, sob a influência dos princípios constitucionais, ratificou a exigência da função social da propriedade.

Desse modo, as faculdades de usar, gozar, dispor e de reaver de quem injustamente a detenha mantêm-se plenamente asseguradas ao proprietário enquanto a função social for satisfeita. A função social passou a ser elemento legitimador do direito de propriedade. Não se fez menção expressa se essa exigência era aplicável apenas à propriedade privada, o que leva a presumir que os bens públicos requeiram funcionalização além de mera afetação ao uso ou ao serviço público.

O Estatuto da Cidade, na mesma direção da Constituição da República, ratificou a funcionalização dos bens e, apoiado em princípios e diretrizes inovadoras, prevê instrumentos jurídico-urbanísticos voltados ao desenvolvimento sustentável das cidades. Busca-se com a implementação dos instrumentos da política urbana que as cidades desenvolvam com base em planejamento racional, integrado e adequado à própria realidade levando em conta as diretrizes ambientais contidas também na legislação local.

É, portanto, dever do gestor público a fiscalização do cumprimento da função social e ambiental da propriedade privada, por outro lado, deverá conferir aos bens sob seu domínio a destinação conforme as normas urbanísticas e ambientais, de modo a assegurar a sustentabilidade. Para tanto,

mostram-se necessárias atuações mais eficientes do gestor público a fim de que o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado deixe de ser uma meta para se tornar uma realidade.

REFERÊNCIAS

ABE, N. de C. Notas sobre a inaplicabilidade da função social à propriedade pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC**, São Paulo, n. 11, jan./jun. 2008.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.

_____. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/_Quadro-2001.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.

COUTINHO, J. R. de A. **Direito imobiliário público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

DALLARI, A. A. Atualidades do direito urbanístico brasileiro. **Boletim de Direito Municipal**, São Paulo, v. 22, n. 7, p. 521-530, mar. 2006.

DINIZ, M. H. **Sistemas de registros de imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, M. S. Z. Função social da propriedade pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 6, abr./maio/jun. 2006. Disponível em: <http://nute.ufsc.br/moodle/biblioteca_virtual/admin/files/funcao_social_da_propriedade_publica_aula_10_-_parte_i.pdf>. Acesso em: 16 de jan. 2016.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NOGUEIRA-NETO, P. Os grandes problemas ambientais do mundo contemporâneo. In: CONFERÊNCIA REALIZADA NO INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS, Universidade de São Paulo, 1994, São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/nogueira_netoambientais.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2016.

PRATA, A. **Tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

ROCHA, S. L. F. da. **Função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental e constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, P. R. F. de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, Maringá, v. 3, n. 1, 2003.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. T. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

UCHOA, A. M. R. L. **A política urbana no ordenamento jurídico constitucional**: a desapropriação-sanção como instrumento do desenvolvimento das cidades. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

_____. A propriedade particular e a propriedade pública: análise dos elementos da propriedade sob o prisma da titularidade. In: GONÇALVES, C. F. O.; SALES, G. B.; QUARANTA, R. M. (Org.). **1988 a 2002**: a constitucionalização do direito civil brasileiro. Fortaleza: Unichristus, 2014.

A análise do controle das despesas com pessoal no Poder Judiciário: um estudo aplicado aos Tribunais de Justiça de médio porte

The analysis of control of personnel expenses in the Judiciary Branch: a study applied to midsize State Courts of Appeals

Juliana Alencar Alves¹

Maria Rafaela de Oliveira Freitas²

Leonel Gois Lima Oliveira³

RESUMO:

Este estudo é aplicado aos Tribunais de Justiça de médio porte, segundo classificação adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, com a proposta de evidenciar o cenário de controle sobre as despesas com pessoal nos Judiciários Estaduais. Para isso, é realizada uma análise quali-quantitativa dos dados referentes às despesas com pessoal, receitas correntes e limites de despesa com pessoal dos Tribunais de Justiça de médio porte, divulgados em seus Relatórios de Gestão Fiscal e no Justiça em Números no período de 2006 a 2015. O objetivo é verificar a evolução das despesas de pessoal no judiciário e das receitas estaduais, bem como a participação daquelas nestas a fim de verificar o limite de gastos segundo a Lei de Responsabilidade Fiscal. Os resultados evidenciaram que houve uma tendência de aumento das despesas com pessoal para os Tribunais estaduais, apesar de não se apresentar uniformemente a todos. Com relação à receita, os estados também tiveram um crescimento acentuado, demonstrando que o cenário econômico pode ter contribuído

1 Especialista em Administração Pública pelo Centro Universitário Estácio do Ceará. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do estado do Ceará (TJCE). E-mail: juliana.alencar@tjce.jus.br

2 Especialista em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do estado do Ceará (TJCE). E-mail: rafaela.oliveira@tjce.jus.br

3 Doutor em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (EBAPE-FGV). Professor da Escola Superior de Magistratura do estado do Ceará (ESMEC). Auditor-chefe de Controle Interno do Tribunal de Justiça do estado do Ceará (TJCE). E-mail: leonel.oliveira@fgv.br / leonegois@tjce.jus.br

para aumento da arrecadação de tributos estaduais. Os limites de alerta, prudencial e máximo, foram computados perante o cenário pontual de redução das Receitas Correntes Líquidas. Por sua vez, a elevada rigidez pela qual é caracterizada as despesas com pessoal faz que estas apresentem a tendência de se manterem constantes ou crescentes, enquanto a trajetória das receitas costuma ser afetada pelo ciclo econômico.

Palavras-Chave: Lei de Responsabilidade Fiscal. Despesa com Pessoal. Receita Corrente Líquida. Controle da Despesa. Poder Judiciário.

ABSTRACT:

This study is applied to midsize State Courts of Appeals, according to the classification adopted by the National Council of Justice, with the proposal to highlight the scenario of control on personnel expenses in the State Judiciary. To this end, we performed a qualitative and quantitative analysis of data on personnel expenses, current income and spending limits with the staff of mid-size State Courts of Appeals, published in their Fiscal Management Reports and in the Justice in Numbers from 2006 to 2015. Our aim is to verify the progress of personnel expenses in the judicial and state revenues, and the participation of those expenses in these revenues to verify the spending limit according to the Fiscal Responsibility Law. The results showed that there was a trend of increase in personnel expenses in the State Courts, although it was not uniformly present to all. Regarding revenues, the states also had a great increase, showing that the economic scenario may have contributed to increase the collection of state taxes. The alert, prudential and maximum limits were computed before the punctual scenario of reduction of the Current Net Revenues. In turn, the high rigidity by which personnel costs are characterized makes them tend to remain constant or increasing, while the trajectory of revenues is usually affected by the economic cycle.

Keywords: Fiscal Responsibility Law. Personnel Expense. Current Net Revenue. Expense Control. Judiciary Branch.

1 INTRODUÇÃO

O estudo e a discussão em torno do controle das despesas com pessoal no setor público têm sido ampliados desde a criação da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) em 2000 (BRASIL, 2000). Essa lei surge como um importante mecanismo de planejamento, controle, transparência e responsabilização na administração pública, abrangendo todos os entes e Poderes (ARAÚJO; RIBEIRO, 2013).

Acerca desse controle, a literatura (FREITAS; DAMASCENA, 2014; ÁVILA; FIGUEIREDO, 2013; GIUBERTI, 2004; SANTOLIN; JAYME JÚNIOR; REIS, 2009; NASCIMENTO et al., 2013; GADELHA, 2012) tem apresentado estudos de um modo geral aplicados aos entes União, estados e municípios. De forma complementar, em relação aos Poderes, existe maior abordagem sobre essa temática em torno do Executivo, verificando-se um déficit de trabalhos que evidenciem e aprofundem o comportamento das despesas com pessoal no Legislativo e Judiciário. Esse cenário de ausência de estudos é semelhante ao que foi observado por Nogueira (2011) na área de Gestão do Poder Judiciário na área de Administração Pública. Possivelmente, deve existir alguns fatores limitantes que conduzem a esse cenário, como a pouca divulgação de informações dificultando seu acesso, ou o fato de haver alguma similaridade das despesas dos Poderes com os entes que os representam. Destaca-se, também, o estudo de Neto Cisne e Cisne (2014) sobre o desafio da autonomia financeira do Poder Judiciário do Ceará, que permitiu demonstrar a evolução dos gastos com custeios, investimentos e inversões financeiras no período de 2003 a 2013.

Dada a relevância de explorar melhor essa temática e revelar mais informações sobre o item de despesa com pessoal nos Poderes, é que se aplicou este estudo ao Poder Judiciário, que concentra, em termos de valor, as maiores remunerações do funcionalismo público. Soma-se a isso o fato de que estas também servem de base ao teto constitucional de remuneração dos demais servidores públicos, o que requer maior atenção ao controle exercido por esse Poder sobre suas despesas com pessoal.

Este estudo é aplicado aos Tribunais de Justiça (TJs) de médio porte, segundo classificação adotada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a proposta de evidenciar o cenário de controle sobre as despesas com pessoal

nos Judiciários Estaduais. Para isso, é realizada uma análise quali-quantitativa das despesas, receitas e limites no período de 2006 a 2015 para os dez tribunais que compõem a amostra. O trabalho voltado para o estudo específico do controle das despesas com pessoal nos Tribunais de médio porte deve-se, principalmente, ao fato de verificar a existência de similaridade no controle desse item de despesa. Para isso, pretende-se investigar se os indicadores de receita, despesa e limites de gastos com pessoal guardam semelhança entre esses tribunais, e se efetivamente eles estão cumprindo com os dispositivos legais e constitucionais de controle e responsabilidade fiscal.

Além desta introdução, o estudo apresenta uma seção sobre o contexto histórico do controle de gastos com pessoal na Administração Pública. Em seguida, são abordados os mecanismos de transparência e limitação da despesa com pessoal no Poder Judiciário. A seção seguinte apresenta os procedimentos metodológicos adotados. Posteriormente, há a análise dos resultados e se encerra com as considerações finais.

2 CONTEXTO HISTÓRICO DO CONTROLE DE GASTOS COM PESSOAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle das despesas com pessoal no Setor Público é uma preocupação que antecede à Constituição Federal (CF) de 1988 e à LRF. Uma das primeiras tentativas de controle veio com a CF de 1891, que concedia ao Congresso Nacional (CN) a competência privativa para “criar e suprimir empregos públicos federais, fixar-lhes atribuições e estipular-lhes os vencimentos” (BRASIL, 1891). Com disposição similar, a CF de 1934 manteve a competência privativa do CN, introduzindo ainda o Título VII – Dos Funcionários Públicos – em que definia seus direitos e prerrogativas, dentre eles a estabilidade após dez anos de efetivo exercício (DIAS, 2009).

O início do processo de redemocratização trouxe com a promulgação da CF de 1946 a ampliação de direitos dos funcionários públicos efetivos, que gozariam de estabilidade após dois anos, quando nomeados por concurso, e após cinco anos, quando nomeados sem concurso. Porém, não houve grande interesse em impulsionar o controle sobre os gastos com pessoal. Em sentido contrário, a carta Magna de 1967 buscou um maior controle dos

gastos públicos, introduzindo claramente o princípio do equilíbrio orçamentário (BRASIL, 1967, art. 66), e, pela primeira vez, estabeleceu um limite de gasto com pessoal de 50 % das receitas correntes para União, estados e municípios. Além disso, passava a ser exigida prévia aprovação em concurso público para nomeação em cargo efetivo, sendo vedada a acumulação remunerada de cargos (DIAS, 2009).

Sob um ambiente de redemocratização, com a incorporação de amplos direitos sociais, a CF de 1988 também estabeleceu dispositivos que incentivavam o controle do orçamento público, do endividamento e da despesa pública. Até que se aprovasse a Lei que estabeleceria limites para a despesa de pessoal, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) em seu art. 38 previa que os entes federados não poderiam dispendar com pessoal mais do que 65% de suas respectivas receitas correntes (BRASIL, 1988).

No entanto, foi após a implementação do Plano Real em 1994 que houve um maior clamor pelo efetivo controle das despesas com pessoal. Até então, durante o período de descontrole inflacionário, o resultado das finanças do país não condizia com a realidade, gerando resultados de falso equilíbrio fiscal, pois as receitas possuíam uma indexação muito melhor que as despesas (MACHADO; ESTEVAM, 2008). Dessa forma, após cessados os efeitos inflacionários, o controle das despesas nominais passou a ser imprescindível por meio de reformas legais e constitucionais (DIAS, 2009). Surge então a Lei nº 82 (Camata I) de 1995 que, na tentativa de regulamentar o art. 169 da CF, estabeleceu limite em 60% da receita corrente líquida para as despesas com pessoal da União, dos estados e dos municípios, e pela primeira vez impôs regra de ajuste em caso de descumprimento dos limites, vedando reajustes ou adequações de remuneração até que a situação se regularizasse.

Após essa regra, sob um cenário nacional de crises econômicas e ameaças, o governo Federal lançou medidas de caráter estrutural visando ao equilíbrio das contas públicas, que constituíam o Programa de Estabilidade Fiscal (PEF) remetido ao Congresso em 1998. Esse programa introduzia mudanças fundamentais no regime fiscal do país, com o objetivo de promover o equilíbrio definitivo das contas públicas de modo a possibilitar a consolidação dos três objetivos básicos do Plano Real: estabilidade de preço, crescimento sustentado e melhoria progressiva das condições de vida da população brasileira (MACHADO; ESTEVAM, 2008; SINDIRECEITA, 2012).

Após o PEF a edição da Lei nº 96 (Camata II) de 1999 que alterou o

limite global da União, reduzindo-o para 50%, e trouxe mecanismos de *enforcement* como a suspensão dos repasses federais e estaduais e a vedação à concessão de garantia da União e à contratação de operação de crédito, em caso de descumprimento dos limites pelos entes da Federação. Finalmente, em 2000, a Lei Camata II foi revogada pela LRF, que incorporou dispositivos semelhantes para limitar as despesas com pessoal.

3 MECANISMOS DE TRANSPARÊNCIA E LIMITAÇÃO DA DESPESA COM PESSOAL NO PODER JUDICIÁRIO

Esta seção procura abordar como os aspectos de transparência e o controle da despesa com pessoal são tratados no Poder Judiciário. Primeiramente, procura-se esclarecer o papel do CNJ. Em seguida, a LRF e os dispositivos constitucionais são apresentados. Finalizando, têm-se a despesa com pessoal e os limites da LRF.

3.1 Papel do CNJ

É relevante destacar que o Poder Judiciário conta com a importante atuação do CNJ para dar maior publicidade e transparência a suas ações e atos de gestão, enfatizando a necessidade de controle da prestação jurisdicional.

Faz-se oportuno esclarecer, desse modo, que o CNJ, como instituição responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, divulga anualmente o Relatório Justiça em Números, que apresenta informações orçamentárias de recursos humanos, produtividade e estrutura dos tribunais brasileiros. Essa divulgação tem sido feita de forma sistematizada desde 2005, ano em que entrou em vigor a resolução CNJ 4/2005, que criou o Sistema de Estatística do Poder Judiciário, divulgando o primeiro relatório consolidado dos indicadores estatísticos do Judiciário brasileiro (OLIVEIRA, 2014).

O relatório reserva capítulo próprio para a Justiça Estadual, apresentando o levantamento das informações orçamentárias, estruturais, de recursos humanos e de litigiosidade. O documento classifica os 27 tribunais estaduais

em pequeno, médio e grande porte. Tal classificação se torna importante em razão das características distintas dos tribunais que compõem a Justiça Estadual brasileira (DPJ, 2015).

Dessa forma, considerando a diversidade entre as unidades da federação (estados e Distrito Federal), entre as regiões geográficas, e, consequentemente, entre os Tribunais de Justiça brasileiros, necessita-se, para fins de produção de análises mais equânimes e proporcionais, fazer comparações entre os órgãos que são de fato comparáveis, ou seja, cujos dados guardem maior similaridade entre si. Com esse intuito, a classificação dos tribunais por porte tem por objetivo criar grupos que respeitem características distintas dentro do mesmo ramo da justiça. (DPJ, 2015, p, 61).

Para essa classificação por porte dos TJs, são levados em consideração especificamente: as despesas totais; os casos novos; os casos pendentes; o número de magistrados; o número de servidores (efetivos, requisitados e comissionados sem vínculo efetivo) e o número de trabalhadores auxiliares (terceirizados, estagiários, juízes leigos e conciliadores). E, a partir da consolidação dessas informações, obtém-se um escore único por tribunal, que dá origem ao agrupamento em três categorias segundo o respectivo porte (DPJ, 2015).

Observa-se pelos relatórios que a composição dos TJs de médio porte tem mantido uma constância, apesar de ter havido alguma migração de TJs entre os três grupos ao longo do período em que se tem publicado o Justiça em Números (DPJ, 2012; 2013; 2014; 2015). Tomando por referência o Relatório Justiça em Números de 2015, ano-base 2014, os tribunais classificados como de médio porte são apresentados no Quadro 1.

Quadro 1: TJs de médio porte

1. TJ Bahia	6. TJ Ceará
2. TJ Santa Catarina	7. TJ Espírito Santo
3. TJ Distrito Federal e territórios	8. TJ Pará
4. TJ Pernambuco	9. TJ Mato Grosso
5. TJ Goiás	10. TJ Maranhão

Fonte: DPJ (2015).

3.2 LRF e dispositivos constitucionais

O item de despesa com pessoal tem relevância nas contas públicas, visto que diversos estudos apontam que esse item de despesa consome uma grande fatia do orçamento em relação às demais despesas públicas, comprometendo sobremaneira os recursos disponíveis provenientes de receitas (CRUZ, 2001; FREITAS; DAMASCENA, 2014). Em decorrência disso, seu gerenciamento responsável é necessário nas instituições e poderes públicos, para garantir um maior controle sobre esse item – o que é exigido por dispositivos legais (LRF) e constitucionais.

Cabe destacar que a aprovação da LRF se dá sob um cenário em que se exigia maior eficiência por parte da ação governamental. Pretendia-se, por meio desta, disseminar a prática de gestão fiscal responsável por todos os níveis de governo e seus poderes, possibilitando, sobretudo, ampliar a eficiência do processo orçamentário governamental equilibrado. A ideia principal dessa lei é a de responsabilização do gestor público e de seus atos, perante o gerenciamento do uso dos recursos públicos, por meio do estabelecimento de limites para a despesa pública (ANTUNES; COSTA JUNIOR; OLIVEIRA, 2012).

A LRF, dessa forma, regulamenta alguns artigos da Constituição (BRASIL, 1988), especialmente o art. 163, que dispõe sobre finanças públicas, o art. 165, sobre o sistema orçamentário do setor público e o art. 169, que trata das despesas públicas com pessoal. No que diz respeito à regulamentação deste último, a LRF traz a definição de limites de gastos com pessoal, por nível de governo e pelos diversos poderes. Segundo Luque e Silva (2004), essa imposição de limites de comprometimento com pessoal partiu do princípio de que o setor público brasileiro tende a apresentar uma tendência a possuir excesso de gasto com pessoal.

Cabe destacar, ainda, a limitação dada pela CF em seu art. 37, inciso XI (BRASIL, 1988), à remuneração e subsídio dos servidores do judiciário estadual, que não devem exceder ao subsídio mensal dos desembargadores do Tribunal de Justiça, este também limitado a 90,25 % do subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal.

3.3 Despesas com pessoal e limites

A despesa com pessoal é definida no caput do art. 18 da LRF (BRASIL, 2000) como o resultado da soma dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros do Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens fixas, subsídios, proventos de aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência. Acrescenta-se ainda ao cômputo dessas despesas os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos (BRASIL, 2000, art. 12, § 1º).

Vale ressaltar que a apuração dessa despesa, realizada quadrimestralmente, será feita com base em um período de 12 meses (Ibidem, art.18, § 2º), caso em que os limites a serem apresentados no Relatório de Gestão Fiscal (RGF) do primeiro e do segundo quadrimestre somarão despesas com pessoal relativas a dois exercícios financeiros, já que a contagem retroage 11 meses. Somente o RGF referente ao último quadrimestre do ano apresentará as despesas de pessoal verificadas na unicidade do exercício financeiro.

É preciso esclarecer que a lei estabelece a Receita Corrente Líquida (RCL) como o parâmetro sobre o qual são atribuídos os limites de gastos com pessoal aos entes e poderes estatais, pois a RCL representa, de forma sucinta, os recursos arrecadados livres disponíveis para aplicação pelos gestores públicos nas diversas ações governamentais. Na esfera estadual, a partir da Receita Corrente total, chega-se à RCL, extraindo-se as transferências constitucionais, a contribuição de servidores para o custeio de sistema de previdência e assistência e as compensações referentes à Lei nº 9.796 (BRASIL, 1999), a chamada “Lei Hauly”. Por outro lado, computam-se, no cálculo da RCL dos estados, os valores pagos e recebidos em função da Lei Complementar nº 87, “Lei Kandir” (Idem, 1996), assim como os valores pagos e recebidos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF).

Dessa forma, existem dois limites globais distintos para os gastos com pessoal no setor público, que devem ser repartidos entre todos os Poderes públicos, com percentuais específicos para cada Poder (Idem, 2000, art. 19).

Os percentuais da receita corrente líquida na Tabela 1 são tidos como limites globais ou máximos que não devem ser ultrapassados em cada período de apuração e em cada ente da federação.

Tabela 1: Limites de gastos com pessoal

UNIÃO		ESTADOS		MUNICÍPIOS	
Poder/órgão	%	Poder/órgão	%	Poder/órgão	%
Executivo	40,9	Executivo	49	Executivo	54
Legislativo	2,5	Legislativo	3	Legislativo	6
Judiciário	6	Judiciário	6	Judiciário	-
Ministério Público	0,6	Ministério Público	2	Ministério Público	-
Limite global	50	Limite global	60	Limite global	60

Fonte: BRASIL (2000).

Com o objetivo de propor maior controle às despesas com pessoal, a LRF também faz referência a outros dois níveis de limites de gastos com pessoal que devem ser monitorados pelos gestores públicos, a fim de poderem agir no sentido de evitar desequilíbrios desse item de despesa em relação à receita disponível. Os limites no Poder Judiciário são detalhados na Tabela 2.

Tabela 2: Níveis de limites no poder judiciário estadual

Alerta (90%)	Prudencial (95%)	Máximo (100%)
5,4%	5,7%	6%

Fonte: BRASIL (2000).

Ao final de cada quadrimestre, será efetuada a verificação do cumprimento dos limites máximos (BRASIL, 2000, art. 22), e caso a despesa total com pessoal exceda a 95% do limite máximo, equivalente ao limite prudencial de 5,7% para o Judiciário estadual, ao poder ou órgão que incorreu no excesso ficam vedadas todas e quaisquer medidas que acarretem aumento de despesa com pessoal, tais como: concessão de vantagem, aumento ou reajuste de remuneração; criação de cargo, emprego ou função; alteração de estrutura de carreira; provimento de cargo, ressalvados os casos referentes à

aposentadoria ou ao falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; e contratação de hora extra.

Por outro lado, caso o ente público ou poder venha a ultrapassar o limite máximo, que no caso em estudo é de 6% para o Judiciário estadual, além de ficar sujeito às mesmas vedações que venham a acarretar aumento da despesa de pessoal, deve também adotar medidas para eliminar o percentual excedente nos dois quadrimestres seguintes, sendo pelo menos um terço logo no primeiro (Ibidem, art. 23). Entre essas medidas, para alcançar o objetivo de eliminar aquele excedente, a Norma sugere, nos termos dos §3º e §4º do art. 169 da Constituição Federal (Idem, 1988), a extinção de cargos e funções, assim como a redução de suas remunerações, facultando ainda a redução temporária da jornada de trabalho, com a respectiva redução de vencimentos adequada à nova carga horária (Idem, 2000, art. 23, § 2º).

A norma faz ainda referência a um terceiro nível de limite de despesa com pessoal, que se chama “limite de alerta”, que equivale a 90% do limite máximo, correspondente para a Justiça estadual a 5,4% da receita estadual disponível (Ibidem, art. 59, §1º, inciso II). Este representa, na verdade, um alerta feito pelos Tribunais de Contas aos Poderes e órgãos, cuja intenção é provocar no gestor maior senso de cautela e responsabilização sobre o uso do dinheiro público.

4 METODOLOGIA

A utilização da classificação “tribunais de médio porte” atribuída ao CNJ tem sua importância na elaboração deste trabalho, dada a função precípua e constitucional desse Conselho de atuar no controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário brasileiro.

A restrição da análise aplicada aos tribunais de médio porte justifica-se pela maior acessibilidade dos autores junto aos dados estatísticos produzidos pelo Tribunal de Justiça do estado do Ceará (TJCE), classificado como TJ de médio porte. Ressalta-se, também, que a classificação de médio porte apresenta o segmento com a maior quantidade de unidades federativas (dez ao total), possibilitando uma maior amplitude comparativa. Desse modo, bus-

cou-se estudar o controle da despesa de pessoal, focado na LRF, avaliando comparativamente a situação apresentada entre os tribunais de médio porte, que guardam similaridade com a Justiça Estadual do Ceará.

O estudo se desenvolve por meio de uma análise quali-quantitativa dos dados referentes às despesas com pessoal, receitas correntes e limites de despesa com pessoal dos TJs de médio porte, divulgados em seus Relatórios de Gestão Fiscal e no Justiça em Números no período de 2006 a 2015. O objetivo é verificar a evolução das despesas de pessoal no judiciário e das receitas estaduais, bem como a participação daquelas nestas a fim de verificar o limite de gastos segundo a LRF.

5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Nesta seção, discute-se a análise dos resultados, segmentando as despesas com pessoal no Poder Judiciário comparando às receitas estaduais e, em seguida, tratando da evolução de gastos com pessoas pelos tribunais de médio porte.

5.1 O comportamento das despesas com pessoal no Judiciário perante as receitas estaduais

Subdivide-se o tema ao abordar o Relatório de Gestão Fiscal e a análise da Despesa com Pessoal e a RCL.

5.1.1 Relatório de Gestão Fiscal

A análise da relação despesas de pessoal versus RCL é realizada a partir da coleta de dados extraídos dos Relatórios de Gestão Fiscal do terceiro quadrimestre de cada ano, no caso em estudo, do período de 2006 a 2015. Conforme mencionado, este relatório apresentará as despesas com pessoal e a receita corrente líquida do último mês do ano mais os 11 meses imediatamente anteriores, correspondendo, assim, a um exercício financeiro.

Dada a relevância do RGF como instrumento de transparência, este é elencado no art. 48 da LRF (BRASIL, 2000, art. 48, grifo nosso):

São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o **Relatório de Gestão Fiscal**; e as versões simplificadas desses documentos.

Portanto, as informações colhidas para a análise deste trabalho foram extraídas dos RGFs disponibilizados nos portais da transparência de cada Tribunal de Justiça. Salienta-se que mesmo após passados 16 anos da publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal e, consequentemente, da obrigatoriedade de elaboração e divulgação dos Relatórios de Gestão Fiscal e Resumido da Execução Orçamentária, a disponibilização desse material ao público apresentou-se deficitária, limitando a análise que se pretendeu elaborar.

Segundo o Manual de Demonstrativos Fiscais (BRASIL, 2014), o RGF conterá demonstrativos comparativos com os limites de que trata a LRF, dos montantes: despesa com pessoal, evidenciando as despesas com ativos, inativos e pensionistas; dívida consolidada; concessão de garantias e contragarantias; e operações de crédito.

O Anexo I (Demonstrativo da Despesa com Pessoal) é parte integrante do Relatório de Gestão Fiscal, e tem como objetivo dar transparência à despesa com pessoal de cada um dos poderes e órgãos que possuem autonomia administrativa, orçamentária e financeira. Este deverá conter os valores de despesa com pessoal dos últimos 12 meses, informando a despesa bruta com pessoal, as não computadas para fins de verificação do limite, despesa total com pessoal, percentual da despesa total com pessoal sobre RCL e os limites máximo, prudencial e de alerta estabelecidos pela LRF (Ibidem).

5.1.2 Análise da Despesa com Pessoal e Receita Corrente Líquida

Da Ros (2015), em seu trabalho sobre o custo da Justiça no Brasil, relata que a exemplo do que ocorre em outros países, a maior fatia das despesas com o Poder Judiciário Brasileiro se destina ao pagamento de pessoal. O

percentual de gastos chega a aproximadamente 89%, enquanto em países europeus esse percentual gira em torno de 70%.

A Lei de Responsabilidade Fiscal define que, para o Judiciário Estadual, a despesa com pessoal não poderá ultrapassar 6% da Receita Corrente Líquida do ente da federação ao qual este faça parte. O normativo fiscal define, em seu inciso IV do art. 2º (BRASIL, 2000), que a RCL será calculada através do somatório das receitas tributárias, de contribuições, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, de transferências correntes e outras receitas correntes, deduzidas, no caso dos estados, as parcelas entregues aos municípios por determinação legal.

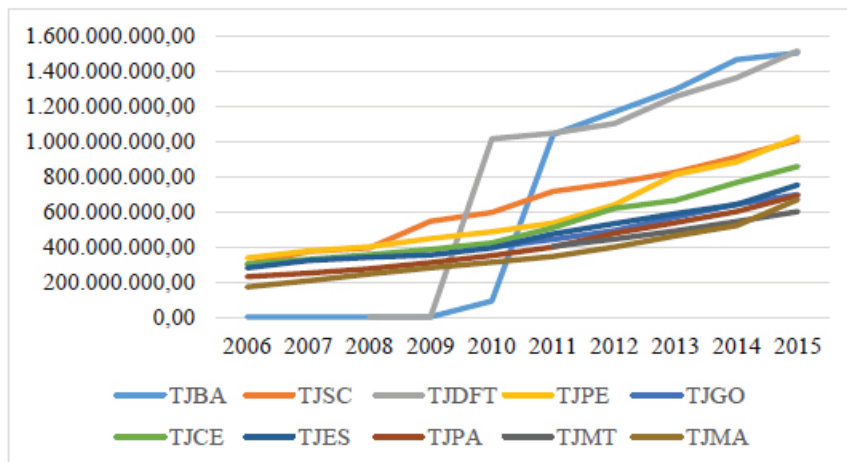
A Tabela 3 e o Gráfico 1 apresentam os totais e a evolução de despesa com pessoal para fins de apuração do limite da LRF aplicado aos TJs de médio porte no período de 2006 a 2015, trazendo medidas estatísticas para análise do conjunto dos dados.

Tabela 3: Despesas de pessoal dos TJs de médio porte (em bilhões R\$)

TJ	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Média
TJBA	0,0006	0,0007	0,0007	0,0009	0,0921	1,0413	1,1704	1,2984	1,4691	1,5074	0,5667
TJSC	0,3002	0,3746	0,3936	0,5474	0,5968	0,7173	0,7644	0,8255	0,9128	1,0103	0,6570
TJDFT	-	-	0,0007	0,0010	1,0172	1,0481	1,1045	1,2585	1,3649	1,5187	1,0326
TJPE	0,3369	0,3770	0,4004	0,4477	0,4871	0,5359	0,6410	0,8133	0,8842	1,0265	0,5115
TJGO	-	-	-	-	0,3990	0,4427	0,4935	0,5702	0,6440	0,6987	0,4208
TJCE	0,3045	0,3296	0,3550	0,3851	0,4232	0,5099	0,6196	0,6650	0,7681	0,8593	0,4666
TJES	0,2801	0,3229	0,3400	0,3547	0,3940	0,4743	0,5334	0,5907	0,6420	0,7534	0,4341
TJPA	0,2296	0,2503	0,2761	0,3098	0,3502	0,3995	0,4772	0,5379	0,6014	0,6932	0,3748
TJMT	-	-	-	-	-	0,4036	0,4437	0,4916	0,5453	0,6019	0,2018
TJMA	0,1712	0,2062	0,2461	0,2803	0,3128	0,3459	0,4001	0,4629	0,5212	0,6712	0,3294
Média	0,2004	0,2282	0,2611	0,2951	0,3965	0,4921	0,5765	0,6279	0,7061	0,8063	0,4504
Média Geral	Variância		Desvio Padrão		Distorção		Covariância				
	0,4504		0,1391		0,3729		0,778		0,8279		

Fonte: Elaboração dos autores.

Gráfico 1: Evolução dos gastos com pessoal nos TJs de médio porte



Fonte: Elaboração dos autores.

A análise do Gráfico 1, com auxílio da Tabela 3, demonstra uma evolução dos totais dispendidos com pagamento de pessoal em todos os tribunais no período compreendido, evidenciando um aumento expressivo nos Tribunais do Distrito Federal e Territórios, a partir de 2009, e da Bahia a partir de 2010.

Para os demais TJs de médio porte, observa-se uma tendência geral de crescimento das despesas com pessoal a cada ano. Houve uma expansão mais acentuada, a partir de 2008, do TJ de Santa Catarina, que duplicou seu gasto com pessoal no intervalo de quatro anos. Além deste, o TJ de Pernambuco, a partir de 2012, teve um aumento mais acelerado de despesa com pessoal, com crescimento superior a 60% até 2015. O mesmo se pode inferir sobre o TJ do Ceará, que teve crescimento acentuado entre 2012 e 2015.

Essa tendência vai de encontro aos achados de Santolin, Jayme Júnior e Reis (2009), para os municípios, e de Nascimento et al. (2013), para os estados, em que constataram uma equalização e até redução das despesas com pessoal no período pós-promulgação da LRF. Porém, esse crescimento das despesas foi confirmado por Alves (2005) que constatou, no âmbito do Distrito Federal, ser o Judiciário que tem maior dispêndio com pessoal entre os três poderes, apesar de cumprir com folga o limite de gasto estipulado pela LRF.

Entretanto, é importante destacar que as informações de total de despesa com pessoal dos TJs do Distrito Federal e Territórios, Goiás e Mato Grosso restaram prejudicadas nos anos de 2006 a 2007, 2006 a 2009, e 2006 a 2010, respectivamente, pela falta de disponibilização de seus RGF nos portais da transparência em meio eletrônico. Isso dificultou uma melhor análise da variável “despesa com pessoal”, comprovado também pelas estatísticas do conjunto de dados da amostra, que evidenciam uma variabilidade grande (82,79%) do item de despesa com pessoal, seguido de um elevado grau de assimetria (77,80%) da distribuição dos dados em relação à média.

Do exposto, apesar de uma tendência geral de crescimento, constata-se que os gastos com pessoal dos TJs de médio porte não guardam uma uniformidade, mas se apresentam de forma expressivamente heterogênea, apesar de esses tribunais guardarem certo grau de similaridade para serem classificados como de médio porte.

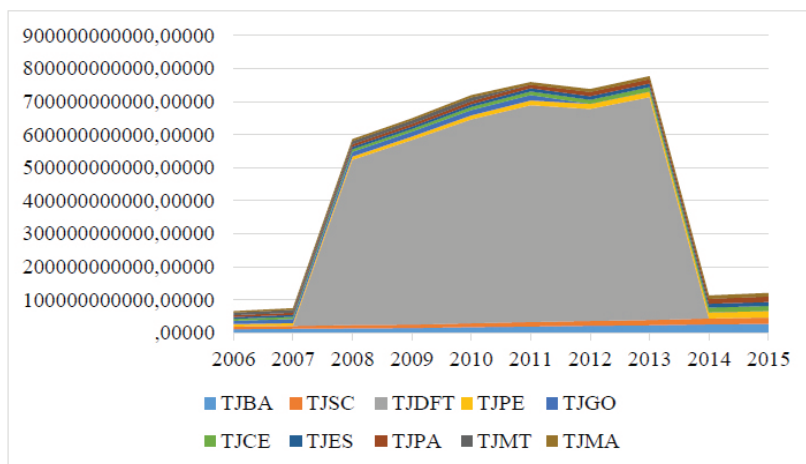
Na Tabela 4 e no Gráfico 2 está relacionada a RCL dos estados das Federações aos quais os Tribunais de médio porte pertencem, no período de 2006 a 2015.

Tabela 4: receita corrente líquida dos TJs de médio porte (em bilhões R\$)

TJ	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Média
TJBA	11,3602	12,5846	13,5684	14,6714	17,3726	19,2270	21,6242	23,0606	25,8705	27,2076	18,2998
TJSC	7,3768	8,4983	10,4209	10,4057	11,8577	13,7915	14,5352	15,8930	17,8355	19,4099	12,8246
TJDFT	-	-	428,5633	437,1994	499,8666	558,7064	616,9333	656,0942	641,5782	674,5227	529,2865
TJPE	7,3887	8,3011	10,0102	10,6245	12,4357	14,5532	15,6127	17,1740	18,4750	19,6484	13,4945
TJGO	-	-	-	-	10,0473	12,0721	14,1024	14,4135	15,7358	16,2605	11,0597
TJCE	6,0326	6,5601	7,8584	8,4009	9,6643	10,9664	12,1306	13,3799	14,4185	15,1764	10,3154
TJES	5,3469	6,1391	7,4704	7,2146	7,9090	9,7730	10,9158	10,5611	11,7983	11,9516	8,8410
TJPA	5,5908	6,2733	7,5877	7,9972	9,1180	10,4264	12,7227	13,3366	14,6666	16,7899	9,7722
TJMT	-	-	-	-	-	7,8203	8,9014	9,7027	10,9106	11,6366	3,9101
TJMA	4,3860	4,9000	5,8369	5,9715	6,8182	8,0654	8,8937	9,1392	10,1475	10,7039	7,4418
Média	5,4688	6,2062	7,7230	8,1991	9,8558	11,5192	13,4126	13,8967	15,2012	16,5252	10,6875
Média Geral	Variância		Desvio Padrão		Distorção		Covariância				
	10,6875		26040,0901		161,3694		3,0622		15,0988		

Fonte: Elaboração dos autores.

Gráfico 2: Evolução da receita corrente líquida nos estados



Fonte: Elaboração dos autores.

De uma forma geral, o Gráfico 2, com auxílio da Tabela 4, evidencia que os estados obtiveram incremento de suas receitas a cada ano, demonstrando um expressivo crescimento da RCL entre os anos de 2008 a 2011. Dados econômicos podem explicar a evolução da receita no citado período. Segundo os números do BNDES, o Produto Interno Bruto brasileiro (PIB) apresentou uma leve queda de 0,3% apenas em 2009, e um crescimento considerável de 7,5% em 2010 (CRUZ et al., 2012).

Esse crescimento da receita corrente estadual reflete uma possível melhora na arrecadação, atrelada certamente a um aumento da carga tributária dos estados, acompanhando a tendência apresentada pela União (SINDIRECEITA, 2012), bem como estados e municípios segundo já constatado por Dias (2009) em seu estudo.

Na análise da RCL apurada pelos estados de cada Tribunal de Justiça de médio porte, o Distrito Federal contrasta com os demais devido a sua singularidade. Apesar de ser equiparado aos tribunais estaduais, o TJDF pertence ao Poder Judiciário Federal, e como tal, a RCL utilizada para fins de cálculo dos limites da LRF para despesa com pessoal é apurada pela União.

5.2 A evolução dos limites de gasto com pessoal nos TJs de médio porte

A gestão da despesa com pessoal, introduzida pela LRF através da imposição de limites de gastos baseado na apuração da Receita Corrente Líquida, não encontrou grande óbice nos últimos anos em decorrência dos números favoráveis da economia brasileira (CRUZ et al., 2012).

Para fins de análise dos limites de despesas com pessoal no Judiciário estadual, tem-se como base o Quadro 2, que traz os níveis de limites segundo a LRF.

Quadro 2: Verificação de níveis de limites no Judiciário Estadual

$5,4 \leq \text{Limite} < 5,7$	Alerta
$5,7 \leq \text{Limite} < 6$	Prudencial
$\text{Limite} \geq 6$	Máximo

Fonte: Elaboração dos autores a partir de Brasil (2000).

A Tabela 5 apresenta os limites anuais de gasto com pessoal de cada um dos Tribunais de médio porte no período de 2006 a 2015.

Tabela 5: Demonstrativo dos limites de despesa com pessoal em percentuais de RCL

TJ	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	Média
TJBA	5,60	5,47	5,67	5,93	5,30	5,42	5,41	5,63	5,68	5,54	5,57
TJSC	4,70	4,41	3,78	5,26	5,03	5,20	5,26	5,19	5,12	5,21	4,92
TJDFT	-	-	0,17	0,22	0,20	0,19	0,22	0,19	0,21	0,23	0,20
TJPE	4,56	4,54	4,00	4,21	3,92	3,68	4,11	4,74	4,79	5,22	4,38
TJGO	-	-	-	-	3,97	3,67	3,50	3,96	4,09	4,30	3,92
TJCE	5,05	5,02	4,52	4,58	4,38	4,65	5,11	4,97	5,33	5,46	4,91
TJES	5,24	5,26	4,55	4,92	4,98	4,85	4,89	5,59	5,44	6,30	5,20
TJPA	4,11	3,99	3,64	3,87	3,84	3,83	3,75	4,03	4,10	4,13	3,93
TJMT	-	-	-	-	-	5,16	4,98	5,07	5,00	5,00	5,04
TJMA	3,90	4,21	4,22	4,69	4,59	4,29	4,50	5,06	5,14	6,27	4,69
Média	4,74	4,70	3,82	4,21	4,02	4,09	4,17	4,44	4,49	4,77	4,35
Média Geral	Variância		Desvio Padrão		Distorção		Covariância				
4,3500	2,1010		1,4495		0,3091		0,3332				

Fonte: Elaboração dos autores.

Conforme dados da Tabela 5, a média apresentada pelos TJs no período em estudo foi de 4,35% da RCL, portanto, em conformidade com os ditames da Lei Fiscal. Analisando individualmente cada tribunal é possível verificar que, entre os dez judiciários estaduais utilizados na pesquisa, nem todos apresentaram percentuais de gastos com pessoal abaixo dos limites de alerta e prudencial, ao contrário, chegaram até mesmo a atingir o limite máximo estabelecido pela LRF.

O TJBA apresentou limite de alerta para despesas com pessoal no período de 2006 a 2008, atingindo o limite prudencial em 2009 quando apresentou 5,93%. No exercício financeiro seguinte (2010), alavancado pelo aumento de 18,41% da RCL ante a um tímido aumento da despesa com pessoal de 5,76%, o Tribunal atingiu patamar satisfatório de limite (5,30%). Já no período compreendido entre os anos de 2011 a 2015, a justiça baiana evoluiu seu dispêndio com pessoal em 44,75%, ante um crescimento de 41,50% da RCL, o que elevou seus índices ao patamar de alerta. Situação que se assemelha ao estudo de Ávila e Figueiredo (2013) sobre o município cearense de Maranguape, revelando que este extrapolou o limite prudencial no período 2010-2012.

Por outro lado, os Tribunais de Santa Catarina, Distrito Federal, Goiás, Pará e Mato Grosso mantiveram percentuais de despesa com pessoal den-

tro de níveis regulares conforme preceitua a LRF, ou seja, abaixo de 5,4% da RCL. Resultado que se aproxima ao achado de Giuberti (2004) para os municípios brasileiros, constatando que o problema de gasto excessivo com pessoal não ocorre de forma generalizada, mas pontual.

Já o TJCE expressou limite de alerta para despesas com pessoal apenas no ano de 2015. A RCL do estado do Ceará no período compreendido entre 2006 a 2015 apresentou um crescimento médio de 10,29%; enquanto a despesa com pessoal, 9,89%. Apesar de seu movimento ascendente no decorrer dos anos, entre 2014 e 2015 a RCL teve seu menor incremento no intervalo designado para o estudo, podendo explicar o limite de alerta apurado no RGF do terceiro quadrimestre da justiça cearense.

Enquanto os TJs do Espírito Santo e Maranhão atingiram o limite máximo de 6% da RCL em 2015, apresentando similaridade aos achados de Freitas e Damascena (2014) em que o município paraibano de Catolé da Rocha por algumas ocasiões, no período 2001-2010, ultrapassou os limites prudencial e máximo de despesa com pessoal.

O TJES, nos anos de 2013 e 2014, demonstrou limite de alerta. Em 2013 o gasto com pessoal cresceu 10,74% ante a redução da RCL de -3,24%. Já em 2014 houve aumento de 8,69% com pessoal e 11,71% de RCL, cenário esse que favoreceu ao alcance de percentuais de alerta. Em 2015 verifica-se que a redução significativa da RCL (1,23%) diante da eclosão da despesa com pessoal de 17%, foi ensejadora da apuração do percentual de 6,30% superior ao limite máximo de 6% estabelecido em Lei.

Ressalta-se ainda que a justiça capixaba elaborou nota explicativa em sua publicação do RGF do terceiro quadrimestre demonstrando as ações que estão em curso para retorno do limite ao patamar legal. Entre as medidas adotadas estão a exoneração de cargos comissionados, a suspensão de pagamento de substituições e a não concessão da revisão geral anual aos servidores do Poder Judiciário.

Em relação ao TJMA, este atingiu o limite máximo em 2015, computando o percentual de 6,27% sobre a Receita Corrente Líquida. Sua RCL totalizou crescimento de 11,03% no intervalo de 2006 a 2015, sendo o gasto de pessoal incrementado em 15,67% neste período, mas em 2015 o crescimento de 29% de despesa de pessoal foi desfavorável diante do pequeno crescimento de 5,48% da receita, ocasionando a situação irregular demonstrada.

Destaca-se que a publicação do RGF referente ao terceiro quadrimestre

pala justiça maranhense, em que se apurou a extrapolação do limite máximo da LRF, não apresentou nenhuma nota explicativa identificando as ações a adotar para recondução do limite de gasto com pessoal a níveis aceitáveis.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentou o cenário de controle das despesas com pessoal no âmbito do Poder Judiciário Estadual. Foram analisadas despesas, receitas estaduais e limites de gastos no período de 2006 a 2015 dos Tribunais classificados como de médio porte pelo CNJ.

Antes da análise, apresentaram-se os mecanismos legais e constitucionais que preveem o controle e limitação do gasto com pessoal no setor público brasileiro. Em seguida, os resultados evidenciaram que houve uma tendência de aumento das despesas com pessoal para os Tribunais estaduais, apesar de não se apresentar uniformemente a todos. Com relação à receita, os estados também tiveram um crescimento acentuado, demonstrando que o cenário econômico pode ter contribuído para aumento da arrecadação de tributos estaduais.

No que se refere à análise dos limites de gastos com pessoal, verificou-se que existem tribunais que atingiram os limites de alerta e prudencial, como foi o caso dos TJs da Bahia e Ceará, assim como outros que excederam o limite máximo de 6% sobre a RCL, TJs do Espírito Santo e Maranhão. Apesar da demonstração de esforços do TJES para recondução do excesso a níveis aceitáveis que a LRF exige, esses resultados evidenciam dificuldades desses tribunais em manter um controle eficiente dos dispêndios com pessoal segundo preceitua a LRF, assim como foi diagnosticado em municípios brasileiros.

Destaca-se ainda que houve limitação da análise, em virtude de ausência de informações nos Relatórios de Gestão Fiscal de alguns tribunais no período em estudo. Isso reforça um possível fator que dificulta a realização de trabalhos voltados para o Poder Judiciário, dado que existe deficiência de estudos sobre o controle de despesa com pessoal no âmbito do judiciário.

Pode-se inferir que o crescimento das receitas estaduais verificado neste estudo acompanha os números para a economia brasileira que têm sido favoráveis, visto que no Brasil a política econômica dos últimos anos apresentou

crescimento médio anual de 4% ao ano entre 2000 e 2011, segundo dados do BNDES, período que coincide com a entrada em vigor da Lei 101/2000.

Além disso, constata-se que a apuração do índice de gastos com pessoal em percentual de RCL, a ser apresentado nos Relatórios de Gestão Fiscal a cada quadrimestre, é influenciado substancialmente pela arrecadação tributária de cada ente federativo. O que se pode verificar na análise dos dados coletados neste trabalho, em que os limites de alerta, prudencial e máximo foram computados perante o cenário pontual de redução das RCL. Por sua vez, a elevada rigidez pela qual é caracterizada as despesas com pessoal faz que estas apresentem a tendência de se manterem constantes ou crescentes, enquanto a trajetória das receitas costuma ser afetada pelo ciclo econômico.

Nesse sentido, existem estudos que constatarem haver uma controvérsia em relação à efetividade da política restritiva da LRF relativamente aos limites de despesa com pessoal, considerando que as melhorias observadas dos indicadores fiscais não foram em decorrência de controle efetivo da despesa, mas se deram, sobretudo, pelo crescimento da receita com o aumento da carga tributária, na União, e pelos contratos de refinanciamento da dívida e de mecanismos legais de controle de endividamento, no caso dos estados e municípios.

Esse cenário de controle das despesas com pessoal não apenas restrita ao Poder Judiciário, representado neste estudo pela justiça estadual, mas abrange a própria Administração Pública, demonstrando que ainda perdura uma gestão deficitária e ineficiente dos recursos públicos. Por isso, o planejamento das ações no setor público deve ser pautado, também, nos conceitos da administração gerencial, pois com uma gestão mais transparente e responsável das receitas e despesas públicas torna-se mais difícil descumprir os limites da LRF. Para que isso seja possível, Monteiro (2009) sugere desburocratizar o aparato administrativo e reduzir gastos com atividades desnecessárias.

Por outro lado, em virtude da diversidade das unidades da federação por suas regiões geográficas e dos TJs brasileiros, faz-se necessário, para fins de análises mais equânimes e proporcionais, realizar comparações entre órgãos que são de fato compatíveis. Assim, este estudo não teve o condão de esgotar as análises sobre o controle da despesa com pessoal no âmbito do Judiciário, tampouco estabelecer uma interpretação definitiva da conjuntura deste, visto que a amostra utilizada foi composta apenas por dez tribunais em um universo de 27 TJs estaduais.

Sugere-se, portanto, ampliar o estudo a todos os TJs no Brasil, levando

em consideração as características regionais dos judiciários estaduais. Destaca-se que pela classificação do CNJ, os TJs de grande porte concentram-se, essencialmente, na região Sul e Sudeste, enquanto os de pequeno porte estão localizados, em sua maioria, na região Norte do país.

REFERÊNCIAS

ALVES, A. L. C. **Os limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal para despesas de pessoal no Distrito Federal**. 2005. 42f. Monografia (Bacharel em Ciências Contábeis) – Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2005.

ANTUNES, M. D. P.; COSTA JUNIOR, N. S. B. C; OLIVEIRA, R. B. Lei de Responsabilidade Fiscal: uma análise sobre a despesa com pessoal na região Sudeste. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA E GESTÃO EM TECNOLOGIA, 9., 2012, Resende. **Anais...Resende**, RJ: AEDB, 2012. p. 1-10.

ARAÚJO, J. J.; RIBEIRO, M. A. Despesas públicas: análise das despesas com pessoal nos municípios da região VIII do zoneamento sócio econômico ecológico – MT. **Revista UNEMAT de Contabilidade**, Tangará da Serra – MT, v.2, n. 3, p. 227-249, jan./jun. 2013.

ÁVILA, T. C. X.; FIGUEIREDO, F. N. A. O comprometimento da receita corrente líquida com as despesas com pessoal evidenciado no Relatório de Gestão Fiscal dos anos de 2010 a 2012 – um estudo aplicado ao município de Maranguape. **Revista Controle do Tribunal de Contas do Estado do Ceará**, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 299-323, jan./jun. 2013.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Constituicao/Constituicao67.htm > . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei complementar nº 82, de 27 de março de 1995. Disciplina os limites das despesas com o funcionalismo público, na forma do art. 169 da Constituição Federal (Lei Camata). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp82.htm> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996. Dispõe sobre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências (LEI KANDIR). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp87.htm> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei nº 9.796, de 5 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9796.htm> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei complementar nº 96, de 31 de maio de 1999. Disciplina os limites das despesas com pessoal, na forma do art. 169 da Constituição. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp96.htm> . Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. 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. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2000. Dis-

ponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm> . Acesso em: 23 de março de 2016.

_____. Ministério da Fazenda. **Manual de Demonstrativos Fiscais:** aplicado à União e aos Estados, Distrito Federal e Municípios. 6. ed. Brasília, DF: Secretaria do Tesouro Nacional, 2014. 688 p.

CRUZ, A. I. G. et al. **A economia brasileira:** conquistas dos últimos dez anos e perspectivas para o futuro. Brasília, DF: BNDES Setorial, 2012. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro60anos_perspectivas_setoriais/Setorial60anos_VOL1EconomiaBrasileira.pdf> . Acesso em: 27 mar. 2016.

CRUZ, F. A influência da limitação das despesas com pessoal na gestão pública municipal e um perfil comportamental dos municípios catarinenses. **Revista Pensar Contábil do Conselho Regional de Contabilidade**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 13, ago./out. 2001.

DA ROS, L. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter, observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. NUSP/UFPR, v. 2, n. 9, p. 1-15, jul. 2015.

DIAS, F. A. C. **O controle institucional das despesas com pessoal.** Textos para discussão 54. Brasília, DF, 2009. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-54-o-controle-institucional-das-despesas-com-pessoal>> . Acesso em: 20 mar. 2016.

DEPARTAMENTO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS. **Justiça em números 2012:** ano base 2011. Brasília, DF: CNJ, 2012.

_____. **Justiça em números 2013:** ano base 2012. Brasília, DF: CNJ, 2013.

_____. **Justiça em números 2014:** ano base 2013. Brasília, DF: CNJ, 2014.

_____. **Justiça em números 2015**: ano base 2014. Brasília, DF: CNJ, 2015.

FREITAS, V. A.; DAMASCENA, L. G. A Lei de Responsabilidade Fiscal e a limitação de despesa com pessoal no município de Catolé do Rocha – PB. **Alumni**, v. 2, n. 3, jan./jul. 2014. Disponível em: <<http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/alu/article/download/1418/1103>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

GADELHA, S. R. B. Análise dos impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a despesa de pessoal e a receita tributária nos municípios brasileiros: um estudo com modelo *probit* aplicado a dados em painel. **Série Textos para Discussão do Tesouro Nacional**, TD n. 003, 2012.

GIUBERTI, A. C. **Lei de Responsabilidade Fiscal**: efeitos sobre o gasto com pessoal dos municípios brasileiros. 2004. Monografia (Mestrado em Economia do Setor Público) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, 2004.

LUQUE, C. A.; SILVA, V. M. A Lei de Responsabilidade na Gestão Fiscal: Combatendo Falhas de Governo à Brasileira. **Revista de Economia Política**, v. 24, n. 3, p. 404-421, jul./set. 2004.

MACHADO, A. F; ESTEVAM, D. O. Lei de Responsabilidade Fiscal: estudo sobre os efeitos nas contas públicas do município de Criciúma. In: ENCONTRO DE ECONOMIA CATARINENSE, 2., 2008, Chapecó, SC. **Anais...** Chapecó: APEC, 2008. p. 142-163.

MONTEIRO, L. **Os limites da despesa pública com pessoal**: balizamentos para a efetivação do princípio da eficiência. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6851>. Acesso em: 27 mar. 2016.

NASCIMENTO, V. M. S. et al. Análise longitudinal dos gastos públicos com pessoal nos governos estaduais. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA E GES-

TÃO EM TECNOLOGIA, 10., 2013. **Anais...** Resende, RJ: AEDB, 2013. p. 1-6.

NETO CISNE, J. J.; CISNE, A. T. C. Poder Judiciário do Ceará: o deságio da autonomia financeira. **Revista Themis**, v. 12, n. 1, p. 305/325, 2014.

NOGUEIRA, J. M. M. A ausência do Poder Judiciário enquanto objeto de estudo da Administração Pública brasileira. **Revista Eletrônica Díke**, v. 1, n. 1. p. 1-17, jan./jul. 2011.

OLIVEIRA, L. G. L. Dez anos de CNJ: reflexões do envolvimento com a melhoria da eficiência do Judiciário brasileiro. In: ENCONTRO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNANÇA, 6., 2014, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte: ANPAD, 2014. p. 1-16.

SANTOLIN, R.; JAYME JÚNIOR., F. G.; REIS, J. C. Lei de Responsabilidade Fiscal e implicações na despesa com pessoal e de investimento nos municípios mineiros: um estudo com dados em painel dinâmico. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 895-923, out./dez. 2009.

SINDIRECEITA. **O mito do descontrole de Gastos com Pessoal**. 2012. Disponível em: <<http://sindireceita.org.br/wp-content/uploads/2012/07/O-Mito-do-Descontrole-de-Gastos-com-Pessoal.pdf>> . Acesso em: 14 jun. 2016.

O Direito à Indenização na Caducidade: Investigando as Entrelinhas da Recuperação Patrimonial no Serviço Público

The Right to Indemnity in Caducity: Investigating Patrimonial Recovery in Public Service

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho¹

RESUMO:

Embora o fenômeno da caducidade se apresente no ordenamento jurídico pátrio como instrumento punitivo de extinção unilateral da concessão, contemporaneamente a modalidade ostenta um caráter de excepcionalidade se analisada sob o manto principiológico da continuidade do serviço público. Após a verificação na seara administrativa da inexecução total ou parcial do contrato, juntamente com as medidas emergenciais da assunção do serviço e da ocupação das instalações, surge também a possibilidade da indenização pelos danos causados como decorrência natural do encerramento da parceria público-privada. Ultrapassando a literalidade normativa do sistema de recuperação patrimonial, é factível que em situações bastante específicas o ressarcimento se apresente como medida plenamente viável, resguardando a hipossuficiência do empregador e o equilíbrio do contrato. Diante da quantidade inexpressiva de estudos pontuais sobre essa etapa significativa da caducidade, aliado às constantes investidas estatais na busca por aliados econômicos, surge a necessidade de reflexões mais aprofundadas sobre a temática, oferecendo maior segurança jurídica à relação instaurada.

Palavras-Chave: Caducidade. Extinção Unilateral. Direito à Indenização. Serviço Público. Lei nº 8.987/95.

¹ Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJ/CE). Mestrando em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). MBA em Gestão Pública pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito e Processo Constitucionais, em Direito e Processo Administrativos e em Direito Processual Penal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Membro e Sócio Fundador do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA). E-mail: marco.praxedes@tjce.jus.br

ABSTRACT:

Although the caducity phenomenon is present in Brazil's legal order as a punitive instrument of unilateral termination of the concession, currently this modality have an exceptional nature if analyzed under the principle of continuity of public service. After verifying in the administrative area the total or partial non-performance of the contract, along with the emergency measures of the assumption of the service and occupation of the facilities, there is also the possibility of indemnity for damages caused as a natural consequence of the closure of the public-private partnership. Surpassing the normative literalness of the patrimonial recovery system, it is feasible that in very specific situations the compensation is presented as a fully viable measure, protecting the hypothesis of the employer and the balance of the contract. Before the insignificant amount of specific studies on this significant stage of caducity, and the constant state onrushes in the search for economic allies, comes the need for more in-depth reflections on this topic, providing greater legal certainty to the established relationship.

Keywords: Caducity. Unilateral Termination. Right to Indemnity. Public Service. Law nº 8.987/95.

1 INTRODUÇÃO

A temática da indenização sempre despertou preocupação do legislador originário e derivado, produzindo calorosos debates em simpósios acadêmicos e literaturas especializadas, gerando abordagens controversas na jurisprudência da primeira e segunda instância, em praticamente todas as searas da ciência jurídica. No ambiente intrínseco das concessões e permissões de serviços públicos não foi muito diferente, sendo possível encontrar ao longo do estatuto concessionário diversas passagens normativas fazendo referência as mais variadas formas de reembolso patrimonial dos atores envolvidos na avença.

São visivelmente identificáveis os anúncios de natureza indenizatória nas seguintes esferas: no contrato administrativo de concessão arrolada como uma cláusula essencial; na lista dos encargos do poder concedente; no processo de intervenção do poder concedente na concessionária com a finali-



dade de assegurar a adequação na prestação do serviço, o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes; na extinção da concessão pelo advento do termo contratual; na extinção da concessão pela reversão; na extinção da concessão pela encampação; na extinção da concessão pela caducidade; nas concessões outorgadas anteriormente à entrada em vigor do estatuto.

Ingressando na seara específica das modalidades de extinção unilateral da concessão, rotuladas pela doutrina como anormais principalmente em razão do rompimento antecipado do lapso temporal previamente estabelecido, é possível verificar que a indenização devida à parceira da iniciativa privada não se apresenta de maneira uniforme em todas as espécies desta natureza, embora apareça como um desdobramento lógico deste campo². Dentre elas, a análise da recuperação patrimonial embasada na caducidade ganha especial relevância, pois é a única das hipóteses anômalas de interrupção em que o desembolso financeiro ocorre somente em momento posterior à quebra contratual, desde que todos os prejuízos sejam efetivamente comprovados em processo administrativo de inadimplência.

Segundo os usos mais contemporâneos da legislação concessionária, é necessário ultrapassar as tradicionais fronteiras normativas da indenização na caducidade, limitada somente às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, sendo descontado o valor das multas contratuais e o montante dos prejuízos causados. Invocando a melhor técnica concessionária, os critérios objetivos de ressarcimento patrimonial não devem ser apreciados de forma contida e isolada, indiferentes ao ordenamento jurídico pátrio e ao universo fático corrente, mas em paralelo com as diretrizes constitucionais, resguardando suprema harmonia com os princípios setoriais e plena vigilância com a jurisprudência consolidada dos tribunais superiores.

Este estudo se inicia com breves considerações em torno dos procedimentos fomentadores do sistema indenizatório na caducidade, tais como a abertura do processo administrativo de inadimplência, a possibilidade de correção das falhas e transgressões pela empresa concessionária, e a formali-

2 A interrupção unilateral pelo órgão concedente é considerada uma das principais cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. Também denominadas de cláusulas de privilégio, essas prerrogativas conferidas à administração pública ressaltam a famigerada supremacia do interesse estatal em detrimento do benefício privado. Nesse caso, a exorbitância do direito comum serve para conferir o equilíbrio econômico-financeiro ao contrato firmado, agindo em benefício do interesse coletivo.

zação da interrupção da avença por meio de decreto emitido pelo chefe do poder concedente. Depois, são inspecionadas as entrelinhas do complexo indenizatório propriamente dito, entre elas o caráter dispensável do ressarcimento prévio, o manuseio da estrutura indenizatória da reversão e, principalmente, as subespécies de ressarcimento. Explorando o último tópico, adentrando na seara nuclear do vigente estudo, foram realizadas análises críticas em todas as subespécies de recuperação patrimonial, em especial a expropriação dos bens, os lucros cessantes, os danos emergentes e os bens não reversíveis. Mais adiante, com a finalidade de organizar todos os pontos-chave do raciocínio discutido, foi elaborada uma figura do sistema indenizatório na caducidade, reunindo em seis atos diferentes os principais tópicos teorizados nesta sondagem. Por fim, restou evidenciado que, apesar da escassa doutrina que se aventurou em debater sobre o controvertido assunto ao se posicionar contrária, é possível vislumbrar que mesmo sendo inadimplente, o concessionário terá direito à indenização em situações muito pontuais, desde que analisadas de acordo com a situação fática, sob o fundamento de que ao poder público é vedado o enriquecimento sem causa.

2 PROCEDIMENTOS FOMENTADORES DO SISTEMA INDENIZATÓRIO NA CADUCIDADE

Antes de alcançar a etapa indenizatória da caducidade propriamente dita, analisando as entrelinhas de sua disposição normativa, se faz imperioso explorar brevemente os últimos momentos procedimentais que lhe antecede, a fim de ultrapassar a investigação corpórea da recuperação patrimonial de forma isolada e alcançar todo o contexto ordenado pelo estatuto das concessões. Assim, sendo fidedigna a proposta deste estudo em canalizar os esforços acadêmicos exclusivamente no ambiente indenizatório da caducidade enquanto modalidade de interrupção unilateral do contrato, assunto pouco explorado pela literatura especializada, é possível encontrar três momentos significativos que servem de preparação: processo administrativo de inadimplência; correção das falhas e transgressões; decreto.

2.1 Processo administrativo de inadimplência

Para a decretação da extinção unilateral da concessão pelo instituto da caducidade se torna obrigatório a instauração de um *processo administrativo de inadimplência*, no qual serão apuradas todas as irregularidades do contrato firmado, garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 38, § 2º da Lei nº 8.987/95). A necessidade prévia do procedimento formal configura, na verdade, um pré-requisito legal, indispensável na verificação da inadimplência do concessionário diante das denúncias do poder concedente. Nesses termos, a retomada regular do serviço público utilizando a caducidade de justificativa nuclear ocorrerá estritamente no ambiente administrativo, sendo totalmente desnecessária qualquer mediação advinda da esfera jurisdicional, o que não impede sua utilização em caso de violação de direitos.

O preceito normativo está em perfeita sintonia com o princípio constitucional do devido processo legal, em que as garantias do contraditório e da ampla defesa aparecem como ferramentas indispensáveis para a elaboração de uma decisão administrativa justa, íntegra e proba (art. 5º, LIV da Constituição Federal de 1988). A fim de reforçar esse entendimento, afastando qualquer dúvida sobre a aplicação da garantia constitucional na esfera não jurisdicional, a famigerada Lei do Processo Administrativo Federal também arrolou expressamente em seus escritos essas premissas básicas (art. 2º da Lei nº 9.784/99).

Importante ressaltar que o preceito *due process of law*, rotulado como superprincípio de status fundamental, deve ser interpretado no sentido mais abrangente possível, englobando todos os meios legalmente admissíveis que de qualquer maneira facilitem a defesa do parceiro privado. Dentre eles podemos citar a inafastabilidade da apreciação jurisdicional, a vedação do juízo ou tribunal de exceção, o direito de ser processado e condenado pela autoridade competente, a obstrução à utilização das provas obtidas por meios ilícitos, a garantia da presunção de inocência, dentre outros a nível constitucional, sendo possível também citar a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão, comunicação, apresentação de alegações finais, produção de provas, interposição de recursos, nos processos dos quais possam resultar sanções e nas situações de litígio, dentre outros a nível infraconstitucional³. Oportuno também o alerta sobre a necessidade

3 Refletindo sobre a essencialidade de um devido processo legal na esfera administrativa, tivemos a oportunidade de defender, em trabalho específico, a revisão ou cancelamento imediato da Súmula Vinculante nº 5 do Supremo

da obediência aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade durante a análise do caso fático, tanto no momento da incidência das sanções contratuais, como no momento de configuração da decretação da caducidade.

O espírito da norma ao exigir a instauração do instrumento administrativo prévio não significa apenas fornecer a outra parte chance para conhecer as denúncias e, logicamente, se defender das acusações, mas principalmente tentar reparar os vícios apontados nos autos, retificando os argumentos ventilados como defeituosos. Nessa mesma linha, o próprio estatuto das concessões concedeu a possibilidade da concessionária, dentro de um prazo considerado razoável, antes da instalação do processo administrativo, de tentar corrigir as transgressões da relação, na procura de manter o serviço contínuo e ininterrupto.

Outra significativa reflexão gravita em torno da expectativa do poder concedente, ao invés de instaurar de imediato um processo administrativo de inadimplência, inaugurar uma *sindicância* a fim de analisar previamente as irregularidades. Embora não haja qualquer previsão na legislação concessionária nesse sentido, nada impede que o grupo de agentes públicos responsáveis pelo exame da situação fática opte pela abertura desse instrumento sumário na busca pela autoria e existência de anomalias. Além de possuir um caráter preventivo, evitando a formação de procedimentos desnecessários, a viabilidade da sindicância na caducidade está em perfeita sintonia com o princípio da continuidade do serviço público, zelando pela sua prestação ininterrupta. Oportuno ressaltar que nesse ambiente preliminar de investigação de denúncias não há espaço para o contraditório e a ampla defesa, constituindo um momento exclusivo do poder concedente.

2.2 Correção das falhas e transgressões

Atenção redobrada para um importante dispositivo no estatuto das concessões dispondo sobre a valiosa oportunidade que é concedida aos parceiros da iniciativa privada, antes da instauração do processo administrativo de inadimplência, de efetuarem a *correção das falhas e transgressões* apontadas (art. 38, § 3º da Lei nº 8.987/95). Restou consignado que não deverá ser

Tribunal Federal, exatamente por ferir o aludido instituto constitucional (MORAES FILHO, 2011).

formalizado o devido processo administrativo visando à apuração do inadimplemento antes do comunicado à empresa concessionária, minuciosamente, o descumprimento das seguintes pendências de origem legal ou contratual: serviço inadequado ou deficiente; inadimplemento obrigacional; paralisação do serviço; perda das condições econômicas, técnicas ou operacionais; descumprimento das penalidades; falta de regularização do serviço; ausência de regularidade documental^{4 5}. No mesmo ato de notificação, responsável pela identificação das irregularidades encontradas na prestação do serviço público à população, será concedido um prazo razoável à concessionária para a correção das falhas e transgressões assinaladas visando ao regular enquadramento nos termos contratuais.

Não se trata, portanto, de uma faculdade conferida ao poder concedente, mas de uma obrigação testificada ao órgão público em remeter o comunicado à empresa concessionária abordando de maneira detalhada todos os equívocos inventariados ao longo da prestação da atividade de interesse coletivo. Investigando sob outro ângulo, também é possível inferir que estamos tratando de um legítimo direito conferido ao parceiro da iniciativa privada de ser regularmente cientificado antes da instauração do processo administrativo, a fim de realizar as correções das irregularidades contratuais apontadas. Em suma, a conduta de abrir primeiro um espaço para a manifestação do concessionário representa uma típica atividade de natureza vinculada, não deixando para os gestores públicos responsáveis pela condução da lide administrativa qualquer margem de discricionariedade. Portanto, mesmo em situações nas quais aparentemente não seria possível nenhum tipo de

4 A título de comparação, merece ser trazida à baila a redação do art. 79, I da Lei nº 8.666/93 que institui normas para licitações e contratos administrativos. No capítulo que trata dos contratos, o dispositivo relata que a rescisão da avença poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da administração nos seguintes casos: não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos; lentidão do seu cumprimento, levando a administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados; atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; dentre outros.

5 Segundo Diógenes Gasparini (2008, p. 402), seria possível buscar a tutela jurisdicional nas situações de extinção da concessão pela caducidade embasada nas causas não expressamente arroladas em lei, regulamento ou regulamento. Muito embora esta válida reflexão se encaixe harmonicamente no princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação jurisdicional em caso de lesão ou ameaça a direito, não parece viável que o magistrado, como regra, à luz da situação fática, ultrapasse os limites legais estabelecidos no estatuto a fim de encerrar prematuramente a execução do serviço público. Como a discussão sobre a temática do ativismo judicial é extremamente complexa e controversa, prevalece o entendimento de que sua utilização seja possível somente em casos excepcionais, desde que comprovada que aquela deficiência legislativa ou a péssima utilização dos instrumentos políticos foi capaz de abalar certos direitos e princípios fundamentais.

defesa, em virtude da gravidade dos fatos levantados pela equipe competente, o intervalo para a reparação das imperfeições deve ser necessariamente concedido⁶. Caso esta fase de vocação obrigatória e de índole reparatória seja omitida ou maculada, além de caracterizar burla ao procedimento legal, também ofende ao preceito constitucional do contraditório e da ampla defesa, podendo a empresa privada buscar o devido controle externo através da tutela jurisdicional do poder estatal.

Andou mal o legislador derivado ao transferir para o intérprete da norma a estipulação do referido lapso temporal destinado à manifestação da concessionária. Esquadrinhando o estatuto concessionário sob dois ângulos diferentes, um específico e outro genérico, é possível vislumbrar uma resposta objetiva, clara e oportuna. Quanto ao primeiro, vale invocar o prazo estipulado no art. 38, § 1º, VII da Lei nº 8.987/95, única das sete hipóteses de caducidade a mencionar um período numérico. Quanto ao segundo, vale invocar o prazo do art. 44 da Lei nº 8.987/95, trazendo um ciclo numérico para as concessionárias que tiverem obras atrasadas, na data da publicação do estatuto, apresentem plano efetivo de conclusão. Assim, parece razoável o lapso temporal de 180 (cento e oitenta) dias para a elaboração das respostas.

Depois da concretização da notificação, dentro do prazo estabelecido, sendo constatada a remediação da situação-problema, estará descaracterizada a irregularidade, devendo a questão incômoda ser arquivada em definitivo; não sendo resolvido o cenário-adverso, a deficiência ainda permanece atrelada ao serviço, havendo a necessidade de instauração da ritualística processual administrativa. Em suma, não basta apenas informar, é necessário aguardar a manifestação tempestiva da parte interessada e investigar se aqueles obstáculos inicialmente ventilados foram devidamente remediados. Ainda é possível verificar que a instauração do procedimento administrativo de inadimplência surge nesse contexto não como um sinônimo de penalidade antecipada, mas apenas como uma etapa burocrática e necessária para uma análise pormenorizada dos fatos obtidos, abrindo espaço para o contraditório e a ampla defesa das partes envolvidas.

É fundamental esclarecer que essa nova chance disponibilizada à concessionária, de correção das falhas e transgressões, não pode ser encarada como uma exceção, mas como uma regra geral, aplicável para todos aqueles

6 Em sentido contrário, entendendo que a oportunidade da correção só poderia ser concedida se o desacerto fosse de natureza que permita o saneamento (ARAGÃO, 2013, p. 628).

motivos que sirvam de fundamento para a caducidade. Embora haja cristalina menção de que essa possibilidade se aplique somente às sete clássicas hipóteses expressamente arroladas do art. 38, § 1º da Lei nº 8.987/95, a inteligência do estatuto se inclina no sentido de que ela também seja utilizada nas outras duas possibilidades veladamente dispostas ao longo da legislação, trazendo à baila a situação da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária ocorrer sem prévia anuência do poder concedente (art. 27 da Lei nº 8.987/95) e quando as partes, de comum acordo, estipularem livremente outras modalidades supletivas de extinção para aquela relação público-privada em especial, desde que arroladas nas cláusulas contratuais do ajuste formalmente estabelecido (art. 23, IX da Lei nº 8.987/95)⁷. Assim, explorando sistematicamente o estatuto concessionário, buscando uma percepção mais contemporânea da norma, a oportunidade de retificação foi outorgada, na verdade, para todas aquelas hipóteses legais que possam levar à interrupção da concessão do serviço coletivo pelo instituto da caducidade⁸.

2.3 Decreto

Esclarece também a lei geral das concessões que a caducidade somente deverá ser declarada por meio de *decreto*, expedido formalmente por ato do poder concedente, após ter sido comprovada a inadimplência da concessionária através da instauração do processo administrativo próprio, garantindo às partes o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 38, § 4º da Lei nº 8.987/95). Nesse sentido, após ter sido aberto o devido processo administrativo, reservada a garantia das partes envolvidas de contra-argumentarem os questionamentos levados aos autos pelo órgão concedente, se restar verificado a existência concreta do inadimplemento, a caducidade será anuncia-

7 Nesse sentido, entendendo o rol sendo exemplificativo, *numerus apertus* (JUSTEN FILHO, 1997). Em sentido contrário, entendendo o rol sendo taxativo, *numerus clausus* (WALD; MORAES; WALD, 2004).

8 A título de ilustração, merece ser trazida à baila a redação do art. 14 da Lei nº 12.767/12, que dispõe sobre a extinção das concessões de serviços públicos de energia elétrica. No capítulo que trata da intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica, o dispositivo relata que caso o plano de recuperação e correção das falhas e transgressões seja indeferido pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) ou não seja apresentado no prazo de 60 (sessenta) dias, o poder concedente poderá adotar, dentre outras, as seguintes medidas: declaração de caducidade, nos termos do art. 38 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Após a extinção da concessão, o poder concedente prestará temporariamente o serviço incorporado, por meio de órgão ou entidade da administração pública federal, até que novo concessionário seja contratado por licitação nas modalidades leilão ou concorrência.

da, colocando fim aquela avença estabelecida na delegação da execução do serviço público.

Como de praxe da administração pública, o decreto que anunciar a proclamação da extinção da concessão pela caducidade deverá ser assinado e expedido pela chefia do poder executivo da unidade federativa ao qual aquele serviço público delegado se encontrava originalmente vinculado. Logo, se a atividade transferida é de competência federal, a peça interruptiva somente terá validade se rubricada e promulgada pela chefia do executivo federal, já se a atividade descocada é de competência estadual, a peça interruptiva somente terá validade se rubricada e promulgada pela chefia do executivo estadual. Nesses termos, é de fácil percepção que a medida de extinção da parceria estabelecida não ocorre de maneira automática e mecânica, sendo necessário um pronunciamento solene e formal do poder concedente oficializando a interrupção da avença.

Diferentemente do rito da encampação, considerada a espécie mais agressiva e hostil de interrupção de concessão, para a decretação da caducidade não há a necessidade da edição de uma lei ordinária, prévia e específica, com o objetivo de autorizar a execução do fenômeno extintivo. Assim, a retomada da atividade pública pelo poder concedente ocorre sem a participação de qualquer uma das casas legislativas, sendo o trâmite da caducidade exclusiva do ambiente administrativo, a critério do gestor público. Não andou nada bem o legislador ao considerar desnecessária a participação dos legítimos representantes do povo na decisão final de extinguir unilateralmente a relação contratual. Embora o fenômeno da caducidade seja menos agressivo que outras modalidades interruptivas, a exemplo da conturbada encampação, também proporciona enormes prejuízos à parceria privada, havendo desgaste para todos os envolvidos, sendo a concessionária indubitavelmente atingida pela rescisão abrupta.

Concentrar a decisão da interrupção unicamente nas mãos do poder concedente, embora legítima, não parece uma boa estratégia normativa. A ideia de revisão dos atos por outro órgão hierarquicamente superior, principalmente se este possuir formação colegiada, sempre foi muito bem vista em todas as ramificações da ciência jurídica, sendo algumas vezes necessária, em face da gravidade da medida. Nesse sentido, parecendo estimular a existência de etapas revisionais, o art. 57 da Lei nº 9.784/99 estipula a possibilidade da análise do recurso administrativo tramitar por até três instâncias

administrativas, salvo disposição legal diversa. Em face da repercussão da caducidade, teria o legislador caminhado melhor se o ato extintivo pudesse ser alvo de confirmação, dando corpo à decisão escolhida.

Como desdobramento lógico dessa ausência de instâncias reflexivas, o órgão concedente deve se valer de redobrada atenção no momento de utilizar a medida extrema, cercando-se do maior zelo e cuidado possível, exarando sua deliberação com muita cautela, prudência e responsabilidade. A inexistência da reunião de desejos faz do poder concedente o único responsável pela análise do caso fático e a utilização da caducidade, não podendo dividir essa atribuição com nenhum outro órgão estatal. Seguindo idêntico modelo empregado na encampação, a técnica da caducidade também opera efeito *ex nunc*, ou seja, não retroativos, produzindo seus impactos somente daquele momento em diante, não alcançando os fatos pretéritos, sendo todos os atos anteriores à sua decretação considerados plenamente válidos.

3 SISTEMA INDENIZATÓRIO NA CADUCIDADE

Entre as inúmeras características que cercam a decretação de extinção da concessão pelo fenômeno da caducidade, a análise singular do procedimento indenizatório merece atenção diferenciada, em virtude das inúmeras peculiaridades que cercam sua aplicação. Nas entrelinhas do contexto normativo, abordando de forma didática e organizada as temáticas que cercam a reparação patrimonial, foi possível dividir sua reflexão em três diferentes vertentes: ressarcimento prévio dispensável; manuseio da estrutura indenizatória da reversão; subespécies de ressarcimento.

3.1 Ressarcimento prévio dispensável

Embora seja originária de um ato administrativo unilateral do poder concedente extinguindo a relação contratual, a indenização no ambiente da caducidade ganha feições bastante peculiares se comparadas ao fenômeno da encampação. Assevera o estatuto das concessões que a expedição do decreto que anunciar solenemente a caducidade ocorrerá independentemente

do pagamento de qualquer indenização prévia, devendo o valor da reparação ser calculado no decurso do processo administrativo de inadimplência (art. 38, § 4º da Lei nº 8.987/95). Nesses termos, ao contrário da encampação na qual a indenização ocorre de forma preliminar, antes da formalização da rescisão, na caducidade a reparação patrimonial acontece de maneira subsequente, após a consumação da extinção.

Vale realçar a inteligência da estrutura indenizatória edificada pela legislação. Restou consignado que não haverá qualquer tipo de ressarcimento patrimonial de maneira antecipada ou concomitante com a interrupção contratual, devendo todos os eventuais prejuízos serem desembolsados somente após a decretação formal da caducidade, na etapa final do litígio administrativo. A proposta do legislador em oferecer maior celeridade procedimental nessa modalidade de extinção deve ser encarada com formato imperativo, não possuindo o poder concedente a faculdade, mas a obrigação de, inicialmente, encerrar a parceria de iniciativa público-privada para, depois, iniciar o regime de restituição dos prejuízos, alcançando uma fração numérica compensatória. Agindo dessa forma, o gestor estatal caminha em perfeita sintonia com as bases principiológicas setoriais do direito administrativo, conferindo nítida preferência aos interesses da administração pública, em cessar rapidamente a execução do serviço, em detrimento dos interesses da iniciativa privada, em manter a prestação da atividade defeituosa. A violação dessa proposta normativa origina ilegalidade procedimental.

Também em sintonia com a redação da garantia fundamental da razoável duração do processo administrativo e do princípio constitucional da eficiência na administração pública, Marçal Justen Filho (1997, p. 361) discorre sobre a necessidade do poder concedente em laborar presteza na tramitação do ressarcimento patrimonial, evitando condutas veladas dos gestores a fim de retardar e burocratizar o rastreamento do valor indenizatório devido.

A caducidade retrata situação não adequada relativamente aos serviços públicos. Daí a necessidade de intervenção estatal, para impor a normalidade. Frustrar-se-ia tal objetivo se o Estado não pudesse iniciar sua atividade de imediato, necessitando aguardar a avaliação dos bens e o pagamento da indenização. Isso não significa, porém, direito de o Estado recusar-se a pagar indenização. Nem poderá submeter o concessionário a delongas arbitrárias e abusivas. O valor dos bens será apurado no

mais breve espaço de tempo, em procedimento administrativo sujeito ao princípio do contraditório. Quando fixado esse valor, o Estado deverá liquidar a indenização, sem demora.

É interessante observar que a preocupação do legislador com a indenização dos prejuízos causados ao parceiro concessionário em ambas as modalidades viabiliza uma garantia mínima de ressarcimento pelos danos gerados em face da interrupção repentina. Todavia, enquanto na encampação a indenização apresenta uma natureza de validade do instituto, na caducidade ela possui uma natureza de eficácia do fenômeno. Por esse motivo, não é nenhum exagero afirmar que a decretação da modalidade da caducidade independe de reparação, sendo o valor do prejuízo estornado somente em momento posterior, no final do ciclo processual.

Outra reflexão bastante oportuna decorre do fato de que na caducidade a inexecução total ou parcial do contrato sempre ocorrerá em virtude da conduta comissiva ou omissiva da concessionária. Mesmo que a origem da inadimplência tenha surgido a partir de uma exigência oriunda do poder concedente, o responsável final pelo não cumprimento da avença é perpetuamente do parceiro da iniciativa privada, arcando com todos os ônus das sanções legais e contratuais admissíveis. Seria inútil empregar como estratégia de defesa a tentativa de afastar a responsabilidade da empresa concessionária invocando sua ausência primitiva de culpa, transferindo completamente o encargo ao órgão público. A medula embrionária da motivação da indenização na caducidade não está na apuração da imputação da culpa pelo rompimento da avença, mas simplesmente no descumprimento contratual, independentemente do grau de rompimento. Nesses termos, podemos inferir que mesmo não tendo o parceiro privado auxiliado isoladamente para a ocorrência do desajuste da atividade, ainda assim será rotulado como culpado pela extinção unilateral do contrato administrativo.

3.2 Manuseio da estrutura indenizatória da reversão

Suplementando a matéria, a norma concessionária ainda vem afirmando que o processo indenizatório da caducidade deverá ocorrer nos moldes do instituto responsável pela reversão, como também de acordo com o previsto

em contrato administrativo firmado, descontado os valores das multas contratuais e o montante dos danos causados pela empresa parceira (art. 38, § 5º da Lei nº 8.987/95). A caducidade se valeu do mesmo recurso normativo utilizado na modalidade encampação, na qual a trajetória disciplinar do ressarcimento dos danos ocorridos também foi totalmente remetida ao universo da reversão. Embasado nessas evidências, podemos afirmar com segurança que existe um núcleo positivo comum à caducidade, à encampação e à reversão, no tocante à temática da indenização dos prejuízos causados à concessionária, sempre respeitando, é óbvio, às singelas, porém importantes, peculiaridades de cada modalidade de extinção.

O pilar ordinário da reparação nas formas de extinção unilateral está na obrigatoriedade da indenização das parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. A principal diferença da caducidade está no fato de que o montante destinado ao ressarcimento patrimonial da concessionária deverá sofrer certos descontos, principalmente no que diz respeito ao valor das sanções pecuniárias contratuais e ao valor dos prejuízos causados pela sua inadimplência. Andou bem o legislador ao deixar expressamente consignado a ocorrência da redução do montante da indenização, protegendo o direito constitucional de propriedade, em especial, aos investidos no serviço público, vedando a expropriação de bens, créditos e direitos. Desmistificando o assunto, Diógenes Gasparini (2008, p. 402) discorre sobre a necessidade da realização de abatimento no momento da avaliação, deduzindo as penalidades aplicadas pelo órgão concedente ao parceiro da iniciativa privada.

Como a caducidade só pode ocorrer durante o transcurso da concessão de serviço público, resta evidente que se os investimentos vinculados aos bens reversíveis ainda não foram totalmente amortizados ou depreciados, devem os valores correspondentes ser apurados e indenizados. Esses valores, devidamente apurados, serão pagos após a decretação, deduzidos o montante das multas regularmente aplicadas e os prejuízos efetivamente avaliados, conforme disciplinado pelo § 4º do art. 38 da Lei federal n. 8.987/95.

Em suma, o estatuto das concessões não condicionou a viabilidade da

caducidade a uma indenização posterior, mas somente a uma obrigatoriedade da apuração do valor dos possíveis danos operados na relação contratual. Assim, após o levantamento de toda a quantia do dano causado à concessionária, subtraído da cifra oriunda do seu inadimplemento contratual, é possível que não existam dígitos a serem ressarcidos. A busca pela fração numérica da indenização na caducidade é algo que deve ser necessariamente apurado, porém, sem condicionar a efetivação da interrupção contratual e a concretização da reparação pecuniária.

Após ultrapassadas todas as etapas investigatórias, restando verificada a ocorrência de prejuízo material, a indenização deverá se operacionalizar de forma justa, retratando o valor que de fato sobreveio apurado, além de ser pago, como regra, em dinheiro, através de moeda corrente nacional. Caso exista multa imposta à concessionária oriunda das sanções contratuais praticadas, as boas práticas da governança corporativa aplicada à gestão pública recomendam que o poder estatal busque se utilizar, primeiro, da compensação com eventuais créditos que a empresa privada possua com o órgão concedente.

3.3 Subespécies de ressarcimento

Quanto às demais facetas da análise dos prejuízos, em especial a expropriação dos bens, lucros cessantes, danos emergentes e bens não reversíveis, a discussão se torna ainda mais acalorada do que na encampação, tendo em vista que nenhuma das quatro subespécies de recomposição patrimonial está expressamente arrolada na legislação concessionária. Embora a doutrina administrativista não tenha se debruçado exaustivamente sobre o assunto, é possível encontrar algumas vozes defendendo a impossibilidade que a reparação dos prejuízos causados à concessionária ultrapasse a fronteira dos bens não amortizados, utilizando a presença de culpa do contratado como fundamento (FIGUEIREDO, 2008, p. 114; GASPARINI, 2008, p. 402; MELLO, 1999, p. 536; PESTANA, 2014, p. 466). Com a máxima vênia, não parece ser o raciocínio mais coerente a ser adotado nesse relevante momento. Mesmo sendo o concessionário o principal responsável pela inexecução total ou parcial das obrigações impostas, não há dúvidas de que a extinção pela caducidade origina enormes transtornos para todos os envolvidos, inclusive para o particular. Padece o órgão concedente, envolvido em uma série de medidas urgentes e

corrosivas, comuns às modalidades de extinção, a fim de regularizar a atividade, padece a empresa privada, assistindo de camarote seus projetos serem dissipados pela interrupção repentina e unilateral da avença, padece o usuário do serviço, molestado pela descontinuidade na prestação da atividade de utilidade pública. Devido à generalização do prejuízo, se mostra necessário que cada situação seja analisada de maneira pontual.

No tocante à *expropriação dos bens*, muito embora a caducidade interrompa de maneira antecipada e unilateral o contrato de concessão, impossibilitando uma recuperação integral de todos os investimentos privados realizados no serviço público, o órgão concedente não pode figurar como garantidor obrigatório desses prejuízos. O argumento central dessa completa ausência de responsabilidade habita, novamente, no requisito culpabilidade, traço marcante dessa modalidade de extinção de concessão, sendo o parceiro da iniciativa privada o único responsável pela inexecução total ou parcial do contrato administrativo.

No tocante aos *lucros cessantes*, ou seja, aquela estimativa que o concessionário deixou de lucrar, os raros administrativistas que se aventuraram a dissertar sobre a temática entendem não ser possível cultivar essa semente indenizatória no ambiente da caducidade (ARAGÃO, 2013, p. 628). Tratamento bastante diferenciado quando comparado à extinção unilateral da concessão pela modalidade hostil da encampação. Muito embora ambas as espécie não tenham incorporado ao estatuto a previsão expressa da recuperação patrimonial pelos lucros cessantes, transmitindo a falsa ideia de que a omissão normativa representaria uma negação, a melhor técnica concessionária indica uma reflexão mais pormenorizada das características de cada modalidade extintiva, ultrapassando a modesta interpretação literal. Na seara da encampação, tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritariamente entendem ser possível a indenização pelos lucros cessantes, raciocínio alcançado pela junção dos seguintes quesitos: a obrigação de reparar o dano em caso de prejuízo; a ofensa à equação-financeira do contrato firmado; o fator surpresa da interrupção por motivo de interesse público. Já no ambiente da caducidade, o fato da rescisão estar motivada na inadimplência do concessionário apresenta um peso diferenciado. Parece realmente contraditório pensar em indenizar o parceiro privado pelas vantagens que deixou de ganhar quando ele próprio foi exclusivamente o responsável pela quebra contratual, assumindo individualmente o risco pela sua inoperância laboral.

No tocante aos *danos emergentes*, ou seja, aquele montante que o concessionário de fato perdeu, também entendem os escassos doutrinadores que exploram o assunto de forma mais singularizada que não seria motivo para qualquer espécie de ressarcimento patrimonial. O motivo basilar apresentado gira novamente em torno do fator culpabilidade, sendo também um equívoco pensar em indenizar a concessionária nas ações praticadas exclusivamente pelo seu corpo dirigente dando origem a inexecução das cláusulas contratuais. Nesse sentido, dissertando sobre a impossibilidade indenizatória pelos lucros cessantes e danos emergentes, Justen Filho (1997, p. 362) comenta que

o ex-concessionário não terá direito a perceber indenização por outras perdas e danos. Os lucros cessantes e danos emergentes não serão objeto de recomposição, sob pressuposto de que a extinção do contrato pode ser imputada a evento relacionado com a atuação do concessionário.

Todavia, atenção redobrada na utilização prática do termo *exclusivamente* empregado alhures, pois não aparece de forma acidental e também não funciona como simples adorno textual. Parece que estaria implícita a redação que prevê a caducidade, dando a entender que a ausência de indenização pelos lucros cessantes ou danos emergentes somente ocorreria se as causas da inexecução total ou parcial do contrato fossem atribuídas exclusivamente ao parceiro privado. Assim, caso restasse demonstrado no processo administrativo que de alguma forma o poder concedente teria algum envolvimento na inadimplência, poderia o órgão estatal ser responsabilizado financeiramente nos limites da sua culpabilidade.

No tocante aos *bens não reversíveis*, através da leitura inversa do texto normativo e da literatura especializada majoritária, que descrevem a possibilidade da recuperação patrimonial caminhar somente até a fronteira dos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, é fácil concluir que não seria viável alcançar esse patamar. Novamente invocando o aspecto culpabilidade, de fato, não compete ao poder concedente arcar com eventuais prejuízos do parceiro privado relacionados aos investimentos patrimoniais realizados com a finalidade de garantir a execução de serviços públicos. No entanto, mesmo após o encerramento da parceria, ainda que totalmente desobrigado de qualquer espécie de manifesta-

ção reparatória, nada impede que o órgão concedente realize uma avaliação detalhada na infraestrutura edificada e, sendo do interesse de ambos, haja de comum acordo uma negociação em torno desse maquinário adquirido e construído, amparando a continuidade do serviço público.

Por derradeiro, importante ainda ressaltar que a decretação da caducidade não resultará para o órgão concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da parceira concessionária (art. 38, § 6º da Lei nº 8.987/95). Analisando a dupla face da norma, por um lado, houve a previsão estatutária da total irresponsabilidade civil do poder concedente, por outra, ocorreu a reafirmação da completa responsabilidade patrimonial da empresa concessionária com os encargos assumidos. Logo, a relação de responsabilidade patrimonial entre a parceira da iniciativa público-privada e os terceiros ou empregados possui natureza contratual, só podendo esses encargos indenizatórios serem atribuídos à própria concessionária, utilizando como embasamento a legislação civil atualmente em vigor no país. Obrigação esta que não deve ser confundida com a tradicional responsabilidade civil das concessionárias enquanto peças estatais responsáveis pela execução do serviço público, respondendo de maneira objetiva pelos prejuízos, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988.

Apesar da opção estatutária pela integral ausência de responsabilidade civil do poder concedente, esses dispositivos não devem ser analisados de forma isolada, mas em conjunto com outros ditames normativos e, principalmente, com alguns entendimentos pontuais já reiteradamente analisados pelos tribunais superiores. Na seara da indenização, um dos mais significativos é sem dúvida alguma a Súmula nº 331, IV do Tribunal Superior do Trabalho (TST), na qual restou consignado a responsabilidade subsidiária da administração pública pelas obrigações trabalhistas das pessoas jurídicas contratadas⁹. Na visão da Justiça obreira, o órgão público estatal se torna responsável

9 Súmula nº 331 do TST: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV,

subsidiário por culpa *in eligendo*, ou culpa *in vigilando* ao lado da reclamada empregadora pelas dívidas trabalhistas contraídas sob o argumento central de que a mão de obra serviu à administração pública. Assim, também parece ser perfeitamente viável a incidência do entendimento sumular nas concessões de serviços públicos, fazendo o poder concedente responder, em caráter acessório, todas as responsabilidades trabalhistas contraídas pelos empregados, resguardando o hipossuficiente de possível inadimplência do empregador.

4 DELINEAMENTO GRÁFICO DO SISTEMA INDENIZATÓRIO NA CADUCIDADE

Após o encerramento da investigação pormenorizada sobre a primeira e a segunda etapa indenizatória do fenômeno da caducidade, abordando inicialmente tanto os momentos formais que a antecedem quanto posteriormente as entrelinhas do procedimento de ressarcimento patrimonial, se mostra bastante oportuno um gráfico a fim de demonstrar com mais clareza e didática a sequência dos atos ventilados.

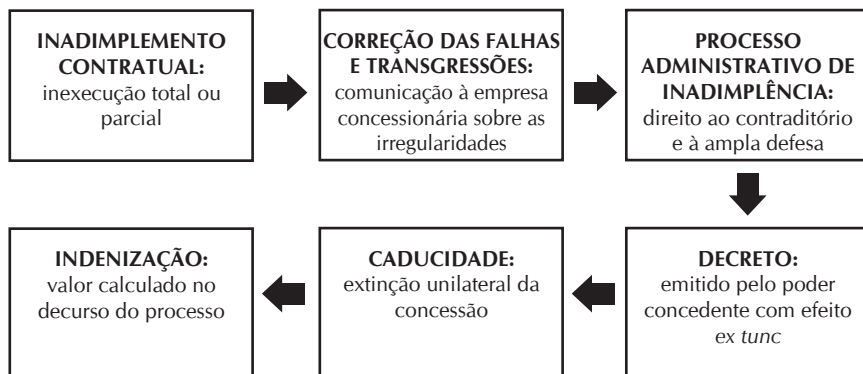


Figura 1: Delineamento gráfico do sistema indenizatório na caducidade
Fonte: Elaborado pelo autor.

caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

5 CONCLUSÃO

Restou demonstrado neste trabalho de cunho investigativo que o sistema indenizatório da modalidade de extinção da concessão intitulada caducidade é repleto de peculiaridades. Além dos procedimentos formais que antecedem a etapa da recuperação patrimonial, tais como a instauração de processo administrativo de inadimplência, a oferta de lapso temporal razoável para o parceiro público-privado corrigir as falhas e transgressões, e a formalização da interrupção através de decreto emitido pelo órgão concedente, existem ainda diversas particularidades atinentes ao complexo indenizatório propriamente dito, circunstâncias que até este momento não foram devidamente exploradas pela literatura especializada. A presente inquirição objetivou suprir essa lacuna, oferecendo novos cenários à temática específica.

Foi possível verificar que as principais singularidades não estão localizadas no ponto da dispensabilidade de ressarcimento prévio ou no item do manuseio da estrutura indenizatória da reversão, mas nas inúmeras subespécies de ressarcimento, muito embora não estejam arroladas de maneira explícita no estatuto concessionário. Na maior parte dos métodos observados, quais sejam, lucros cessantes, danos emergentes e bens não reversíveis, foram encontradas situações pontuais nas quais seria praticável a indenização ao concessionário, ultrapassando o simbólico ressarcimento das parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, estrutura cedida pela reversão, descontado o valor das multas contratuais e o montante dos prejuízos causados. Até a situação da irresponsabilidade dos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da parceira concessionária sofreu relativização em decorrência da análise textual em sincronia com a jurisprudência consolidada do tribunal superior obreiro.

Também ficou constatado que a grande justificativa pela inviabilização genérica da indenização à concessionária reside no fato de a empresa assumir uma postura culposa no desfecho do ajuste, responsável medular pelo inadimplemento das obrigações relativas à exploração do serviço público transferido. No entanto, inferiu-se ainda que essa invocação não pode ser encarada com feições cerradas e absolutas, devendo sofrer relativa mitigação quando analisadas com situações práticas especiais. Em suma, não se trata de

uma interpretação *ultra legem*, mas apenas uma forma setorial e estratégica de examinar o complexo indenizatório no ambiente específico das concessões de serviços públicos, oferecendo maior segurança jurídica à relação, atraindo novos investidores na execução da atividade de interesse coletivo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

ARAGÃO, A. S. **Direito dos serviços públicos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, E. N. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BLANCHET, L. A. **Concessão de serviços públicos: estado, iniciativa privada e desenvolvimento sustentável**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CARVALHO, C. E. V. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição econômica brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DAL POZZO, A. N. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FORTINI, C. **Contratos administrativos: franquias, concessões, permissão e PPP**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREIRE, A. L. **Manutenção e retirada dos contratos administrativos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREITAS, J. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, L. R. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GROTTI, D. A. M. **O serviço público e a Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, F. V. **Concessão de serviço público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HARB, K. H. **A revisão na concessão comum de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, O. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MONTEIRO, V. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES FILHO, M. A. P. Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e o sistema processual administrativo punitivo. In: NOHARA, I. P.; MORAES FILHO, M. A. P. (Org.). **Processo administrativo**: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA, E. B. **Direito das concessões de serviço público**: inteligência da Lei 8.987/1995 (parte geral). São Paulo: Malheiros: 2010.

MOREIRA NETO, D. F. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, C. P. C. **Eficácia nas concessões, permissões e parcerias**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MUKAI, T. **Concessões, permissões e privatizações de serviços públicos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, J. C. **Concessões e permissões de serviços públicos**. São Paulo: Edipro, 1997.

OLIVEIRA, R. C. R. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

PESTANA, M. **Direito administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PIRES, L. M. F. **O estado social e democrático e o serviço público**: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCHA, C. L. A. **Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, J. A. A. **Contratos administrativos**: formação e controle interno da execução com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SCARTEZZINI, A. M. G. F. **O princípio da continuidade do serviço público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, E. J. **Concessão e permissão no serviço público**. Leme: JH Mizuno, 2004.

SOUTO, M. J. V. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. (Coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

WALD, A.; MORAES, L. R.; WALD, A. M. **O direito de parceria e a lei de concessões**: análise das Leis nº. 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

A Contribuição das Alterações Promovidas na Contabilidade Aplicada ao Setor Público para o Efetivo Exercício do Controle Externo pelos Tribunais de Contas

The Contribution of the Changes Promoted in the Accounting Applied to the Public Sector for the Effective Exercise of External Control by the Audit Courts

Anelise Florencio de Meneses¹
Patrícia Vasconcelos Rocha Mapurunga²

RESUMO:

Objetivou-se analisar a contribuição das alterações promovidas na Contabilidade aplicada ao setor público para o efetivo exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas. Para tanto, utilizando a Análise de Conteúdo, foi construída a métrica com base nas recomendações de natureza contábil contidas nos relatórios de parecer prévio, referentes aos exercícios de 2010 e 2011, elaborados pelos Tribunais de Contas, a fim de identificar quais dessas recomendações podem ser sanadas com a adoção das novas normas de Contabilidade do Conselho Federal de Contabilidade e da Secretaria do Tesouro Nacional. Nos resultados, verificou-se que, com a adoção das alterações ocorridas na Contabilidade aplicada ao setor público pelos entes da Federação, grande parte (74%) das recomendações emanadas nos pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas referentes à Contabilidade será, ou já foi, atendida. Logo, concluiu-se que essas novas normas trouxeram relevante contribuição para o efetivo exercício do controle externo.

Palavras-Chave: Contabilidade aplicada ao setor público. Tribunais de Contas. Recomendações.

1 Mestre em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: anelisefm@gmail.com

2 Mestre em Administração e Controladoria pela Universidade Federal do Ceará. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: pattivasconcelos@hotmail.com

ABSTRACT:

Our aim was to analyze the contribution of the changes in Accounting applied to the public sector for the effective exercise of external control by the Audit Courts. Therefore, using the Content analysis, the metric was built based on recommendations of accounting nature contained in reports of previous opinion for the years 2010 and 2011, prepared by the Audit Courts to identify which of those recommendations can be solved with the adoption of the new Accounting standards of the Federal Accounting Council and the National Treasury Secretariat. In the results, we found that, with the adoption of the changes in Accounting applied to the public sector by members of the Federation, most (74%) of the recommendations in previous opinions issued by the Audit Courts concerning the accounting will be, or have been, attended. Thus, we concluded that these new standards have brought significant contribution to the effective exercise of external control.

Keywords: Accounting applied to the public sector. Audit Courts. Recommendations.

1 INTRODUÇÃO

O patrimônio, principal objeto a ser estudado pela Ciência Contábil, tornou-se peça secundária para os registros dos fatos ocorridos na Contabilidade aplicada ao setor público por seguir fielmente o princípio da legalidade, ao passo que o orçamento tornou-se o foco principal. Objetivando, entre outros pontos, alterar esta situação, iniciou-se o processo de convergência das normas internacionais de Contabilidade aplicadas ao setor público, que buscam tratar o patrimônio como o efetivo objeto da Contabilidade.

Visando inserir o Brasil nesse processo, em 2007, o Conselho Federal de Contabilidade (CFC) interpretou princípios de Contabilidade voltados para o setor público, e editou, em 2008, dez Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público – NBCASP. Já o Ministério da Fazenda publicou, em 2008, a Portaria nº 184, que estabelece diretrizes a serem observadas em procedimentos, práticas, elaboração e divulgação das demonstrações contábeis do setor público, elegendo a Secretaria do Tesouro Nacional (STN) como órgão central deste processo. Dando aplicabilidade às NBCASP, a STN

emitir, em 2009, cinco Manuais de Contabilidade Aplicados ao Setor Público (MCASP), atualizados, destacando procedimentos para o registro dos fatos contábeis e a elaboração e divulgação das demonstrações contábeis.

Aos Tribunais de Contas, estruturados nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal brasileira, são atribuídas funções específicas a fim de regular a utilização do patrimônio público, a fiel execução do orçamento público, a probidade dos atos administrativos, entre outros. Dentre essas funções, destaca-se a apreciação das contas prestadas pelos chefes do Poder Executivo mediante a emissão do parecer prévio, o qual tem por fim auxiliar o Poder Legislativo no julgamento destas contas. O parecer apresenta, com base em análises de natureza orçamentária, financeira, patrimonial e contábil, a opinião do Tribunal de Contas sobre as contas de governo, além de oferecer recomendações ao Poder Executivo, almejando a melhoria na arrecadação das receitas e no gasto público.

Na análise destas contas de governo, há a necessidade das entidades fiscalizadas divulgarem as informações dentre as quais estão aquelas geradas pela contabilidade, cujos demonstrativos devem efetivamente evidenciar a situação do patrimônio fiscalizado, dos resultados orçamentários e econômicos auferidos e dos fluxos de caixa do período.

Ante a contextualização apresentada, suscita-se o problema da pesquisa: qual a contribuição das alterações promovidas na Contabilidade aplicada ao setor público para o efetivo exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas?

Para responder ao problema mencionado, a pesquisa tem por objetivo geral analisar a contribuição das alterações promovidas na Contabilidade aplicada ao setor público para o efetivo exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas. E, como objetivos específicos, destacam-se: (1) identificar as principais alterações ocorridas na Contabilidade aplicada ao setor público; (2) verificar as recomendações, relacionadas aos aspectos contábeis, destacadas nos relatórios de parecer prévio dos Tribunais de Contas acerca das contas de Governo dos entes da Federação; e (3) averiguar as recomendações dos Tribunais de Contas a serem atendidas com a realização integral das alterações ocorridas na Contabilidade.

Esta investigação justifica-se pela relevância e oportunidade em aprofundar como a Contabilidade aplicada ao setor público pode ser utilizada para auxiliar os Tribunais de Contas no exercício de sua função constitucio-

nal, bem como para ampliar o conhecimento acerca das alterações ocorridas na Contabilidade com base no processo de convergência das normas brasileiras às internacionais.

Para tanto, esta pesquisa caracteriza-se como exploratória e descritiva, sendo utilizados, no desenvolvimento deste trabalho, os procedimentos bibliográficos e documentais, e fazendo-se o uso da análise dos relatórios de parecer prévio das contas de Governo elaborados pelos Tribunais de Contas. Na análise dos dados, foram utilizadas a Análise de conteúdo e a estatística descritiva.

Esta pesquisa foi organizada em seis seções, incluída a introdução e sem contar as referências bibliográficas. Nas segunda e terceira seções, foi abordado o referencial teórico. Na quarta seção, apresentam-se os procedimentos metodológicos. A quinta seção aborda os resultados da pesquisa, e, por fim, as considerações finais são exibidas na sexta seção.

2 CONTABILIDADE APLICADA AO SETOR PÚBLICO E O PROCESSO DE CONVERGÊNCIA DAS NORMAS

A convergência das normas contábeis é um processo compreendido como todos os esforços, visando diminuir as divergências contábeis e facilitar a comunicação dos relatórios financeiros, permitindo a comparabilidade das informações. Essas vantagens, conforme Kong Siu (2010), também são desejadas pelos gestores e usuários da Contabilidade voltada ao setor público.

Nesse processo, foi publicada a Resolução CFC nº 1.111/07 aprovando o apêndice II à Resolução nº 750/93 sobre os Princípios de Contabilidade. Naquela Resolução, foram interpretados os princípios sob a perspectiva do setor público.

O Conselho Federal de Contabilidade ainda publicou, em 2008, 11 NBCASP com os MCASP pela Secretaria do Tesouro Nacional. As alterações na Contabilidade aplicada ao setor público que proporcionam maior impacto e necessidade de capacitação e de mudança de atuação por parte dos gestores e dos contadores podem ser divididas em: (1) utilização do enfoque patrimonial; (2) adoção do regime de competência para o reconhecimento e a mensuração dos fatos contábeis; e (3) elaboração de outras demonstrações para evidenciar os fatos reconhecidos.

2.1 Utilização do enfoque patrimonial

As NBC T 16.1 e 16.2 enfatizam que a Contabilidade aplicada ao setor público é o ramo da Ciência Contábil cujo objeto é o estudo do patrimônio público, o qual representa o conjunto de bens, tangíveis ou intangíveis, e de direitos, onerados ou não, adquiridos, formados, produzidos, recebidos, mantidos ou utilizados pelas entidades do setor público, que seja portador ou represente um fluxo de benefícios, presente ou futuro, inerente à prestação de serviços públicos ou à exploração econômica por entidades do setor público e as respectivas obrigações.

A NBC T 16.2 menciona que o patrimônio público é dividido em Ativo, Passivo e Patrimônio Líquido, sendo os dois primeiros segregados nos grupos Circulante e Não Circulante. Além disso, as informações sobre o patrimônio serão apuradas por meio dos subsistemas Orçamentário, Patrimonial, de Custos e de Compensação. A Resolução CFC nº 1.268/09 excluiu o subsistema Financeiro.

Na NBC T 16.4 são apresentadas as transações que afetam o patrimônio público (econômico-financeiras) e as que não afetam (administrativas), sendo que as primeiras devem manter correlação com as contas patrimoniais que as originaram, segregadas em variações qualitativas, as quais não alteram o valor do patrimônio público, e quantitativas, que aumentam ou diminuem o patrimônio. O MCASP – PCP ainda reúne uma terceira classificação, as variações mistas ou compostas.

A NBC T 16.5 estabelece que todas as transações patrimoniais devem ser registradas, considerando o princípio da essência sobre a forma, e mensuradas por critérios que possibilitem o reconhecimento das perdas ou ganhos patrimoniais. Estes critérios, para a correta mensuração das contas classificadas nos elementos que compõem o patrimônio público, são expressos na NBC T 16.10.

Ressalta-se que os bens e direitos registrados em investimentos imobilizados, de vida útil limitada, intangíveis e diferidos, devem ser depreciados, amortizados ou exauridos, a fim de evidenciar a real situação patrimonial desses elementos. De acordo com a NBC T 16.9, não se fazem objeto de depreciação, amortização ou exaustão: (a) bens móveis de natureza cultural; (b) bens de uso comum, de vida útil indeterminada; (c) animais que se destinam à exposição e à preservação; e (d) terrenos rurais e urbanos.

Os bens de uso comum, aqueles que “absorveram ou absorvem recursos públicos, ou aqueles eventualmente recebidos em doação”, exemplificados por praças, estradas e vias públicas, devem ser registrados no ativo não circulante das entidades que os controlam ou administram, conforme orientação da NBC T 16.10.

A NBC T 16.10 ainda destaca que os elementos patrimoniais devem ser reavaliados pelo valor justo ou de mercado a cada quatro anos ou anualmente, quando verificada uma variação significativa em relação aos valores registrados anteriormente. Na constatação de um valor justo ou de mercado do elemento reavaliado menor do que o registrado de forma contábil, deve ser reconhecida uma redução ao valor recuperável (*impairment*), a fim de evidenciar a perda do elemento em não mais proporcionar benefícios futuros para a entidade pública.

2.2 Adoção do regime de competência

Com o processo de convergência, os organismos reguladores brasileiros incentivam a adoção do regime de competência, pelo menos para o registro da Contabilidade patrimonial. Herbst (2010) salienta que o regime de competência aumenta o *disclosure* das contas por ter o foco patrimonial, evitando que os gestores demonstrem somente informações passíveis de privilegiá-los em curto prazo principalmente em períodos eleitorais.

Dentre as alterações propostas para a adoção do regime de competência no setor público, destaca-se a edição da Resolução CFC nº 1.111/07, interpretando os princípios contábeis para o setor público. A NBC T 16.5 destaca que as transações do setor público devem ser reconhecidas e registradas, de forma integral, no momento em que ocorrem, e evidenciadas nas demonstrações contábeis do período com o qual se relacionam, independente da execução do orçamento.

Além deste dispositivo, a depreciação, a amortização e a exaustão, disciplinadas na NBC T 16.9, são mecanismos que apropriam o consumo dos elementos patrimoniais dos entes públicos aos exercícios, respeitando o princípio da competência, na elaboração das demonstrações contábeis.

2.3 Elaboração de novas demonstrações

As demonstrações contábeis têm por objetivo evidenciar as informações acerca do patrimônio de determinada entidade. A NBC T 16.1 estabelece que todas as informações (orçamentárias, econômicas, financeiras e físicas do patrimônio) dos entes públicos devem ser evidenciadas, a fim de subsidiar a tomada de decisões, a prestação de contas e a instrumentalização do controle social.

A Lei nº 4.320/64, no capítulo IV, estabelece os Balanços Orçamentário, Financeiro e Patrimonial e a Demonstração das Variações Patrimoniais como demonstrativos a serem elaborados ao final de cada exercício. A NBC T 16.6 acrescenta, ainda, a elaboração das Demonstrações dos Fluxos de Caixa, do Resultado Econômico e das Mutações do Patrimônio Líquido, enfatizando que as demonstrações devem apresentar, também, anexos, outros demonstrativos exigidos em lei e notas explicativas.

A nova estrutura do Balanço Orçamentário objetiva aumentar o nível de evidenciação das informações orçamentárias, classificadas nos grupos econômicos das receitas e despesas, segregando aquelas relativas ao refinanciamento e amortização da dívida, evidenciando as operações de crédito internas e externas.

Esta estrutura aproxima-se da utilizada no Balanço Orçamentário, integrante do Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), estipulado na LRF, que determina a evidenciação das receitas autorizadas na respectiva Lei Orçamentária Anual (Previsão Inicial), as receitas atualizadas, por meio da abertura de créditos adicionais (Previsão Atualizada), as receitas arrecadadas (Receitas Realizadas) e o saldo ao final do exercício, ao subtrair da Receita Realizada as Receitas Atualizadas (Saldo). Neste saldo, pode-se constatar se o ente obteve excesso ou insuficiência de arrecadação da receita prevista.

Cabe destacar que o MCASP – Demonstrações Contábeis enfatiza que as receitas devem ser informadas pelos valores líquidos das deduções (descontos, parcela do FUNDEB, retificações, restituições etc), e que no campo “Saldo de Exercícios Anteriores” devem ser informados os valores referentes ao superávit financeiro e à reabertura de créditos especiais e extraordinários, destacando-se que estes valores não são considerados para o cálculo do déficit ou superávit orçamentário do exercício, a que se refere o Balanço (STN, 2012).

No tocante à Despesa, a nova estrutura do Balanço Orçamentário exi-

ge que seja demonstrada a despesa inicialmente fixada na Lei Orçamentária Anual (Dotação Inicial), a despesa atualizada com a abertura de créditos adicionais (Dotação Atualizada), a despesa empenhada (Despesas Empenhadas), liquidada (Despesas Liquidadas) e paga (Despesas Pagas) no exercício, e, por fim, o saldo ao final do exercício, ao subtrair da Despesa Empenhada a Despesa Atualizada (Saldo da Dotação). Neste saldo, pode-se constatar se o ente obteve uma economia na execução das despesas. Esta estrutura é, também, semelhante a do RREO, com exceção da necessidade de apresentação das Despesas pagas.

Outra mudança, já destacada no RREO, refere-se à evidenciação das despesas por grupo de natureza. Na estrutura anterior, a evidenciação das despesas respeitava a classificação por tipo de crédito.

Quanto às informações a serem evidenciadas em notas explicativas, o MCASP exige: a identificação das receitas e das despesas intraorçamentárias, assim consideradas aquelas que envolvem operações entre órgãos e entidades de um mesmo ente; o detalhamento das despesas executadas, por tipo de crédito adicional; a evidenciação do montante de movimentação financeira; a identificação dos valores referentes à abertura de créditos adicionais e aos cancelamentos de créditos; a demonstração da inscrição, liquidação, pagamento, cancelamento e saldo dos restos a pagar processados e não processados, comparando os valores inscritos no exercício atual e anterior; e a evidenciação de demais informações necessárias ao entendimento do Balanço e dos valores evidenciados.

No que tange ao Balanço Financeiro, a NBC T 16.6 traz as mesmas exigências para a elaboração estabelecidas na Lei nº 4.320/64, inovando quanto à necessidade de apresentação dos valores do exercício anterior e dos valores das Receitas e Despesas, por vinculação e destinação de recursos, respectivamente.

Constatam-se algumas alterações, em especial quanto às colunas Transferências Financeiras Recebidas (II) e Concedidas (VII), onde são demonstrados os valores movimentados entre órgãos e entidades da Administração Pública, representados pelas cotas, repasses, sub-repasses etc, objetivando dar maior transparência destes recursos aos usuários.

O MCASP estabelece que o Balanço Financeiro tenha por finalidade subsidiar a avaliação da gestão financeira de determinado ente, demonstrar os ingressos e os dispêndios de recursos em determinado período, avaliar se o

disponível é suficiente para saldar as obrigações e os gastos com manutenção da administração, evidenciar quais origens e aplicações de recursos possuem vinculação legal, apresentar quais necessidades da sociedade foram empenhadas e analisar a liquidez do ente para prevenir futuras insuficiências de caixa.

Quanto à Demonstração das Variações Patrimoniais (DVP), a NBC T 16.6 exige que as alterações patrimoniais sejam evidenciadas de forma segregada, identificando as variações de natureza qualitativa e quantitativa, com o objetivo de aumentar o nível de evidenciação de informações que alterem a posição patrimonial de um ente público em determinado exercício financeiro, sendo resultado patrimonial do exercício encontrado no confronto das variações aumentativas e diminutivas, além de comparar as variações ocorridas.

O MCASP salienta que a DVP assemelha-se à Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) da área empresarial, no tocante à apuração do resultado patrimonial, no entanto não é um indicador de desempenho, como a DRE. A DVP é um “medidor do quanto o serviço público ofertado promoveu alterações quantitativas dos elementos patrimoniais” (BRASIL, 2012, p. 21) e um indicador da gestão fiscal, além de evidenciar as alterações qualitativas.

Já o Balanço Patrimonial, de acordo com a NBC T 16.6, segregava o Ativo e o Passivo nos grupos Circulante e Não Circulante, divulgando-os com a apresentação dos valores correspondentes ao período anterior, além de evidenciar o Patrimônio Líquido do exercício atual e dos anteriores acumulados. A NBC T 16.6 e o MCASP – Demonstrações Contábeis expressam que as contas do Ativo devem ser classificadas em ordem decrescente de liquidez (convertibilidade em dinheiro) e do Passivo de exigibilidade.

A informação dos Ativos e Passivos pelas categorias de Financeiro e Permanente permanece na estrutura proposta pela STN, mesmo não sendo mencionada pela NBC T 16.6. O MCASP ainda exige a elaboração de Demonstrativo que evidencie o superávit/déficit financeiro apurado no Balanço Patrimonial, segregado por destinação de recursos, devendo este demonstrativo ser evidenciado em anexo ao Balanço Patrimonial.

A Demonstração dos Fluxos de Caixa (DFC), conforme NBC T 16.6, permite que usuários projetem cenários de fluxos futuros de caixa e elaborem análises sobre possíveis alterações na capacidade financeira do ente público. A norma brasileira permite a elaboração da DFC pelo método direito ou indireto, devendo ser evidenciadas as movimentações no caixa ou equivalentes, decorrentes dos fluxos de operações, de investimentos e de financiamentos.

A Demonstração do Resultado Econômico objetiva, conforme a NBC T 16.6, evidenciar o resultado econômico das ações do setor público, e, ainda, verificar a otimização dos benefícios gerados à sociedade ao contrapor as receitas dos serviços prestados e dos bens fornecidos aos custos incorridos para executar determinada ação.

Essa demonstração apresenta a Receita Econômica dos serviços prestados e dos bens ou dos produtos fornecidos, sendo obtida, conforme NBC T 16.6, pela multiplicação da quantidade do serviço prestado, bens ou produtos fornecidos pelo custo de oportunidade, apurando-se, com efeito, os benefícios gerados à sociedade. Esse custo de oportunidade é aquele que poderia ser desembolsado em alternativa semelhante da prestação do serviço ou do fornecimento de bens e produtos na seara privada (NBC T 16.6).

Quanto à Demonstração das Mutações no Patrimônio Líquido (DMPL), já obrigatória para as empresas privadas, a NBC T 16.6 estabelece que essa evidencia as movimentações ocorridas em cada componente do patrimônio líquido, sendo ressaltado que esse demonstrativo deve ser elaborado somente pelas empresas estatais dependentes e no processo de consolidação das contas.

Do exposto, observa-se que foram muitas as alterações introduzidas na Contabilidade aplicada ao setor público, as quais, espera-se, possam permitir uma maior integração, condensação e comparabilidade dos dados, bem como otimizar a disponibilidade de informações públicas aos interessados, contribuindo para um maior controle do patrimônio público e subsidiando estes no efetivo exercício dos controles, interno e externo, o último desempenhado pelos Tribunais de Contas, em auxílio ao Poder Legislativo, bem como no efetivo controle social.

3 O EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O controle da Administração Pública, conforme Guerra (2007), possibilita a verificação, pelos demais e pela própria administração, da efetiva aplicação dos recursos no intuito de “garantir atuação conforme aos modelos desejados e anteriormente planejados, gerando-se uma aferição sistemática”. O controle representa um “poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização

por omissão do agente infrator” (p. 90).

A relevância do Tribunal de Contas consiste, pois, na finalidade de “garantir a regular aplicação dos recursos públicos, coibindo práticas abusivas e desonestas, ou, simplesmente, dissonantes dos anseios legitimamente substanciados nas leis elaboradas para nortear a atuação dos governantes” (SILVA, 2012, p. 49), apresentando-se como um instrumento aos cidadãos para que estes impeçam o desvio das finalidades públicas, quando o foco for uma matéria contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Estado.

Constitucionalmente, a previsão da figura do controle encontra-se na seção XI, a qual ressalta, nos artigo 70 e 71, que a fiscalização governamental está estruturada nos sistemas de Controle Interno e Externo, sendo que o primeiro é exercido internamente em cada poder, enquanto o segundo é exercido externamente. É determinado no artigo 74, inciso IV, que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem manter, de forma integrada, sistema de controle interno, para, entre outras finalidades, apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional. Já o controle externo, embora a cargo do Poder Legislativo, é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas.

Ademais, são dirigidas competências aos Tribunais de Contas, a exemplo do julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que derem causa à perda, ao extravio ou à outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; bem como da elaboração de parecer prévio das contas dos chefes do Poder Executivo a serem julgadas pelo Poder Legislativo (BRASIL, 1988).

Do parecer prévio das contas de governo destaca-se que, segundo TCU (2011, p. 172), essa seja talvez a mais importante competência das Cortes de Contas, a quem cabe fornecer os elementos técnicos para, posteriormente, os parlamentares emitirem o julgamento político, de modo que “o cidadão possa conhecer os efetivos resultados obtidos pela Administração Pública Federal”.

Para Andrada e Barros (2010), os pareceres prévios representam documentos que contém a análise técnica sobre determinados aspectos das contas anuais dos chefes dos Poderes Executivos Federal, Estaduais e Municipais. Ademais, os autores destacam que esses documentos conferem ao julgamento político do Poder Legislativo aspectos mais objetivos e imparciais. Assim, nesses pareceres, as Cortes de Contas opinam pela aprovação, aprovação com ressalvas, ou reprovação das contas (GUERRA, 2007). Além disto, os

Tribunais de Contas fazem ainda recomendações aos gestores acerca das deficiências encontradas, bem como acerca das melhorias que podem ser efetuadas na arrecadação de receitas e no gerenciamento dos gastos públicos.

Exemplificando essas situações, Dutra e Cavalcante (2011) afirmam que as ressalvas apresentadas nos pareceres prévios impulsionam “o fortalecimento de controles internos da contabilidade pública federal, bem como a evolução em procedimentos de reconhecimento, mensuração e evidenciação de determinadas rubricas contábeis” (p. 71).

No que tange à divulgação dos pareceres prévios, no artigo 48 da LRF é destacado que os entes públicos devem dar “ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: [...] as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; [...] e as versões simplificadas desses documentos” (BRASIL, 2000).

4 METODOLOGIA DA PESQUISA

Esta pesquisa pode ser classificada, quanto aos objetivos, como exploratória e descritiva. No que concerne aos procedimentos, ou estratégias de pesquisa, este trabalho utilizou procedimentos bibliográficos e documentais. Optou-se por uma amostra do tipo não probabilística e intencional, cujo critério utilizado para a seleção pautou-se no pressuposto da maior evidenciação dos pareceres prévios nos endereços eletrônicos dos Tribunais de Contas da União, dos Estados brasileiros e do Distrito Federal, tendo em vista a relevância do montante de recursos apreciados nas contas do presidente da República e dos governadores.

No que tange aos dados da pesquisa, esses foram obtidos nos pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas dos entes da Federação brasileira analisados. Para coletar os dados desta investigação, primeiramente foi verificado se os Tribunais de Contas integrantes da amostra publicaram os pareceres prévios acerca das contas de governo, de suas competências, referente aos exercícios de 2010 e 2011 nos endereços eletrônicos, conforme estabelece o artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Esta etapa foi realizada no mês de março de 2013. Após a obtenção dos pareceres prévios,

estes foram analisados utilizando a técnica Análise de Conteúdo, a fim de verificar as recomendações relacionadas aos aspectos contábeis. A Análise de Conteúdo é uma técnica que tem o objetivo de descrever objetiva, sistemática e quantitativamente determinado conteúdo (BARDIN, 2011).

Martins e Theóphilo (2009) reúnem três fases quando da utilização da Análise de Conteúdo, quais sejam: 1) pré-análise – representada pela organização do material a ser analisado; 2) descrição analítica – refere-se ao estudo mais aprofundado do material coletado na pré-análise, bem como a escolha das unidades de análise (palavras, temas, símbolos, frases etc), segregadas em critérios e categorias; e 3) interpretação inferencial – baseia-se no tratamento dos dados coletados na fase de descrição analítica.

Na fase de pré-análise, foram coletados os documentos, ou seja, os pareceres prévios emitidos pelos Tribunais de Contas sobre as contas de governo, bem como foram analisadas as recomendações relacionadas aos aspectos contábeis destacadas nos pareceres prévios divulgados. Após a leitura das recomendações, apresentadas nos pareceres prévios, foram escolhidas as unidades de análise, com o intuito de possibilitar a realização da terceira fase – interpretação inferencial dos dados.

Além da utilização da técnica da Análise de Conteúdo, foi empregada a estatística descritiva, que visa compreender como os dados estão se comportando, utilizando, para tanto, as técnicas de apresentar frequências, medir localizações, dispersões e mudanças, por meio de tabelas, gráficos e quadros, com a finalidade de resumir e apresentar os dados coletados (COLLIS; HUSSEY, 2005; FÁVERO et al, 2009). Com base nos procedimentos descritos, os resultados encontrados estão demonstrados na próxima seção.

5 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Considerando a União, os 26 estados brasileiros e o Distrito Federal, observa-se que nos exercícios de 2010 e 2011 respectivamente, não publicaram os pareceres prévios nos endereços eletrônicos 11 e 13 estados, sendo que a não publicação por parte dos Tribunais de Contas dos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Maranhão, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins foi recorrente nos exercícios em análise.

Já os Tribunais de Contas do Distrito Federal e do Estado de Pernambuco, à época da pesquisa, embora tenham apresentado os pareceres prévios relativos às contas dos Chefes do Poder Executivo do exercício de 2010, não o fizeram quanto ao exercício de 2011.

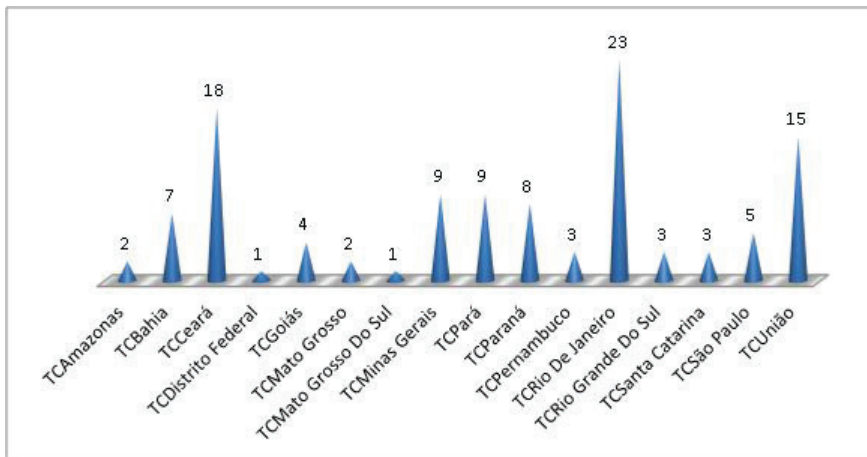
Do exposto, 39% e 46% dos Tribunais de Contas analisados, nos anos de 2010 e 2011, respectivamente, deixaram de publicar os pareceres prévios sobre as contas anuais de governo, caracterizando-se, portanto, baixa divulgação e prejudicando tanto o atendimento integral do artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal como a atuação do controle pela sociedade, tendo em vista que nesses Estados os cidadãos não têm acesso eletrônico ao conteúdo desses importantes relatórios de execução fiscal e contábil.

Corroborando o apresentado, cabe destacar a pesquisa de Santana Junior (2008), a qual verificou, no exercício de 2007, que menos da metade (44,44%) dos sites dos Tribunais de Contas analisados divulgaram os pareceres prévios sobre as contas dos governos estaduais.

Bairral, Ferreira e Bairral (2012) também constataram uma baixa divulgação dos pareceres prévios das contas dos governos estaduais, sendo ressaltado na pesquisa que somente 10 estados publicaram os pareceres prévios nos seus endereços eletrônicos, relativos aos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Da análise dos pareceres prévios divulgados pelos Tribunais de Contas dos entes da Federação analisados, ou seja, um total de 32 relatórios (17, em 2010, e 15, em 2011), foi extraído o quantitativo de recomendações relacionadas aos aspectos contábeis apresentado no Gráfico 1. Ressalta-se que, para cada Tribunal, estão sendo somadas as recomendações emitidas nos dois exercícios analisados (2010 e 2011), com exceção dos Tribunais de Contas do Distrito Federal e do Estado de Pernambuco que publicaram o parecer apenas em 2010.

Gráfico 1: Recomendações destacadas nos pareceres prévios dos Tribunais de Contas



Fonte: Dados da pesquisa.

Conforme os dados apresentados no Gráfico 1, verifica-se que, dos 32 pareceres prévios analisados, 6 não destacaram recomendações relativas aos aspectos contábeis. Para mais, foi possível constatar a existência de 107 recomendações relacionadas à contabilidade, ou seja, uma média de 4 recomendações por Tribunal de Contas (Tcs).

Os Tribunais de Contas do Estado do Rio de Janeiro (23), do Estado do Ceará (18) e da União (15) foram aqueles que apresentaram maior número de recomendações relacionadas aos aspectos contábeis, nos exercícios analisados.

Quanto à análise destas recomendações, segue a Tabela 1, que apresenta a agregação destas nas categorias de análise da pesquisa, a qual foi realizada utilizando a técnica Análise de Conteúdo.

Tabela 1 – Recomendações referentes aos aspectos contábeis destacadas nos pareceres prévios sobre as contas de governo

Item	2010	% TCs	2011	% TCs	Total	% TCs
Patrimônio	6	40,00	5	45,45	11	42,31
Evidenciação por fonte ou vinculação de recursos	7	46,67	4	36,36	11	42,31
Dívida ativa	7	46,67	2	18,18	9	34,62
Registro de precatórios	4	26,67	4	36,36	8	30,77
Custos	5	33,33	2	18,18	7	26,92
Registro das obrigações	2	13,33	5	45,45	7	26,92
Registro dos créditos	4	26,67	3	27,27	7	26,92
Notas explicativas	4	26,67	2	18,18	6	23,08
Não util. de contas genéricas, com percentual acima de 10%	4	26,67	1	9,09	5	19,23
Consolidação das Demonstrações Contábeis	2	13,33	2	18,18	4	15,38
Registro das provisões	2	13,33	2	18,18	4	15,38
Correção de contas	2	13,33	2	18,18	4	15,38
Registro da renúncia de receita	3	20,00	1	9,09	4	15,38
Capacitação e treinamentos contábeis	3	20,00	0	0,00	3	11,54
Registro correto das transferências constitucionais e legais	2	13,33	1	9,09	3	11,54
Transações extraorçamentárias	2	13,33	1	9,09	3	11,54
Divergência nos Balanços	1	6,67	2	18,18	3	11,54
Operações intraorçamentárias	2	13,33	0	0,00	2	7,69
Elaboração do cronograma de implementação das normas	0	0,00	2	18,18	2	7,69
Novas Demonstrações Contábeis	1	6,67	0	0,00	1	3,85
Evid. da previsão inicial da receita e fixação da despesa	0	0,00	1	9,09	1	3,85
Exclusão dos Restos a Pagar do Balanço Orçamentário	1	6,67	0	0,00	1	3,85
Créditos adicionais	1	6,67	0	0,00	1	3,85
Total	65		42		107	

Fonte: Dados da pesquisa.

De forma mais recorrente, observa-se, nos exercícios analisados, que das 107 recomendações, 11 estão relacionadas a ajustes no patrimônio e 11 à evidenciação dos recursos por fonte ou tipo de vinculação.

Quanto aos ajustes patrimoniais, estes se referem, em especial, à realização dos procedimentos de reavaliação (TCCeará, TCRio de Janeiro e TCSanta Catarina), gestão e maior controle (TCAmazonas, TCBahia, TCRio de Janeiro, TCGoiás, TCPará, TCParaná) e evidenciação patrimonial (TCRio de Janeiro). Ressalta-se que os TCGoiás, TCParaná e TCSanta Catarina somente apresentaram recomendações patrimoniais para 2010.

Tal fato pode ser justificado pelo atendimento dos entes da Federação às exigências das normas emanadas pelo Conselho Federal de Contabilidade e pela Secretaria do Tesouro Nacional, quanto à necessidade da utilização do enfoque patrimonial nos registros contábeis, sendo enfatizada a premência de maior controle, melhor avaliação e evidenciação dos bens e direitos públicos.

No que concerne às recomendações relacionadas ao patrimônio, tem-se que as novas normas de Contabilidade, alinhadas às normas internacionais, trazem preocupação especial com o patrimônio público, objeto da Contabilidade, prevendo tanto aspectos relacionados à reavaliação dos ativos (NBC T 16.10 e MCASP – PCP), quanto ao controle e a gestão dos bens públicos (NBC T 16.1 a 16.10 e MCASP – PCP), e à evidenciação dos bens (NBC T 16.6 e MCASP – Demonstrações Contábeis). Logo, as normas disciplinam aspectos cujos Tribunais de Contas já constataram serem carentes de atenção por parte dos gestores.

No que se refere à recomendação acerca da evidenciação dos recursos por fonte ou tipo de vinculação, esta foi objeto de recomendação pelos Tribunais de Contas do Estado do Ceará, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, sendo que TCMato Grosso do Sul, TCPará e TCRio de Janeiro somente para o exercício de 2010.

Assim, considera-se que os demais entes atenderam em 2011 o normativo da STN (MCASP - Demonstrações Contábeis), o qual destaca a necessidade da evidenciação dos recursos por fonte e tipo de vinculação, sendo alterada a estrutura do Balanço Financeiro para a melhor divulgação destas informações aos interessados. Nesse quesito, fica também evidente a contribuição das novas normas contábeis para o exercício do controle externo, já que exige uma divulgação cuja importância já fora constatada pelos Tribunais de Contas.

Outra recomendação citada em 34,62% dos pareceres prévios dos Tribunais de Contas analisados relaciona-se a ajustes na dívida ativa, particularmente quanto ao correto registro (TCMinas Gerais, TCPará, TCRio de Janeiro e TCUnião), ao ajuste de possíveis não recebimentos (TCMato Grosso, TCPará, TCPernambuco e TCSão Paulo) e à evidenciação (TCParaná). Os Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais, Mato Grosso, Pará, Paraná e da União somente apresentaram recomendações acerca de ajustes na dívida ativa referente ao relatório do exercício de 2010.

Entende-se que, com a existência de tópico específico no Manual de Procedimentos Contábeis Patrimoniais da STN para o correto registro dos fatos relacionados à dívida ativa dos entes públicos, os governos analisados estão adequando seus saldos patrimoniais, o que também caracteriza uma contribuição à atividade de controle externo.

No que tange às contas do passivo, foram recomendados ajustes de registros dos precatórios, das obrigações e das provisões, por, respectivamente, 30,77%, 26,92% e 15,38% dos Tribunais de Contas analisados. O MCASP – PCP e as NBCASP, em especial, a NBC T 16.5, bem como a Resolução CFC nº 1.111/07, que trata dos princípios de Contabilidade interpretados para o setor público, trazem contribuições a respeito da preocupação em registrar de forma íntegra e tempestiva os elementos patrimoniais, destacando a importância na instituição de provisões.

Quanto às recomendações relacionadas à Consolidação das Demonstrações Contábeis (presente em 15,38% dos pareceres), registre-se que a nova Contabilidade aplicada ao setor público contribui para essa ação na medida em que define os procedimentos a serem adotados pelos entes da Federação quando da consolidação das contas públicas (NBC T 16.7 e MCASP – Demonstrações Contábeis), sendo editado, ainda, pela STN, Plano de Contas, obrigatório para todos os entes, o qual facilitará a consolidação das contas nacionais.

Merecem destaque, ainda, as recomendações relativas à implementação de sistema de custos (26,92%), elaboração de notas explicativas (23,08%) e não utilização de contas genéricas com percentual acima de 10% (19,23%), tendo em vista a existência, nos normativos do CFC e da STN, da necessidade de atendimento integral da Lei de Responsabilidade Fiscal e da efetiva implementação do sistema de custos pelos entes públicos (NBC T 16.11; MCASP – PCP); de evidenciação de notas explicativas, com o intuito de auxiliar na compreensão dos demonstrativos contábeis (NBC T 16.3; NBC

T 16.6; MCASP – Demonstrações Contábeis); e da não utilização de contas genéricas que prejudiquem o entendimento das informações contábeis (NBC T 16.2; NBC T 16.6; MCASP – Demonstrações Contábeis).

Ademais, faz-se imprescindível mencionar a recomendação dos Tribunais de Contas do Estado do Ceará, Goiás e da União acerca da constante capacitação e treinamento dos servidores na área contábil, no exercício de 2010, bem como a recomendação dos Tribunais de Contas do Estado do Pará e Paraná, no exercício de 2011, acerca da elaboração do cronograma de implementação das normas de Contabilidade, exigência esta destacada na Portaria STN nº 828/2011.

Para auxiliar na compreensão das recomendações dos Tribunais de Contas a serem atendidas pelos entes da Federação brasileira com a implementação integral das normas de Contabilidade, apresenta-se o quadro resumo a seguir.

Quadro 1: Relação entre as recomendações dos TCs e as normas de Contabilidade aplicada ao setor público

Item recomendado pelos TCs	Legislação aplicável
Patrimônio	NBC T 16.1 a NBC T 16. 10; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Evidenciação por fonte ou vinculação de recursos	MCASP – Demonstrações Contábeis
Dívida ativa	MCASP – Procedimentos Patrimoniais Específicos
Registro de precatórios	Resolução CFC nº 1.111/07; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Custos	NBC T 16.11; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Registro das obrigações	Resolução CFC nº 1.111/07; NBC T 16.5; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Registro dos créditos	Resolução CFC nº 1.111/07; NBC T 16.5; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Notas explicativas	NBC T 16.3; NBC T 16.6; MCASP – Demonstrações Contábeis
Não util. de contas genéricas, com percentual acima de 10%	MCASP - Demonstrações Contábeis; NBC T 16.2, 16.6
Consolidação das Demonstrações Contábeis	NBC T 16.7; MCASP – Demonstrações Contábeis; MCASP – Plano de Contas

Item recomendado pelos TCs	Legislação aplicável
Registro das provisões	Resolução CFC nº 1.111/07; NBC T 16.5; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Registro da renúncia de receita	MCASP – Procedimentos Contábeis Orçamentários; MCASP – Procedimentos Contábeis Patrimoniais
Registro correto das transferências constitucionais e legais	MCASP – Procedimentos Contábeis Orçamentários
Operações intraorçamentárias	MCASP – Demonstrações Contábeis
Elaboração do cronograma de implementação das normas	Portaria STN nº 828/12
Novas Demonstrações Contábeis	NBC T 16.6; MCASP – Demonstrações Contábeis
Evid. da previsão inicial da receita e fixação da despesa	MCASP – Demonstrações Contábeis

Fonte: Dados da pesquisa.

Do quadro exposto, observa-se que, das 23 recomendações referentes aos aspectos contábeis, evidenciadas nos pareceres prévios dos Tribunais de Contas analisados, foi possível relacionar 17 destas com as normatizações recentes que disciplinam a nova Contabilidade aplicada ao setor público. Ressalta-se que estas normatizações serão obrigatórias, integralmente, somente em 2014.

Desta feita, entende-se que as alterações introduzidas na Contabilidade aplicada ao setor público promovem grande contribuição para o efetivo exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas na medida em que disciplinam pontos-objetos de recomendação pelos próprios Tribunais.

Ademais, a contribuição dessas normas reside ainda no fato de que, uma vez obrigatórias, os Tribunais podem se utilizar dessas normas não mais apenas para emitir recomendações aos gestores, mas também para determinar o seu cumprimento, tornando os demonstrativos contábeis mais confiáveis e compreensíveis aos seus usuários.

6 ACONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve o objetivo de analisar a contribuição das alterações promovidas na Contabilidade aplicada ao setor público para o efetivo exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas.

As principais alterações ocorridas na Contabilidade aplicada ao setor público são: (1) utilização do enfoque patrimonial; (2) adoção do regime de competência para o reconhecimento e a mensuração dos fatos contábeis; e (3) elaboração de novas demonstrações para evidenciar os fatos reconhecidos e mensurados – destacando que tanto as NBCASP como os MCASP tratam de procedimentos orçamentários, financeiros, patrimoniais, e, ainda, novas estruturas para as demonstrações contábeis, com a inserção de novos demonstrativos, objetivando torná-los mais transparentes.

Depois, foram analisadas as publicações dos pareceres prévios dos Tribunais de Contas da União, dos Estados e do Distrito Federal nos seus endereços eletrônicos, sendo constatada a baixa divulgação, tendo em vista que 11, em 2010, e 13, em 2011, Tribunais não apresentaram o acesso eletrônico destes relatórios à sociedade.

Em seguida, foram verificadas as recomendações, relacionadas aos aspectos contábeis, destacadas nos relatórios do parecer prévio das contas de Governo dos Tribunais de Contas, constatando-se que, de forma recorrente, os Tribunais recomendaram ajustes no patrimônio, nos registros da dívida ativa, dos precatórios, evidenciação dos recursos por fonte e por tipo de vinculação e a implementação de sistema de custos.

Além disso, constatou-se que 74% das recomendações, referentes aos aspectos contábeis, evidenciadas nos pareceres prévios pelos Tribunais de Contas, estão relacionadas às normas do Conselho Federal de Contabilidade e da Secretaria do Tesouro Nacional, as quais serão obrigatórias, integralmente, somente em 2014.

Do exposto, considera-se que as recomendações dos Tribunais de Contas, então analisadas, serão efetivamente atendidas com a implementação integral das alterações ocorridas na Contabilidade, possibilitando, assim, o incremento no nível de evidenciação das informações contábeis geradas, e contribuindo para o efetivo controle externo exercido pelos Tribunais de Contas.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, A. C. D.; BARROS, L. C. O Parecer Prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. **Revista do TCEMG**. a. XXVIII, v. 77, n. 4, p. 53-75, 2010.

BAIRRAL, M. A. C.; FERREIRA, M. C.; BAIRRAL, L. F. A Assimetria Informacional e os Pareceres Prévios de Auditoria dos Tribunais de Contas Estaduais: uma Abordagem Reflexiva. **Pensar Contábil**. v. 14, n. 55, p. 14-23, set./dez. 2012.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Ed. 70, 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Contabilidade. Resolução nº 1.111, de 29 de novembro de 2007. Aprova o apêndice II da Resolução CFC nº 750/93 sobre os princípios fundamentais de contabilidade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 dez. 2007.

_____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Contabilidade pública: a convergência aos padrões Internacionais de contabilidade como contribuição à efetividade da gestão. In: **2º Fórum Nacional de Gestão e Contabilidade Públicas**. Belo Horizonte: CFC, 2008a.

_____. **Curso de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 2009a. Disponível em: <<http://www.cfc.org.br/conteudo.aspx?codMenu=67&codConteudo=4297>>. Acesso em 20 fev. 2013.

_____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2000.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito 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 Executivo, Brasília, DF, 23 mar. 1964.

_____. Secretaria do Tesouro Nacional. Portaria nº 437, de 12 de julho de 2012. Aprova as Partes II – Procedimentos Contábeis Patrimoniais, III – Procedimentos Contábeis Específicos, IV – Plano de Contas Aplicado ao Setor Público, V – Demonstrações Contábeis Aplicadas ao Setor Público, VI – Perguntas e Respostas e VII – Exercício Prático, da 5ª edição do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 2012.

_____. Resolução nº 1.128, de 21 de novembro de 2008b. Aprova a NBC T 16.1 – Conceituação, Objeto e Campo de Aplicação. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.129, de 21 de novembro de 2008c. Aprova a NBC T 16.2 – Patrimônio e Sistemas Contábeis. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.130, de 21 de novembro de 2008d. Aprova a NBC T 16.3 – Planejamento e seus Instrumentos sob o Enfoque Contábil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.131, de 21 de novembro de 2008e. Aprova a NBC T 16.4 – Transações no Setor Público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.132, de 21 de novembro de 2008f. Aprova a NBC T 16.5 – Registro Contábil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.133, de 21 de novembro de 2008g. Aprova a NBC T 16.6 – Demonstrações Contábeis. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.134, de 21 de novembro de 2008h. Aprova a NBC T 16.7 – Consolidação das Demonstrações Contábeis. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.135, de 21 de novembro de 2008i. Aprova a NBC T 16.8 – Controle Interno. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.136, de 21 de novembro de 2008j. Aprova a NBC T 16.9 – Depreciação, Amortização e Exaustão. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.137, de 21 de novembro de 2008k. Aprova a NBC T 16.10 – Avaliação e Mensuração de Ativos e Passivos em Entidades do Setor Público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 nov. 2008.

_____. Resolução nº 1.268, de 10 de dezembro de 2009b. Altera, inclui e exclui itens das NBC T 16.1, 16.2 E 16.6 que tratam das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas Aplicadas ao Setor Público e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 2009.

_____. Resolução nº 1.437, de 22 de março de 2013. Altera, inclui e exclui itens das NBCs T 16.1, 16.2, 16.4, 16.5, 16.6, 16.10 e 16.11 que tratam das Normas Brasileiras de Contabilidade Técnicas aplicadas ao Setor Público. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mar. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. Contas do governo: transparência, controle e cidadania. **Revista do TCU**: Edição especial Contas do Gover-

no Exercício 2010. a. 43, n. 121, p. 12-19, maio/ago. 2011.

DUTRA, T. A. G. L.; CAVALCANTE, R. L. Auditoria Financeira na Apreciação das Contas de Governo da República. **Revista do TCU**: Edição especial Contas do Governo Exercício 2010. a. 43, n. 121, p. 62-75, maio/ago. 2011.

FÁVERO, L. P. et al. **Análise de dados**: modelagem multivariada para a tomada de decisões. Rio de Janeiro: Campus, 2009.

GUERRA, E. M. **Controle Externo e Interno da Administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

HERBEST, F. G. Regime de Competência no Setor Público: a Experiência de Implementação de Diversos Países. In: Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Contábeis, 4., 2010, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Anpcont, 2010. CD- ROM.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **International Public Sector Accounting Standards Board**. Disponível em: <<http://www.ifac.org/PublicSector/>>. Acesso em: 05 fev. 2013.

KONG SIU, M. C. Fortalecimento da Contabilidade Governamental a partir das Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicadas ao Setor Público. **Revista Brasileira de Contabilidade**. n. 181, p. 15-25, jan./fev. 2010.

MARTINS, G. A.; THEÓPHILO, C. R. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SANTANA JUNIOR, J. J. B. **Transparência Fiscal Eletrônica**: uma análise dos níveis de transparência apresentados nos sites dos poderes e órgãos dos Estados e do Distrito Federal do Brasil. 176f. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Programa Multi-institucional e Inter-Regional de Pós-Graduação em Ciências Contábeis - Universidade de Brasília, Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2008.

SILVA, E. A. S. M. Controle externo, controle social e cidadania. **Revista do TCEMG** - Transparência e Controle Social. Edição Especial. a. XXX, p. 46-57, 2012.

SILVA, L. M. **Contabilidade Governamental**: um enfoque administrativo da nova contabilidade pública. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Controladoria e eficiência no setor público

Controllershship and efficiency in the public sector

Francisco Apoliano Albuquerque¹

Lorena Aragão Feitosa²

Léa Aragão Feitosa³

Thiago Luis Albuquerque⁴

RESUMO:

A controladoria é relevante para apoiar e orientar os gestores de recursos públicos quanto à melhor e mais eficiente forma de aplicação do gasto público. Na seara da gestão pública, a controladoria deve funcionar como órgão de linha e/ou de *staff* dentro da estrutura organizacional, atuando de maneira preventiva, visando à otimização da aplicação dos recursos e correção de rotas quando forem detectados desvios nos objetivos estratégicos. Assim, este artigo tem como objetivo abordar a controladoria sob o enfoque de comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficiência e à efetividade da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos da administração pública. Para tanto, a metodologia utilizada na pesquisa foi de caráter eminentemente bibliográfico, uma vez que a bibliografia constitui um passo inicial na construção efetiva do protocolo de investigação.

Palavras-Chave: Controladoria. Eficiência. Efetividade. Administração Pública.

1 Graduação: a) Ciências Contábeis; e b) Teologia; Pós-Graduado Especialista: a) Gerenciamento Público e Privado; b) Gestão Pública Estadual e Municipal; c) Gestão Bancária e Mercado de Capitais; d) Direito e Processo Previdenciário; e) Direito e Processo do Trabalho; f) Gestão Bancária e Mercado de Capitais; g) MBA em Gestão e Contabilidade; Mestrado: Gestão Pública Estadual e Municipal; Doutorado em Administração; Pós-Doctor em Direito Penal e Garantias Constitucionais. Professor universitário e Diretor do Instituto Mentoring. E-mail: oraculo49@yahoo.com.br

2 Graduação em Ciências Contábeis; pós-graduação em Auditoria e Controle Externo no setor público; mestrando em Administração de Empresas. E-mail: lorenaafeitosa@gmail.com

3 Graduação em Direito; pós-graduação em Direito Processual; mestrando em Direito Constitucional; Coordenadora da Escola Superior de Advocacia da OAB Ceará (ESA). E-mail: lea_feitosa@uol.com.br

4 Graduado em Teologia; Especialista em gestão pública com enfoque em gestão previdenciária; Especialista em psicanálise; Supervisor da 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Ceará; Professor universitário e professor convidado do Complexo Damásio de Ensino. E-mail: profthiagoluis@gmail.com

ABSTRACT:

Controllershhip is important to support and guide the managers of public resources to the best and most efficient application form for public expense. In public management, the controllership must operate as a component offline or staff within the organizational structure, acting preventively focused on optimizing the resources application and correction of routes when deviations are detected regarding the strategic aims. Thus, this article aims to approach the controllership for proving its legality and evaluating the results regarding the efficiency and the effectiveness of budgetary, financial and patrimonial management in public administration. Therefore, the methodology used in this research was eminently bibliographical, since the bibliography constitutes a first step in the effective construction of the investigation protocol.

Keywords: Controllershhip. Efficiency. Effectiveness. Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

A controladoria na Administração Pública teve marco inicial, com o nome de controle interno, por meio da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que incumbe ao Poder Executivo tal controle, conforme tratam os artigos 75 e 76 da lei citada:

Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá:
I – a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II – a fidelidade funcional dos agentes da administração, responsáveis por bens e valores públicos;

III – o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

Art. 76. O Poder Executivo exercerá os três tipos de controle a que se refere o artigo 75, sem prejuízo das atribuições do Tribunal de Contas, ou órgão equivalente (BRASIL, 1964).

Entretanto, o avanço maior ocorreu com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que criou sistemas de controle interno, nos Poderes Legisla-

tivo e Judiciário e a determinação de que, junto com o do Poder Executivo, esses sistemas sejam conservados de forma integrada. Nesta senda, a CF/88 expressa, no artigo 74, que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno” (BRASIL, 1988).

A legislação mais recente sobre o assunto é a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001, que organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal (BRASIL, 2001).

Portanto, o Controle Interno, na Administração Pública, mostra o trabalho da gestão pública quanto à implantação e manutenção dos controles nos seus diversos órgãos, considerando, também, os principais tópicos da Instrução Normativa nº01 da Secretaria Federal de Controle Interno, que define diretrizes, princípios, conceitos e aprova normas técnicas para a atuação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Sob esta perspectiva, questiona-se: qual a relevância da Controladoria para a eficiência e a efetividade da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos da administração pública?

Com efeito, o objetivo desse artigo é demonstrar a relevância da Controladoria para a eficiência e a efetividade da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos da administração pública. Assim, contribui tanto para a academia como para os profissionais da área, uma vez que aborda a controladoria sob o enfoque de comprovar a legalidade e avaliar os resultados da gestão pública. Para tanto, realizou-se uma pesquisa com um caráter eminentemente bibliográfico.

2 CONTROLES

2.1 Definição de Controle

De acordo com dicionário Aurélio (2014), “controle” significa exercer o controle de algo, ato, efeito ou poder de controlar. Pode-se, então, ser percebida como ações relacionadas com a fiscalização e o exame minucioso com o propósito de tornar um serviço mais eficiente.

Segundo Castro (2008) apud Fontenelle e Brito (2013, p.82), a junção da palavra “controle”, em diversos idiomas, pode significar vigilância, verificação e registro.

Os recursos disponíveis para a gestão pública são provenientes de uma arrecadação compulsória do trabalho árduo do cidadão e do empreendimento das empresas. É o chamado poder extroverso do Estado de tributar e arrecadar impostos, taxas, contribuições e outras receitas.

Não pertencem, portanto, aos gestores públicos. São apenas geridos por eles visando ao desempenho eficiente e eficaz das funções, constitucionalmente concebidas ao Estado. A gestão dos recursos deve, em consequência disso, ser administrado com rigoroso controle e economicidade.

Para Fontenelle e Brito (2013, p.82), “controle é adequar os reais resultados aos que foram planejados, comparando com os padrões anteriormente estabelecidos, procurando medir e avaliar o desempenho, corrigindo-os no que for necessário”.

Consoante Fayol (1916) apud Dias (2010, p. 4), “controle é verificar se tudo ocorre de acordo como o plano adotado, com as instruções emitidas e com os princípios estabelecidos. Tem por objetivo apontar falhas e erros, para corrigi-los e evitar que ocorram novamente”.

Portanto, controle pode ser definido como o ato de vigiar, acompanhar o desempenho, adequar e realizar as respectivas retificações, quando necessário. É uma forma de monitorar e avaliar as ações e os resultados obtidos como meio de garantir que o planejamento e a organização sejam eficazes.

Controle da Administração Pública, de acordo com Di Pietro (2010, p.55):

É o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

2.2 Controle na administração pública

De acordo com o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, controle é um princípio fundamental:

Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:

I – Planejamento.

II – Coordenação.

III – Descentralização.

IV – Delegação de Competência.

V – Controle (BRASIL, 1967).

Segundo esse decreto, no artigo 13, “O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos” (BRASIL, 1967).

A Administração Pública está sujeita a controles de fiscalização, correção e orientação, desempenhados por ela mesma e pelos poderes legislativos e judiciários. Todas as esferas administrativas de todos os poderes encontram-se sujeitas a esse controle.

Paludo (2013, p.328) aduz que “a Administração Pública está sujeita à fiscalização, por não ser titular da coisa pública”. O objetivo do controle da Administração Pública é garantir a aplicação da legislação vigente, proporcionando o bem da sociedade, sendo o controle de legalidade o principal controle realizado pela Administração Pública.

Portanto, o administrador público está gerindo algo que não é seu, em que o titular é o povo, devendo obedecer às leis e prestar contas de seu trabalho ao respectivo órgão competente e à sociedade.

2.3 Classificação dos controles na administração pública

Há distintos tipos e meios de controlar a administração pública. Não obstante, estas formas de exercer o controle variam de acordo com o poder, o órgão ou a autoridade que o exerce, bem como quanto à fundamentação, o modo e o momento de sua efetivação. Sob essa perspectiva, o controle pode ser classificado quanto à origem, ao momento, ao aspecto, à amplitude e aos órgãos (PALUDO, 2013, p. 330).

Conforme a origem, o controle pode ser interno ou externo. Ele é assim denominado uma vez que o órgão fiscalizador é uma estrutura diversificada de onde a conduta administrativa se originou. É realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU) pelo Ministério

Público e pela sociedade (popular). Já o controle interno é realizado por órgãos ou departamentos no âmbito da própria administração.

No que se refere ao momento, o controle pode ser prévio ou preventivo, assim designado por anteceder a conclusão do ato concomitante ou sucessivo, que acompanha a realização do ato; e subsequente ou corretivo, que ocorre quando os atos já foram praticados.

Quanto ao aspecto a ser monitorado, pode ser de legalidade, que visa averiguar se a conduta administrativa está em conformidade com normas vigentes; ou de mérito, que examina os aspectos relacionados com a conveniência e a oportunidade da conduta da Administração Pública.

Com relação à amplitude, o controle pode ser hierárquico, cuja realização obedece a uma estrutura administrativa hierarquizada, isto é, órgãos e agentes inferiores são subordinados aos órgãos e agentes superiores; ou finalístico, que é o controle exercido pelos órgãos da Administração direta sobre os órgãos da Administração indireta (PALUDO, 2013, p.334).

Por fim, a classificação quanto aos órgãos incumbidos do controle, que podem ser legislativos, administrativos ou judiciais. Como o próprio nome sugere, o controle legislativo é praticado pelo Poder Legislativo sobre atos praticados pela Administração Pública e apenas pode ser realizado no âmbito das hipóteses constitucionais previstas e pode ser dividido em controle político, que fiscaliza atos referentes à função administrativa e organizacional; e controle financeiro que diz respeito à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

O controle administrativo é efetuado de forma ampla pela própria Administração, e por isso costuma também ser designado de autotutela ou autocontrole (DI PIETRO, 2010, p.53; PALUDO, 2013, p.334). No que se refere ao controle judicial ou jurisdicional, é o Poder Judiciário que exerce fiscalização especificamente sobre os atos e atividades administrativas dos três poderes.

Para melhor entendimento, apresenta-se a seguir o Quadro 1, que faz um breve resumo da classificação do controle exercido pela Administração Pública.

Quadro 1: Controle da Administração Pública

Quanto à origem	Interno	Órgãos
		Departamentos
	Externo	Legislativo + Tribunal de Contas da União
		Ministério Público
Quanto ao momento	Popular	
	Prévio/Preventivo	
	Concomitante/Sucessivo	
Quanto ao aspecto	Subsequente/Corretivo	
	Legalidade	
Quanto à amplitude	Mérito	
	Hierárquico	
Quanto aos órgãos	Administrativo	Finalístico
		Fiscalização hierárquica
		Supervisão ministerial
	Legislativo	Recursos administrativos
		Controle político
	Judiciário	Controle financeiro
		Medida cautelar; Mandado de Segurança Individual; Mandado de Segurança Coletivo; Ação Popular; Ação Civil Pública; Mandado de Injunção; Habeas Data; Habeas Corpus; Ação direta de inconstitucionalidade; Ação de inconstitucionalidade por omissão; Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Fonte: Adaptado de Paludo (2013, p. 341 e 342)

3 CONTROLADORIA

Sobretudo a partir da década de 80, a controladoria começa a ter maior notoriedade, tendo em vista que a função “controle” ganhou relevância no ciclo administrativo, notadamente, como função preventiva e não apenas corretiva. Com isso, a “controladoria”, passou a desfrutar de muita intensidade na literatura técnica centrada na gestão.

3.1 Evolução da controladoria

O tema controladoria tornou-se visível e recorrente, aglutinando muitos autores que, no início, posicionaram-se céticos em relação ao fato de que a controladoria, além de alcançar status de disciplina nos currículos acadêmicos, ainda ganhou destaque na estrutura organizacional, seja como órgão de linha e, não raras vezes, até mesmo como órgão de staff, ligado diretamente à cúpula da organização.

Segundo Mossimann, Alves e Fisch (1993, p.81), não era nítida a existência da controladoria como disciplina, notando-se duas grandes definições mutuamente excludentes por representarem categorias lógicas diversas, embora consistindo “em um corpo de doutrinas e conhecimentos relativos à gestão econômica”.

As duas vertentes eram assim definidas: a) como órgão administrativo, com missão, função e princípios norteadores definidos no modelo de gestão do sistema empresa; e b) como uma área de conhecimento humano, com fundamentos, conceitos, princípios e métodos oriundos de outras ciências (MOSSIMANN; ALVES; FISCH, 1993 apud FIGUEIREDO, 1995, p.4).

A globalização e a criação de blocos econômicos resultaram no aumento da complexidade das organizações privadas e, ao mesmo tempo, passaram a exigir maior eficiência das empresas para que elas não percam competitividade.

O setor público também sofreu fortes influências com o avanço da gestão pública gerencial, reforçada pelos princípios capitulados no art. 37 da Constituição Federal de 1988: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, exigindo, portanto, melhor gestão dos recursos.

Outros fatores também contribuíram para que a controladoria ganhasse importância entre os estudiosos da gestão econômica e financeira dos recursos, tais como: maior grau de interferência governamental na economia, diferenciação nas fontes de financiamentos das atividades e, principalmente, a cobrança de padrões éticos e de transparência na condução dos negócios públicos e privados.

Tornou-se, portanto, imperioso criar-se um sistema de controle contábil e de processos administrativos adequados a uma gestão mais efetiva, aparelhando o melhor gerenciamento das finanças e do patrimônio. Com isso surge, portanto, um clima favorável ao desenvolvimento da controladoria.

3.2 Funções executadas pela controladoria

A controladoria possui funções que estão ligadas a um conjunto de objetivos.

Sob a ótica interna, compete à controladoria subsidiar o processo de gestão ajudando na adequação do processo de gestão à realidade da organização, dentro do seu meio ambiente; apoiar a avaliação de desempenho, elaborando a análise de desempenho econômico dos gestores e da própria área; apoiar a avaliação de resultado, elaborando a análise de resultado econômico dos produtos e serviços, monitorando e orientando o processo de estabelecimento de padrões e avaliando o resultado de seus serviços.

Controle Interno, segundo a NBC TA 315:

Controle interno é o processo planejado, implementado e mantido pelos responsáveis pela governança, administração e outros empregados para fornecer segurança razoável quanto à realização dos objetivos da entidade no que se refere à confiabilidade dos relatórios financeiros, efetividade e eficiência das operações e conformidade com leis e regulamentos aplicáveis (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2014).

Sob o prisma das relações com os diversos *stakeholders*, compete à controladoria gerir os sistemas de informação e atender aos agentes do mercado, interagindo com o meio ambiente como um sistema aberto, trocando os mais diferentes tipos de recursos, produtos e informações.

Para executar tais funções, a controladoria utiliza diversas ferramentas gerenciais em diferentes atividades organizacionais e processos decisórios, organizando, analisando e interpretando as informações disponíveis.

3.3 Controladoria no setor público

A inserção de valores voltados à produtividade, à qualidade, à eficiência e à eficácia no âmbito público fez que modernos mecanismos de gestão e de controle fossem solicitados. Tal fato tem o desígnio de aprimorar o funcionamento da Administração Pública perante as demandas sociais. Assim, a controladoria emergiu como instrumento essencial nos processos administra-

tivos, uma vez que gerencia a informação para facilitar o processo decisório (PEREZ JR.; PESTANA; FRANCO, 1997, p.77).

Sob essa perspectiva, o Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006, revogado pelo Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013, aprovou a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União. No seu art. 1, estabeleceu que a Controladoria-Geral da União será o órgão central do Sistema de Controle Interno, do Poder Executivo Federal e integrante da estrutura da Presidência da República, dirigida pelo ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União.

O art.1 ressalta também que a controladoria terá como competência assistir, direta e imediatamente, ao Presidente da República, no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal (BRASIL, 2013).

Compete ainda, à Controladoria-Geral da União, exercer a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando, como órgão central, a orientação normativa que julgar necessária (BRASIL, 2013).

Com isso é crível perceber a relevância da controladoria para apoiar e orientar os gestores de recursos públicos quanto à melhor e mais eficiente forma de aplicação do gasto público. Isso é realizado por meio do fornecimento de informações estratégicas. Desempenha, ainda, o acompanhamento e o planejamento das ações, bem como a definição de metas e o seu acompanhamento, que visam à racionalização do gasto e à qualidade do serviço prestado.

4 CONCLUSÃO

A gestão eficiente e eficaz dos recursos é uma forma de justificar escolhas de gestores comprometidos com essas premissas, evitando desvios,

desperdícios e outras inadequações. A melhor forma de se fiscalizar efetivamente a gestão com autonomia, independência e segurança é por meio do exercício de um cargo integrante de uma das carreiras da área de controle.

Por outro lado, considerando a diversificação da origem e da aplicação dos recursos, mais do que escolher um cargo, ficou provado que é necessário estruturar um órgão, dentro da própria organização, com atribuições, funções e atividades coordenadas, visando o melhor uso dos recursos, inclusive considerando a melhor qualidade possível dos serviços a serem prestados.

Não resta dúvida, portanto, de que, na seara da gestão pública a controladoria deve funcionar como órgão, de linha e ou de *staff*, dentro da estrutura organizacional, atuando de maneira preventiva, visando à otimização da aplicação dos recursos e correção de rotas, quando forem detectados desvios, em relação aos objetivos estratégicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 4320, de 17 de março de 1964.** Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 7 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 7 jan. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.** Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10180.htm>. Acesso em: 7 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006.** Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5683.htm> . Acesso em: 7 jun. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 8.109, de 17 de setembro de 2013.** Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União e remaneja cargos em comissão. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8109.htm> . Acesso em: 13 jan. 2016.

CHAVES, R. S. **Auditoria e controladoria no setor público:** fortalecimento dos controles internos. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **NBC TA 315:** Identificação e Avaliação dos Riscos de Distorção Relevante por meio do Entendimento da Entidade e do seu Ambiente. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www1.cfc.org.br/sisweb/sre/detalhes_sre.aspx?codigo=2014/NBCTA315> . Acesso em 3 jan. 2016.

CONTROLE. In: **DICIONÁRIO** Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Editora Positivo, 2014. Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/dicionario/home.asp> > . Acesso em 3 jan. 2016.

DIAS, S. V. S. **Manual de controles internos:** desenvolvimento e implantação, exemplos de processos organizacionais. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 23.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FIGUEIREDO, S. Contabilidade e a gestão empresarial. **Revista Brasileira de Contabilidade**, v.XXIV, n. 93, maio/jun. 1995.

FONTENELLE, R.; BRITO, C. Auditoria Privada e Governamental. 1 ed. São Paulo: Método, 2013.

GOMES, A. P. O. **Elementos de auditoria governamental:** teoria e

questões resolvidas. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 33.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOSSIMANN, C. P.; ALVES, J. O. C.; FISCH, S. **Controladoria seu papel na administração das empresas**. Florianópolis: Fundação ESAG, 1993.

PALUDO, A. **Administração pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PEREZ JR., J. H.; PESTANA, A. O.; FRANCO, S. P. C. **Controladoria de gestão: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

Controle social exercitado nas universidades públicas de Teresina (PI): um estudo com acadêmicos de ciências contábeis

Social control exercised in the public universities of Teresina (PI): a study with students of accounting

Anderson Rafael Costa Sousa¹

Ceciane Portela Sousa²

Conceição de Maria dos Santos Moura³

Elivânia Leal Ribeiro⁴

RESUMO:

O conhecimento transmitido e discutido em sala de aula, seja por padrões normatizados, mensurados e avaliados ou por abordagens intuitivas, tem o dever de minimamente agregar momentos de reflexão sobre sua aplicabilidade como sendo algo que sirva, inclusive, de retorno social. No Brasil, as instituições educacionais funcionam hoje não só como transmissoras de conhecimento técnico-científico – a responsabilidade ético-social torna-se base no convívio em sociedade diante do contexto de desigualdades sociais e de corrupção presentes no sistema político brasileiro. Diante disso, apresenta-se a evolução normativa e legal que propicia o controle dos gastos públicos, destacando-se, por exemplo, a Constituição Federal, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Acesso à Informação e as suas contribuições no proces-

1 Estudante do curso de ciências contábeis da Universidade Federal do Piauí e presidente da empresa júnior de ciências contábeis da Universidade Federal do Piauí – Conta Júnior. E-mail: rafaelcosta.cic@gmail.com

2 Doutora em ciências empresariais pela Universidad del Museo Social Argentino, coordenadora do curso de ciências contábeis na Universidade Federal do Piauí e conselheira da Fundação Brasileira de Contabilidade. E-mail: cecianeportela@hotmail.com

3 Especialista em contabilidade pública e orçamento público pelo Centro de Ensino Unificado de Teresina - CEUT, analista de planejamento e orçamento da Secretaria do Planejamento e professora substituta na Universidade Federal do Piauí. E-mail: ceica_santos_@hotmail.com

4 Especialista em contabilidade e direito tributário pelo Instituto de Pós-Graduação, coordenadora da Comissão de Sistema Público de Escrituração Digital no Piauí e professora substituta na Universidade Federal do Piauí. E-mail: elivania_ribeiro@hotmail.com

so de controle social. Desenvolveu-se essa pesquisa nas instituições públicas de ensino superior do município de Teresina, capital do estado do Piauí, na tentativa de questionar o desenvolvimento da estrutura legal do Estado no que tange aos incentivos das práticas do controle social. Por fim, segue-se, então, com um estudo que objetiva estimar o nível de acompanhamento das respectivas melhorias e dos resultados alcançados por parte dos estudantes de ciências contábeis. Busca-se, assim, apresentar a necessidade de significativas e otimistas mudanças, principalmente no que tange à participação dos discentes na gestão pública e na conscientização da importância do controle dos recursos públicos, que são escassos e visam a atender de modo satisfatório às necessidades coletivas dos cidadãos. O conteúdo deste artigo tem como referências artigos científicos, legislações e portais de informação aos cidadãos de entidades públicas competentes.

Palavras-Chave: Ensino Superior. Recursos Públicos. Responsabilidade e Controle Social.

ABSTRACT:

The knowledge conveyed and discussed in the classroom, whether by measured and evaluated contrasting patterns or by intuitive approaches, must minimally add moments of reflection about its applicability as something useable for social return. In Brazil, educational institutions work today not only transmitting scientific and technical knowledge; the ethical-social responsibility becomes the basis for living in society within the context of social inequalities and corruption in the Brazilian political system. Given this, we present the normative and legal developments that provide the control of public expenditure, highlighting, for example, the Brazilian Federal Constitution, the Fiscal Responsibility Law, the Law of Access to Information and their contributions in the process of social control. This research was developed in public institutions of higher education in the city of Teresina, capital of the state of Piauí, in an attempt to question the development of the legal structure of that state regarding incentives to social control practices. Finally, we carry out a study that aims to estimate the follow-up by accounting students of the improvements and the results achieved. Therefore, this research aims to present the need for significant and optimistic changes, especially concerning the participation of students in public management and their awareness of the importance of control of public resources, which are scarce and are intended

to meet satisfactorily collective needs of citizens. The references of this article are scientific articles, legislation and also websites with information for the citizens by competent public entities.

Keywords: Higher Education. Public Resources. Responsibility and Social Control.

1 INTRODUÇÃO

A nação brasileira é uma das mais desiguais do mundo no que se refere à distribuição de renda, segundo a ONU. Os entes públicos criam políticas para diminuir essa desproporcionalidade recolhendo tributos da sociedade, posteriormente convertidos em benefícios públicos. No entanto, os governos perceberam que de nada adiantariam esses esforços, se no decorrer do processo entre pagar tributos e receber serviços públicos houvesse desvios e corrupções.

Caracteriza-se com isso a função estratégica do controle social, que é exercido por agentes fiscais sociais, organizados ou não, que estimulam a formação de uma conduta clara e transparente no comando de recursos públicos por parte da administração pública. Caso contrário, crescimento, desenvolvimento e qualidade de vida estarão comprometidos em função da ineficiência das ações de serviços prestados à sociedade (saúde, transporte, educação, transporte rodoviário etc.), o que só promove o enriquecimento de uns poucos.

Não há nada mais revoltante do que precisar de serviços públicos e ser mal atendido ou desassistido, porque, enquanto se pagam muitos tributos, há fatores que alteram o gerenciamento dos recursos arrecadados, resultando em ineficiente retorno. Se é retirado ou desviado o dinheiro que seria aplicado em ações públicas, elas terão poucos investimentos e a sua finalidade não será alcançada. Em razão disso, formou-se uma cultura popular de desconfiança nos gestores, ou seja, as pessoas passam a acreditar que não existe um ato público sem propina, roubos ou desvios – é como se o fato estivesse cristalizado na identidade política do país que historicamente foi manchada.

Quanto mais longe da gestão pública o cidadão estiver, menores serão suas condições para combater e prevenir a corrupção, permitindo que irregu-

laridades crescentemente sejam cometidas. Diante dessa situação, destaca-se que existem questionamentos que até impulsionam o meio social a controlar os recursos públicos, mas como gerenciar aquilo que não se conhece, ou como fazê-lo quando ainda não se tem essa prática como costume? É louvável saber que até o governo já se conscientizou de que algo contra a corrupção precisa se feito. Porém, a reeducação para essa prática não acontece de forma eficaz: muitas pessoas, melhor dizendo, muitos dos estudantes de ciências contábeis que foram objeto de estudo do exibível texto, nem sabem que o primeiro passo já foi dado.

A comunidade acadêmica, que costuma ser formada por indivíduos críticos, investigadores e pesquisadores, ainda não está completamente envolvida nessa política de fiscalização social. Ainda que alguns sejam estudantes de autarquias públicas, o que se observou foi um mútuo desinteresse por parte deles em procurar saber sobre a execução fiscal da instituição da qual eles fazem parte, por exemplo. Destaca-se, então, a tentativa de encontrar culpados ao perceber que esses estudantes não discutem entre si sequer as políticas públicas gerais, ou seja, que o corpo docente de algumas instituições públicas não desperta neles essa reação. Tal postura dificulta a transmissão do controle social e do conhecimento da origem e do destino do dinheiro público.

Na tentativa de transpassar todas essas observações e levantamentos a um núcleo de cientificidade, realizou-se uma pesquisa nas instituições públicas de ensino superior do município de Teresina, capital do estado do Piauí. No primeiro momento, tem-se uma linha cronológica observando e criticando todo o desenvolvimento da estrutura legal do Estado no que tange aos incentivos das práticas do controle social. Segue-se com um estudo que objetiva estimar o nível de acompanhamento das melhorias – mais à frente citadas – por parte dos estudantes de ciências contábeis.

2 UM BREVE HISTÓRICO DA ESTRUTURA NORMATIVA BRASILEIRA NECESSÁRIA AO EXERCÍCIO DO CONTROLE SOCIAL

A evolução sociopolítica brasileira se dá quando a Constituição Federal

de 1988 (CF/88), também conhecida como Constituição Cidadã, reconhece direitos sociais e políticos e passa a ser sustentada pelo conceito de democracia participativa – ou seja, o Estado abre espaço para que o povo, que é o titular legítimo do poder estatal, torne-se sujeito de gestão e controle das políticas públicas exercidas e a exercer –, consagrando o princípio da soberania popular, comprovado no caput do artigo 1º, no qual se encontra a expressão “Estado Democrático de Direito”. O país estava no período transitivo entre uma situação de eleições indiretas para Presidente da República e o fim de um regime que não tinha como conduta tal participação, a ditadura militar.

Esse primeiro avanço colocou o cidadão como ente direto e indireto do Estado, dando a ele a oportunidade de acompanhar e fiscalizar as ações governamentais em caráter universal e transferível. Mesmo garantido esse direito, o cidadão, por não ter o conhecimento necessário, não se tornou ativo nessa prática, o que permitiu a formação de uma política historicamente traçada por desvios e corrupções que se encontram facilitados em razão da extensão territorial e da quantidade de municípios que o Estado possui. Matos (2009, p. 42) enfatiza que:

A universalização dos direitos políticos não deve implicar a conclusão de que cada um deva participar diretamente de todas as decisões políticas do Estado; os diferentes espaços de decisão política – do local ao nacional e setorial – exigem também diferentes graus de participação, assim, pode-se esperar que assuntos menos complexos, como a reforma da escola pública do bairro, sejam decididos diretamente pela comunidade do bairro, e que assuntos mais complexos, como a política econômica nacional, sejam decididos pelos representantes eleitos e controlados pela comunidade.

Embora exista o controle institucional realizado pela administração pública, existe também um mecanismo de prevenção da corrupção que monitora, fiscaliza e controla esse gerenciamento público chamado de controle social. Como o próprio nome faz entender, o controle social se constitui da participação ativa do cidadão na gestão pública, tornando-se um complemento do institucional que serve para verificar se a realização de determinada atividade não se desvia dos objetivos ou das normas e princípios que a regem. Atualmente, esse processo é feito por conselhos de políticas públicas, que exercem função de fiscalização, mobilização, deliberação ou consulto-

ria por sociedades civis organizadas, ou individualmente por qualquer cidadão. De acordo com Rizzo Júnior (2009), essa atividade coíbe o interesse particular no uso da posse da gestão administrativa, servindo para garantir que os serviços estão sendo cumpridos em nome dos benefícios comuns, de acordo com os textos constitucionais de 1988 – por exemplo, artigo 74, §2º; artigo 204, II; artigo 198, II.

No contexto dessa ascensão a um nível maior de atuação nas políticas públicas, impõe-se a necessidade de uma adequada estrutura de domínio sobre os recursos públicos, principalmente de uma correta implantação e de acompanhamento e diagnóstico, de maneira sistemática e consciente, por parte da sociedade. O acesso à informação democratizou-se e as leis que circundam sobre a responsabilidade fiscal, a transparência pública e a anticorrupção se flexibilizaram em direção ao povo brasileiro, que parcialmente não sabe fazer uso desses métodos, mas que se encontra com uma sede de orientações que o possibilitará ser fiscal dos gastos públicos.

A política do “rouba, mas faz” passou a ser menos cultuada, não em função de um progresso ético seja por parte da população, seja por parte administrativa, mas sim pela conjuntura legal que o Estado conquistou, andando com uma sociedade que se desenvolve tecnológica e economicamente a passos largos. O Estado passa a ter que encarar alguns riscos dos administrados com relação à fiscalização, perfazendo-se o culto à teoria da responsabilidade social, tendo como base a coletividade. A profissão contábil, intermediadora desse processo, destaca preocupação com essas ações públicas desde 1922, com o lançamento do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), regulamentado por outros decretos. A CF/88 se atentou ao contexto aqui tratado, dispondo de um capítulo próprio acerca da matéria “finanças públicas”, concentrado nos artigos 163 a 169, além de ampliar o controle dos Tribunais de Contas (artigos 70 a 75) e do Ministério Público (artigo 129).

Profundas alterações começam a ser feitas no cenário da máquina pública administrativa com a edição da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), originária do artigo 163 da CF/88, versando sobre a criação de uma lei específica que regesse as finanças públicas, a fim de garantir o equilíbrio, a transparência, o controle, a publicidade e a responsabilidade dos recursos e ações da gestão pública. A referida Lei regulamentou a CF/88, capítulo II, título IV, na parte da tributação

e do orçamento que estabelece as normas gerais de finanças públicas a ser observadas pelos três níveis de governo: Federal, Estadual e Municipal.

Tal norma não revogou a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre as finanças públicas no país há mais de 50 anos. Transpassar todo o complexo da LRF não é o objetivo do referido texto; o que importa é destacar que a Lei mudou a maneira de administrar os recursos e que, sem dúvida, trouxe seguridade aos atos, disciplina aos gestores e mecanismos de controle interno e externo, a fim de limitar a despesa pública, principalmente no que tange às folhas de pagamento dos funcionários, o que, antes da base legal, acarretava o descontrole da aquisição de despesas e o mau uso de bens públicos. Verifica-se, na LRF, a intenção em valorizar a ação planejada e transparente na administração pública, baseada em planos previamente fixados. Há uma busca em reforçar a atividade de planejamento e sua vinculação com a atividade de execução do gasto público, ou seja, essa norma apresenta a necessidade de responsabilidade da gestão fiscal, mesmo trazendo como instrumentos desse planejamento os já existentes na Carta Magna, ou seja, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. Encontram-se essas perspectivas no artigo 5º, §1º ao §6º; artigo 16, incisos I e II; artigo 19, incisos I ao III.

O Estado moderno já não consegue mais se ver sem a aplicabilidade da LRF, um instrumento indispensável para adequar um novo espectro acerca das alternativas institucionais que buscam promover maior justiça social nos diversos planos. Atualmente, muitos países se empenham em desenvolver tais mecanismos de controle, seja ele do equilíbrio econômico, seja ele do equilíbrio social. Assim, o cumprimento rigoroso da legislação e a reeducação dos gestores fizeram que, em repetidas vezes, o Estado se livrasse de maiores quedas no fluxo econômico dentro das crises mundiais, resultantes dos aspectos disciplinadores da política fiscal que aparecem na obrigatoriedade de duas ferramentas que ampliam e auxiliam as leis orçamentárias, o Anexo de Metas Fiscais e o Anexo de Riscos Fiscais.

Anos depois, em 2009, a Lei Complementar 101 estabeleceu novas providências referentes à disponibilidade das informações em tempo real sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios em meios eletrônicos de acesso público – por conta disso, foi denominada Lei da Transparência. Sem muita discrepância da LRF, o novo dispositivo legal incentiva a participação popular e assegura que

a transparência legítima siga os princípios da administração pública, que se torna cada vez mais desburocratizada, descentralizada e flexível. A transparência das ações é um imperativo de primeira ordem para que se possa controlar adequadamente o uso dos recursos disponíveis. A lei ainda transmite ao Poder Executivo da União a definição do “padrão mínimo de qualidade” que os sistemas de informação devem possuir; é uma estratégia usada para privar-se de informações negligenciadas ou incompletas.

Seguindo a ordem cronológica, foi promulgada a Lei Federal nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), a qual implica na garantia do acesso a informações de caráter público de maneira prática, dinâmica, fácil e segura. O acesso a essas informações passou a ser o oxigênio da democracia, ou seja, a sociedade deve estar informada sobre tudo que lhe diz respeito, ou pelo menos sobre todas as ações que possam influenciar o seu cotidiano. Sem informação, o cidadão não pode exercer absolutamente a participação política nem resguardar seus direitos, e muito menos tornar o Estado democrático. Nesse contexto, a LAI considera dois tipos de transparência: a ativa, em que a própria administração comunica e divulga as informações; a passiva, que é feita para cumprir a demanda da sociedade.

A LAI destaca, no corpo do seu texto, que na transparência ativa os órgãos e entidades devem promover, independentemente de requerimentos, a divulgação das informações de interesse coletivo, tais como registro das despesas e registro de quaisquer repasses ou transferências financeiras, em local de fácil acesso no âmbito de suas competências. A transparência passiva regulamenta que o órgão ou entidade deverá autorizar ou conceder o acesso imediato à informação disponível e que o contato com a possível resposta ou encaminhamento não poderá ser superior a vinte dias.

Em paralelo com os temas das legislações abordadas anteriormente, a Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013, denominada Lei Anticorrupção, relata a responsabilidade administrativa e civil das pessoas jurídicas pelas ações feitas contra a administração pública nacional ou estrangeira, incluindo também as sociedades do terceiro setor. A lei possui 31 artigos e sua função é basicamente garantir o andamento da atividade administrativa, abordando o que considera ato lesivo, discriminado no artigo 5º. Mas de nada adianta ter uma norma específica que assegure a atividade administrativa, uma vez que se tem um quadro de alguns gestores incapacitados que acabam não

conseguindo controlar eficazmente os recursos públicos e ainda praticam, por falta de instrução, atos ilegais. Sobre isso, Ribeiro (2014, p. 126) afirma que “os gestores distantes dessa realidade, quadro que vem sendo superado, cometem irregularidades, não apenas por má fé, mas por desconhecimentos de alguns procedimentos e aparatos legais dos órgãos”.

A base legal atualmente se tornou complexa e acessível a fim de limitar ações como desvio ou desperdício de recurso público, mas, para que isso se firme, é necessário que o cidadão seja atuante. Souza (2014), em seu estudo feito na cidade de Cristiano Ottoni (MG), sugere a realização de audiências públicas nas comunidades e afirma que, se o cidadão perceber que está sendo ouvido, passará a participar delas de maneira natural. Seguindo essa linha de pensamento, Rizzo Júnior (2009, p. 145) defende que:

Conclui-se que unicamente o controle social é capaz de acompanhar as ações governamentais em todas as suas fases, especialmente no momento em que estão sendo geradas desde que sociedade esteja permanentemente abastecida das informações necessárias para consumir o controle.

Essa contínua progressão nas estruturas legais influencia diretamente o cotidiano do profissional que lida com orçamentos e contabilizações na esfera pública. Esse acompanhamento, ou pelo menos a rotina de mudanças nas práticas contábeis, deve acontecer ainda com os acadêmicos da ciência, por isso, vê-se hoje os Manuais de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) com linguagens cada vez mais simples. Analisa-se, então, se os estudantes estão crescendo com as alterações ou se estão preparados para o exercício do controle social, atividade cabível, enquanto apenas estudantes.

3 ESTUDO SOBRE O ENVOLVIMENTO DOS ESTUDANTES DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO DO MUNICÍPIO DE TERESINA (PI)

Cada indivíduo é um universo de direitos, deveres, desejos e morais complexados em seus respectivos limites – barreira essa não existente quan-

do se refere ao bem comum. Aquele direito que a ciência jurídica caracteriza como direito natural precisa apenas de um incentivo coletivo para ser manifestado; quando isso acontece os indivíduos se tornam investigadores, pulsantes pesquisadores. Diante disso, as questões sociais no tocante à educação são caracterizadas como “subcidadania”, que é quando o desempenho dos homens públicos não está satisfatório, mas pela ausência crítica impositiva e fiscal eles não desenvolvem atividades construtivas, ficando às margens da situação – é como o semianalfabeto, que sabe ler ou colocar seu nome completo, mas é incapaz de interpretar compostos textuais. Portanto, acredita-se que este estudo possa revelar o que os alunos de ciência contábil da cidade de Teresina percebem como a melhor maneira de praticar o controle social, ao passo que também possa permitir identificar a adoção de ferramentas de controle social eficientes, que permitam ao cidadão ser o principal fiscal dos atos da gestão pública.

3.1 Metodologia

Com a finalidade de compreender o envolvimento dos estudantes nas práticas de controle social e de mensurar o nível de acompanhamento às bases legais que facilitam esse processo, razões essas já citadas, desenvolveu-se uma pesquisa com os graduandos do curso de ciências contábeis da Universidade Federal do Piauí (campus Ministro Petrônio Portela) e da Universidade Estadual do Piauí (campi Poeta Torquato Neto e Clóvis Moura). Como técnica de pesquisa, usou-se um questionário impresso, distribuído aleatoriamente a 350 alunos entre as três instituições, sob caráter quantitativo e sem influência do pesquisador. A referida investigação foi feita entre os dias 8 e 10 de junho de 2015, e a quantidade de pesquisados garante a fidelidade da pesquisa em pelo menos 90%.

3.2 Perfil dos pesquisados

De imediato, registra-se que 83% são estudantes de 16 a 25 anos, mas, devido à variação do horário em que são disponibilizados os cursos nas instituições, encontram-se pesquisados com a faixa etária fora da média das

turmas – acima dos 30 anos, inclusive. Essa discrepância não ocorre com relação ao sexo, fator que apresentou diferença de apenas 10% a mais de homens do que de mulheres.

Gráfico 1 - Sexo

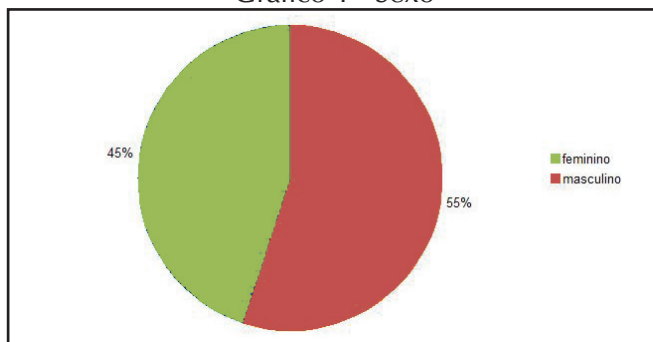
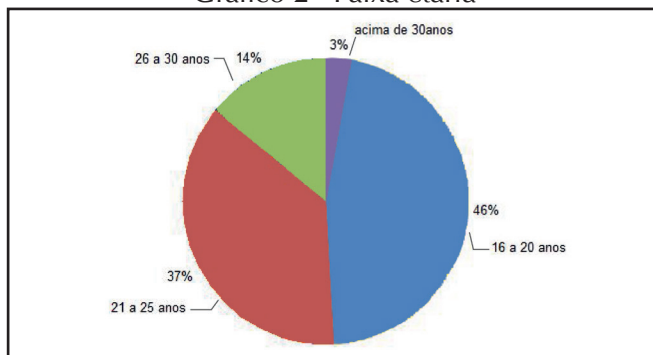


Gráfico 2 - Faixa etária



3.3 Dados específicos ao tema

Mensurar o controle social é, antes de tudo, saber suas relações e suas origens, ou seja, é a capacidade de ligar uma simples menção ao referido tema. Seguindo esse raciocínio, foram elaboradas duas questões. A primeira foi: “Você relaciona controle social a qual dos termos?”. Em resposta, 56% o

relacionaram a políticas públicas; 4% a tributos; 29% a planejamento organizacional; 7% a controle da dívida pública; 4% à corrupção. Na segunda, perguntou-se: “Qual das situações você relaciona ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser chamada de Constituição Cidadã?”. Nesse questionamento, 1% relacionou ao fato de que foi feita pelo cidadão; 33% entenderam que foi feita para o cidadão; 3%, que ela declara a soberania do Estado; 32%, que ela declara democracia; 31%, que ela declara que o cidadão participa da administração pública.

Gráfico 3 - Você relaciona controle social a qual dos termos?

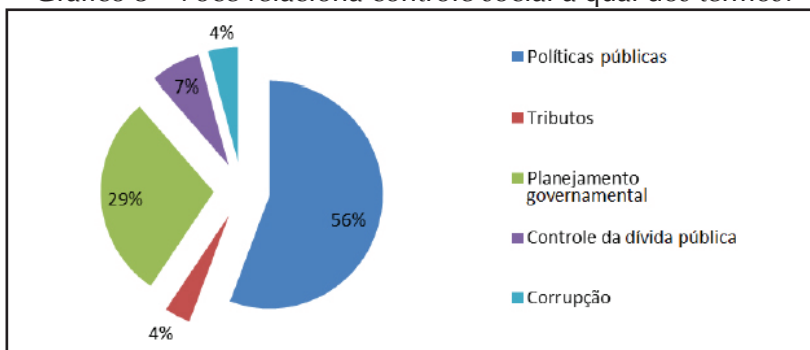
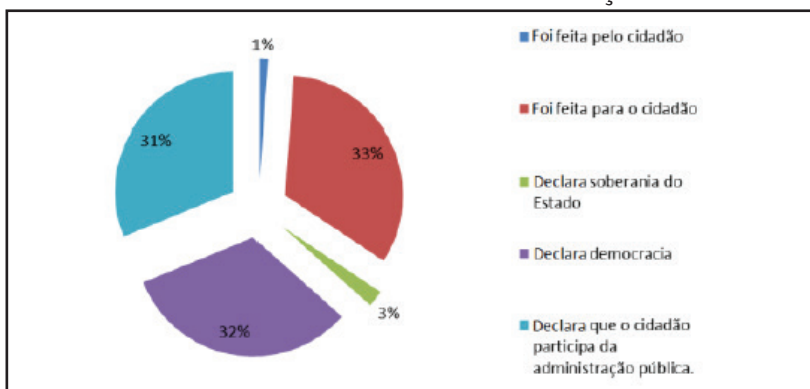


Gráfico 4 - Qual das situações você relaciona ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser chamada de “Constituição Cidadã”?



Essas expressões são todas rotineiramente usadas nas mídias sociais para fazer menção ao respectivo conteúdo; especificando-as, percebe-se que as opções que tiveram os maiores percentuais são as que realmente se referem ao tema. A noção básica de que existe um controle por parte da sociedade, que na verdade impulsiona os gestores a planejar suas ações, os pesquisados já possuem.

Todos fazem parte da ação da administração pública direta, pois são estudantes de instituições públicas, mas será que esse fato deperta neles o desejo de saber como a máquina administrativa em que estudam funciona? As expectativas dos estudantes com relação a estrutura universitária, núcleo gestor e docente nem sempre são sanadas, e, como agentes ativos, os estudantes são a força capaz de mudar esse cenário. No entanto, precisam manifestar interesse. Foi perguntado: “Você tem curiosidade em saber dos gastos da instituição pública de ensino na qual você estuda?”. 86% responderam que sim; 14% responderam que não. Aos que manifestaram interesse, questionou-se: “Se sim, você já buscou fiscalizar esses gastos ou pediu informações sobre gasto que considerou desnecessário?”. 21% responderam que sim e 79% responderam que não. Aos 21% que responderam positivamente, questionou-se: “Se sim, você teve facilidade em entender os gastos públicos?”. 17% responderam que sim; 13% responderam que não; 33% informaram que compreenderam em Partes; 26% não obtiveram respostas; 11% não souberam onde pedir informações.

Gráfico 5 - Você tem curiosidade em saber dos gastos da instituição pública de ensino na qual você estuda?

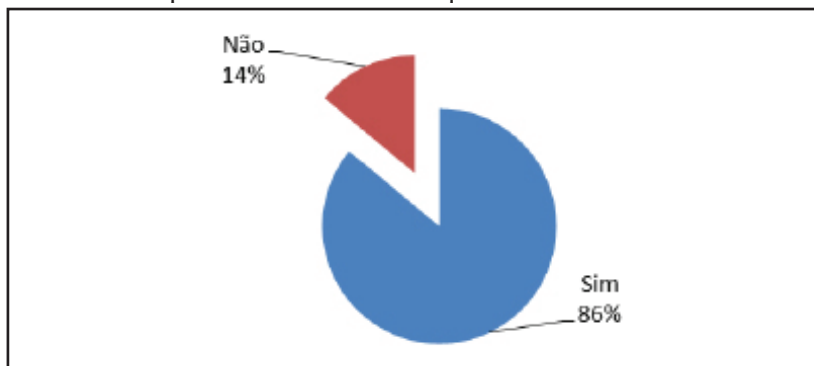


Gráfico 6 - Se sim, já buscou fiscalizar esses gastos ou pediu informações sobre gasto que considerou desnecessário?

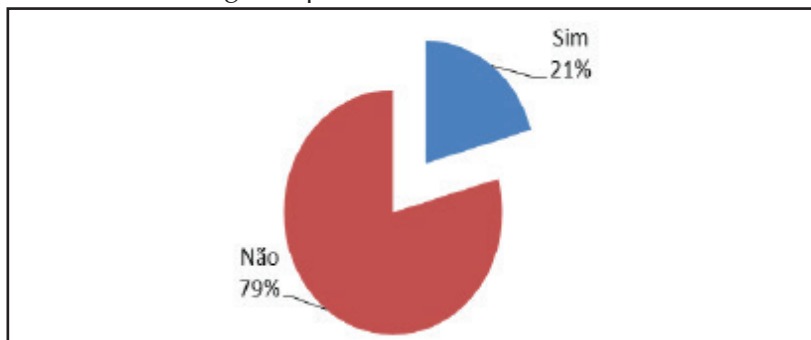
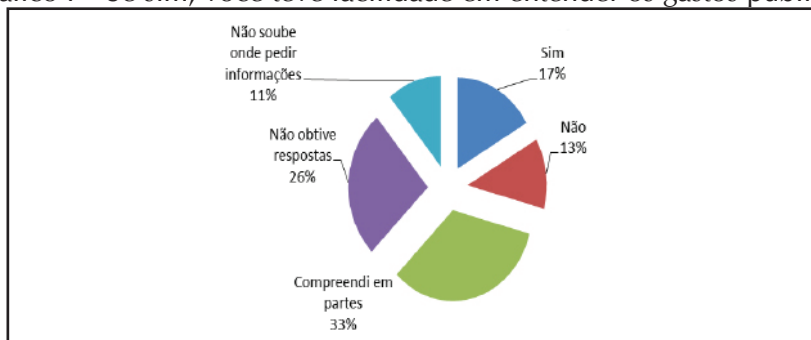


Gráfico 7 - Se sim, você teve facilidade em entender os gastos públicos?



O interesse é desenvolvido quase naturalmente nos cidadãos brasileiros; em contrapartida, a ação demonstra-se tímida em relação ao interesse. O cenário político influencia nesse contexto diretamente; ressalta-se ainda que anos atrás talvez não tivéssemos tal resultado. O mundo globalizado permite que as pessoas estejam a todo instante “conectadas”, fazendo uso de ferramentas tecnológicas e gerando comunicação e informação pela internet. Dificilmente estudantes de ensino superior, atualmente, não estão nesses ambientes virtuais e gerenciando neles suas redes sociais. Acompanhando esse crescimento digital, os entes públicos passaram a desenvolver redes sociais e sítios eletrônicos que facilitam o processo de entendimento entre o cidadão

e o ente, cumprindo normas legais de acesso à informação, transparência e publicidade. Geralmente, esses meios estão na “palma da mão” dos acadêmicos; dessa forma, quer-se saber se com essa facilidade fica mais rotineiro o diálogo com entes públicos pelas mídias digitais.

Em seguida, foi perguntado: “Você interage pelas suas redes sociais com as redes sociais dos órgãos públicos?”. 40% responderam positivamente; 60% responderam negativamente. Em seguida: “Com qual finalidade você acessa os sítios eletrônicos de órgãos públicos?”. “Para buscar informações sobre concursos”, informaram 48%; “para acompanhar as atividades desenvolvidas pelos órgãos”, 18%; “para acompanhar as contas públicas”, 4%; “para buscar informações econômico-financeiras”, 15%; “não acesso”, 15%. Questionou-se ainda: “Você já buscou informações sobre gastos do Governo nos veículos de comunicação eletrônica?”. 36% responderam que sim; 61% responderam que não; 3% responderam “sim, mas não encontrei”. Aos 36% que responderam que sim, perguntou-se: “Se sim, qual dos meios você utilizou?”. 62% responderam que utilizam o Portal da Transparência; 14%, publicações e notícias; 13%, sites relacionados; 7%, revistas; 4%, ouvidoria. Com relação a respostas, questionou-se: “Obteve resposta?”. 76% responderam que sim; 34% responderam que não. Ainda com relação às respostas, questionou-se: “Como eram as informações fornecidas?”. 24% responderam que eram fáceis de entender; 41%, que eram difíceis de entender; 35%, que faltavam informações.

Gráfico 8 - Você interage pelas suas redes sociais com as redes sociais dos órgãos públicos?

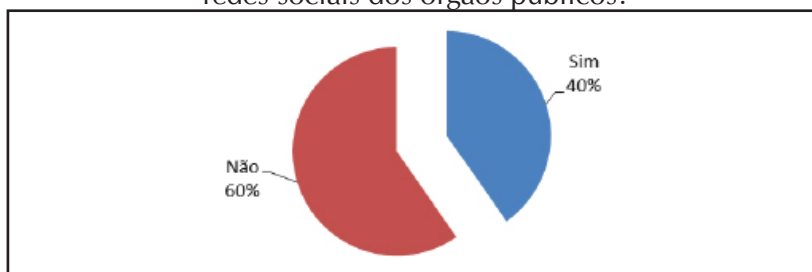


Gráfico 9 - Com qual finalidade você acessa os sítios eletrônicos de órgãos públicos?

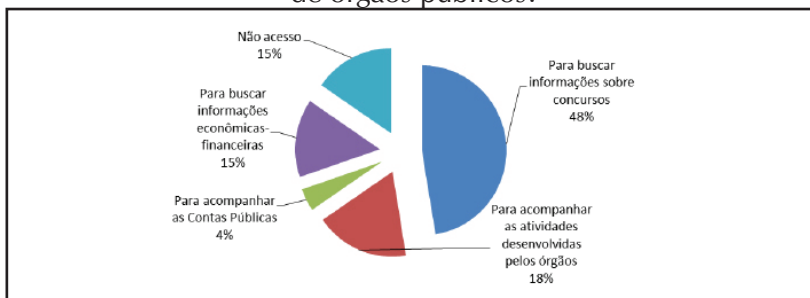


Gráfico 10 - Você já buscou informações sobre gastos do Governo nos veículos de comunicação eletrônica?

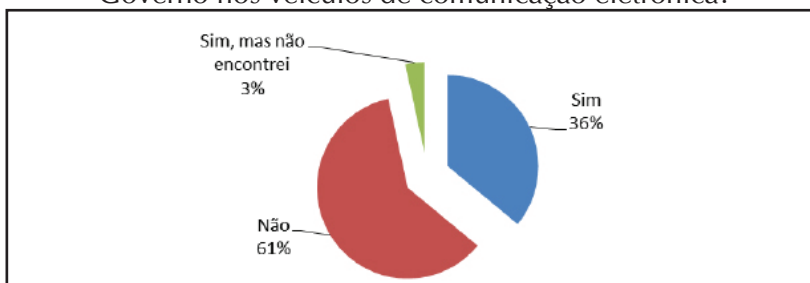


Gráfico 11 - Se sim, qual dos meios você utilizou?

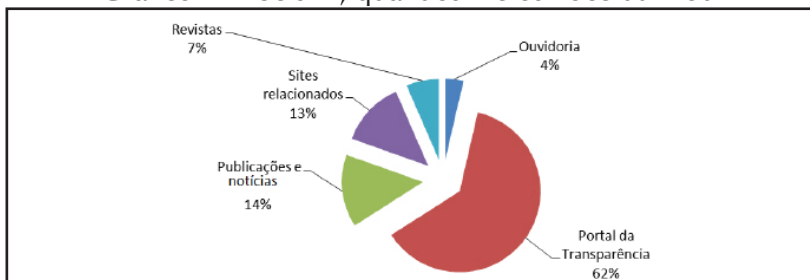


Gráfico 12 - Obteve resposta?

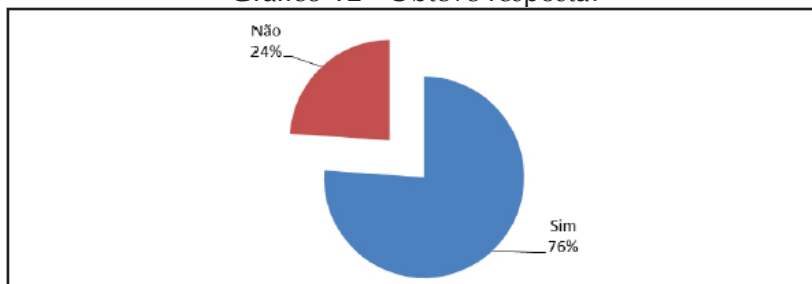
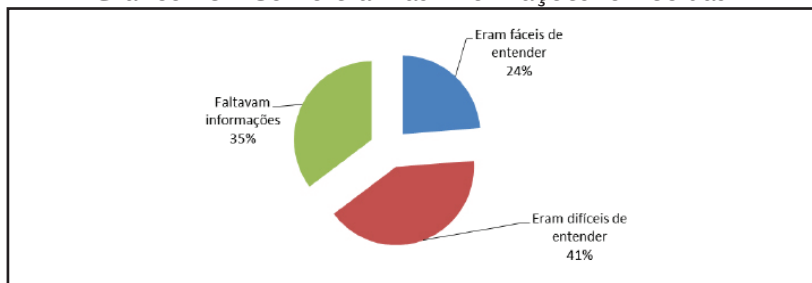


Gráfico 13 - Como eram as informações fornecidas?



A facilidade de acesso às informações provocou no ambiente social um comodismo, tornando as pesquisas mais diretas e simples, o que não significa que os acessos atinjam a finalidade da construção dos sítios eletrônicos. Por ter em mente que a qualquer momento pode-se buscar qualquer tipo de dado, essa situação provoca nos estudantes um relaxamento quanto a essa busca, principalmente nos meios eletrônicos dos entes públicos, pois essas notícias, quando possuem espectro político ou de interesse social, são repetidas vezes republicadas pela mídia, que precisa ter textos pequenos e atrativos para que o público acompanhe as publicações. Chega-se à mensuração da pesquisa em que grande parte dos alunos pesquisados procura informações administrativas nos campos digitais que, quando solicitadas, geram resposta. Esse cenário é um avanço seja de um resultado da aplicabilidade dos dispositivos legais, seja pela mudança de comportamento do cidadão, que necessita de auxílio sobre como interpretar, participar e controlar as políticas públicas desenvolvidas pelos entes.

A população do município de Teresina tem em mente que a ocupação dos cargos públicos traz estabilidade financeira, sendo encarada algumas vezes como a única maneira de crescimento profissional, seja essa a fonte de recurso de muitos profissionais contábeis atualmente, uma vez que o complexo industrial ainda se mostra tímido na região. Confirma-se essa pressuposição quando 48% dos pesquisados acessam os meios eletrônicos dos entes para buscar informações sobre concursos. Quanto aos que são ativos e se propuseram a buscar outros tipos de documentos, tem-se que, se os estudantes não possuem noção de contabilidade pública ou não são estimulados pelos docentes em sala de aula, dificilmente exercerão tal prática ou compreenderão resultados obtidos na pesquisa.

4 RESULTADOS DA PESQUISA

A pesquisa relatada demonstra características importantes na mensuração do controle social praticado por estudantes universitários do curso de ciências contábeis das instituições públicas do município de Teresina – características das quais destacam-se:

- A grande maioria dos alunos compreende que controle social está relacionado a políticas públicas e a planejamento governamental.
- O entendimento sobre a origem legal das práticas do controle manifestado pela conhecida Constituição Cidadã, em que os resultados se mostram matematicamente iguais quando se relaciona essa nomeação aos fatos de a Constituição declarar democracia, de ter sido feita para o cidadão e de declarar que o cidadão participa da administração pública.
- Dos 86% dos estudantes pesquisados que possuem curiosidade em saber sobre os gastos da instituição pública de ensino onde estuda, apenas 21% declaram já ter fiscalizado ou buscado informações sobre gastos que consideraram desnecessários; desses, 26% não obtiveram retorno e 33% não compreenderam totalmente as respostas.

- Dos estudantes pesquisados, 60% não interagem pelas suas redes sociais com as redes sociais dos órgãos públicos; apenas 36% já buscaram informações sobre os gastos do Governo nos veículos de comunicação eletrônica. Desses 36%, 62% usaram o Portal da Transparência como ferramenta de busca, sendo que 76% obtiveram respostas sobre os gastos e 41% consideraram que as informações são difíceis de entender.

5 CONCLUSÃO

Na tentativa de diminuir a corrupção que tanto rodeia o cenário político do país, o controle social passa a ser o mecanismo que concretiza o exercício da cidadania de um Estado declarado democrático. À medida que a população foi se revoltando com determinados casos considerados inaceitáveis, surgiu a necessidade de ter uma gestão pública mais acessível e transparente ao cidadão, que interpretado pela estrutura normativa brasileira avançou rumo a modificar a maneira com a qual administra-se o recurso público. No município de Teresina, capital do estado do Piauí, com um pouco mais de 150 anos, essa prática já pode ser observada; o corrente trabalho concentrou-se nos estudantes de ciências contábeis de instituições públicas, que, mesmo considerando o tema abordado importante, não demonstraram interesse em envolver-se.

Acredita-se que acadêmicos de uma ciência social aplicada à contábil estariam integrados às inovações nas ferramentas de controle da máquina administrativa. Mas, no decorrer deste trabalho, observou-se que o envolvimento do objeto de estudo ainda está longe do desejável. A precária politização do brasileiro e o nível técnico das informações publicadas dificultam a mudança dessa realidade, que não pode ser justificada pelo analfabetismo digital. A carência no estímulo do docente e a falta de discurso e debate sobre a política em qualquer ótica tornam tímido o desenvolvimento social do estudante.

Esperam-se significativas e otimistas mudanças no resultado encontrado, principalmente no que tange à participação dos discentes na gestão pública. Por outro lado, as estratégias desenvolvidas não são suficientes e

precisam ser melhoradas, no tocante à linguagem usada na publicação e na motivação a ser desenvolvida pelos entes. Assim, podemos concluir com este estudo que as alterações feitas no ambiente político nacional já conseguem mostrar pequenas implicações no cotidiano dos pesquisados, porém, as ferramentas conquistadas atualmente precisam de melhorias rumo a facilitar o exercício do controle social por parte dos acadêmicos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DPL/DPL4536.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 14 maio 2015.

_____. Lei Complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, 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/lcp131.htm>. Acesso em: 7 maio 2015.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 29 jan. 2015

Matos, N. J. C. Cidadania e virtude cívica no contexto do debate sobre comunidade, sociedade civil e esfera pública. **Revista TCE-PI**, v. 13, p. 41-44, 2009.

Ribeiro, R. M. Controle social na gestão pública brasileira. **Revista TCE-PI**, v. 18, p. 121-128, 2014.

RIZZO JÚNIOR, O. **Controle social efetivo de políticas públicas**. 2009. Tese (Doutorado em direito econômico e financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-18112009-094825/pt-br.php>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

SOUZA, I. A. **Controle social na administração pública municipal**. 2014. Disponível em: <http://www.cristianoottoni.cam.mg.gov.br/artigo_controle_social.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2015.

ANEXO I – PESQUISA QUANTITATIVA FEITA AOS ESTUDANTES DE CIÊNCIAS CONTÁBEIS DAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO DE TERESINA (PI)

CONTROLE SOCIAL DOS RECURSOS PÚBLICOS

(Responda atentiosamente com caneta esferográfica azul ou preta)

a) Sexo: ☐ masculino ☐ feminino

b) Faixa etária:

- ☐ 16 a 20 anos
- ☐ 21 a 25 anos
- ☐ 26 a 30 anos
- ☐ 31 a 35 anos
- ☐ acima de 36 anos

1. Você relaciona controle social a qual dos termos?

- ☐ Políticas públicas ☐ Tributos ☐ Planejamento governamental
- ☐ Controle da dívida pública ☐ Corrupção.

2. Qual das situações você relaciona ao fato de a Constituição Federal de 1988 ser chamada de Constituição Cidadã?

- ☐ Foi feita pelo cidadão ☐ Foi feita para o cidadão
- ☐ Declara soberania do Estado ☐ Declara democracia
- ☐ Declara que o cidadão participa da administração pública

3. Você tem curiosidade em saber dos gastos da instituição pública de ensino na qual você estuda?

- ☐ Sim ☐ Não

3.1 Se sim, você já buscou fiscalizar esses gastos ou pediu informações sobre gasto que considerou desnecessário?

- ☐ Sim ☐ Não

3.2 Se sim, você teve facilidade em entender os gastos públicos?

- ☐ Sim ☐ Não ☐ Compreendi em partes
☐ Não obtive respostas ☐ Não soube onde pedir informações

4. Você interage pelas suas redes sociais com as redes sociais dos órgãos públicos?

- ☐ Sim ☐ Não

5. Com qual finalidade você acessa os sítios eletrônicos de órgãos públicos?

- ☐ Para buscar informações sobre concursos
☐ Para acompanhar as atividades desenvolvidas pelos órgãos
☐ Para acompanhar as contas públicas
☐ Para buscar informações econômicas-financeiras
☐ Não acesso

6. Você já buscou informações sobre gastos do Governo nos veículos de comunicação eletrônica?

- ☐ Sim ☐ Não
☐ Sim, mas não encontrei

6.1 Se sim, qual dos meios você utilizou?

- ☐ Ouvidoria
☐ Portal da Transparência ☐ Publicações e notícias
☐ Sites relacionados ☐ Revistas

6.2 Obteve resposta?

- ☐ Sim ☐ Não

6.3 Como eram as informações fornecidas?

- ☐ Eram fáceis de entender ☐ Eram difíceis de entender
☐ Faltavam informações

Moralidades Administrativa, Extra-Administrativa e Comum: uma Distinção Necessária

Administrative, Extra-Administrative, and Common Moralities:
a Necessary Distinction

Marcos José Nogueira de Souza Filho¹

RESUMO:

Os autores administrativistas, ao direcionar seus estudos para os princípios administrativos expressos no caput do art. 37 da Constituição Federal, costumam fazê-lo numa perspectiva comparativa entre a legalidade e a moralidade, e, no âmbito da primeira, entre as legalidades comum e administrativa. Não obstante, o mesmo prisma comparativo pode ser reutilizado quando da análise da moralidade, uma vez que, pode-se centrifugar o tema em moralidade comum e administrativa. Mas isso, alguns autores já o fazem. Este artigo, ao contrário, possui por propósito não só entranhar-se na discussão deste cenário, como também apresentar uma nova vertente da moralidade, qual seja a moralidade extra-administrativa. O estudo visa, neste sentido, a propor uma solução para a seguinte questão: pode o agente público, em sua vida privada e sem ostentar aquela condição, ser punido administrativamente por ato estranho aos seus afazeres funcionais? Aproveitar-se-ão alguns escritos que abordam indiretamente o tema, bem como o que disciplina a legislação pertinente, especialmente o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171/1994).

Palavras-Chave: Moralidade. Administrativa. Comum.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado militante nas áreas de Direito Previdenciário e Direito Administrativo. Professor de Direito Constitucional e Direito Previdenciário da Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor de Direito Administrativo e Direito da Seguridade Social do Centro Universitário Christus (Unichristus). E-mail: marcosjnsfilho@hotmail.com

ABSTRACT:

The administrative authors, when directing their studies to the administrative principles expressed in the caput of art. 37 of the Brazilian Constitution, usually do so in a comparative perspective between legality and morality, and, regarding the former, between common and administrative laws. However, the same comparison prism can be reused for the analysis of morality, since we can centrifuge this topic is common and administrative morality. But some authors have already done this. This article, by contrast, has a purpose of not only discussing this scenario, but also of introducing a new dimension of morality, which is the extra-administrative morality. The study aims, in this regard, to propose a solution to the question: can the public servants, in their private life and without bearing that condition, be punished administratively for acting differently from their functional duties? We will utilize some writings that address this topic indirectly, as well as the ones that discipline the relevant legislation, especially the Code of Professional Ethics of the Civil Public Servants of the Federal Executive Branch (Decree nº 1,171/1994).

Keywords: Morality. Administrative. Common.

1 INTRODUÇÃO

A doutrina administrativista moderna, ao deparar com os princípios constitucionais expressos no caput do art. 37 (legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência), costuma se debruçar na análise comparativa entre a legalidade comum e a legalidade administrativa. Porém, em não raras oportunidades, hesita em adentrar na discussão idêntica a respeito da bifurcação também ocorrente em face da moralidade, inclusive nas duas mesmas vertentes: moralidade comum e moralidade administrativa.

Quando se encontra alguma discussão sobre o tema, o que se depreende é a advertência básica de que o ponto diferenciador entre as duas modalidades de moralidade consiste no interesse público, presente enquanto peculiaridade distintiva na vertente administrativa da moralidade.

Enquanto os autores mais clássicos e festejados do Direito Administrativo brasileiro se alternam na apresentação de lições acerca da diferenciação entre a moralidade administrativa e a comum, este texto acadêmico tem

por propósito básico apresentar uma nova vertente da moralidade, qual seja aquela que persegue o administrador público não nesta qualidade, mas em sua vida particular. Batizar-se-á essa modalidade proposta de “moralidade extra-administrativa”.

Questiona-se, portanto, até onde pode – e se pode – a atividade disciplinar da Administração incidir sobre seus agentes, quando em função de comportamento entranho a seus afazeres institucionais estabelecidos legalmente. O exercício de uma atividade eminentemente particular, sem qualquer vinculação com a condição de agente público, pode ou não ensejar punição na esfera administrativa?

É a partir dessa premissa básica que o este texto acadêmico pretende se desenvolver. Antes, porém, de seu ápice, buscar-se-á constituir um itinerário cujo ponto de partida consiste em um desprezioso contributo acerca do clássico embate doutrinário sobre a diferença entre norma jurídica e norma moral. Doravante, abordar-se-á a relação entre a legalidade e a moralidade, informando-se que o atendimento, pelo administrador, ao parâmetro exclusivo da legalidade já não é mais suficiente para garantir plenamente a validade jurídica do ato.

Na sequência, apresentar-se-ão as vertentes da moralidade: a comum e a administrativa, que consistem em temas doutrinariamente abordados em caráter bastante, e uma terceira modalidade, proposta de forma inovadora por este trabalho, qual seja a moralidade extra-administrativa. Cada um desses três vieses do princípio da moralidade será conceituado e abordado a contento, a partir de uma análise eminentemente comparativa e exaustiva, no detalhismo oportuno que este tipo de texto permite.

2 BREVE CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA ACERCA DA DIFERENÇA ENTRE REGRA JURÍDICA E REGRA MORAL

A teoria do Direito, há décadas, vem apresentando estudos pertinentes à diferenciação conceitual entre a norma jurídica e a moral. Como tal assunto não constitui o objeto central deste texto, apesar de seu relevo teórico, estas próximas linhas abordarão de forma modesta a problemática, sem pretensão

mais sofisticada. Reconhece-se, antes de tudo, que a discussão possui sua importância propedêutica perante o tema que será abordado doravante, especificamente acerca da moralidade administrativa.

Dos inúmeros critérios diferenciadores dessas duas modalidades de normas, destaca-se sua fonte ou origem. Enquanto a norma jurídica ascende da atuação estatal, em que se insere o exercício da função legiferante, a norma moral tem por ente instituidor a própria sociedade. A priori, a sociedade não participa, pelo menos diretamente, do procedimento de formação da norma jurídica, mas se coloca como destinatária desta. Por outro lado, a concepção da norma moral se submete a ritos consuetudinários quase que imunes à interferência estatal, pois se restringe predominantemente ao comportamento social.

No campo sancionatório também se pode vislumbrar a diferenciação entre a norma moral e a jurídica. No caso da primeira, a punição pode se configurar de duas formas: (a) individual, atacando o íntimo da pessoa, causando-lhe sentimento de remorso, constrangimento ou isolamento voluntário; (b) coletiva, em que o grupo social impõe a punição, a exemplo do isolamento infligido, protestos e até mesmo, na hipótese mais violenta, o linchamento. Bobbio (2003, p. 157), por seu turno, batiza a primeira hipótese de sanção moral propriamente dita, e a segunda, de sanção social, mas as premissas são idênticas.

Note-se, *in casu*, que não há participação estatal no processo punitivo, já que o próprio grupo social – à exceção dos cenários de sanção individual – se encarrega de impor a reprimenda. Esta, frequentemente, se baseia no espírito momentâneo coletivo que, por ocasião da aplicação da sanção moral, não se atém aos limites da proporcionalidade e da dosimetria, impondo repreensão muito mais severa do que mereceria a correspondente ofensa à norma moral.

Essa configuração já não se apresenta quando se trata de sanção jurídica. Esta se estabelece em sua modalidade institucional, pois é prevista normativamente e aplicada pelo Estado, que prioristicamente não se submete às pressões populares. Ao mesmo tempo, deve-se sempre assegurar ao acusado o direito de se defender e apresentar previamente a sua própria versão, como requisitos condicionais de validade da sanção. Trata-se do que os processualistas anglo-saxões denominaram de “due process of law” e que, no Brasil, resta previsto na Constituição Federal de 1988 no art. 5º, inc. XXXV.

Mutadis mutandis, poder-se-ia estabelecer didaticamente uma relação entre essas duas modalidades de normas – a jurídica e a moral – com dois dos princípios administrativos cardeais mencionados na Constituição Federal, respectivamente o princípio da legalidade e o da moralidade. Nesses termos, enquanto o primeiro princípio tem por fundamento lógico de validade a observância à norma jurídica (não necessariamente a legal, mas também a constitucional e a administrativa), o princípio da moralidade possui por foco o atendimento à norma moral.

Não obstante essa sistematização didática, é de bom alvitre a advertência de que a relação entre os tipos de normas e os princípios administrativos respectivos não se revela absoluta. Afinal, o controle popular da atuação da Administração Pública se manifesta tanto em razão da ofensa à legalidade quanto à própria moralidade. No que tange ao controle da legalidade dos atos administrativos, os mecanismos judiciais à disposição do indivíduo são os mais diversos (mandado de segurança, habeas corpus, habeas data etc.), ao passo que a proteção jurisdicional da moralidade administrativa se efetiva por meio de ação popular.

3 DO CONFRONTO CONCEITUAL ENTRE A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

É comum, na doutrina constitucionalista e administrativista, a referência à distinção entre a legalidade comum, amparada pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, e a legalidade administrativa, mencionada no caput do art. 37. Não obstante, o mesmo tratamento não foi destinado à moralidade, mesmo ela se sujeitando também a tal divisão entre sua modalidade comum e a administrativa.

No que tange ao campo da legalidade e a suas duas vertentes, costuma-se estabelecer a seguinte premissa: enquanto ao indivíduo se permite fazer tudo o que não estiver proibido em lei (legalidade comum), o administrador restringe sua atuação ao que estiver expressamente permitido pela lei (legalidade administrativa).

Essa é a conclusão a que se chega a partir da análise do dispositivo constitucional definidor da legalidade comum, que consiste na vertente da

legalidade aplicada ao indivíduo, ao particular: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988, art. 5º, inc. II). Uma releitura pode ser construída do dispositivo, informando que ao cidadão, tudo o que não estiver expressamente vedado, legalmente lhe é permitido.

Isso porque a lei tem a capacidade de estabelecer, em relação ao indivíduo, três comportamentos: a obrigação, a proibição e a autorização, tal como pretendeu Kelsen (1998, p. 16). As duas primeiras, necessariamente, devem ser expressas na norma legal; a última tanto pode vir expressa na lei (o que pode ser denominado de legalidade propriamente dita) quanto de forma tácita – que se refere ao campo da licitude. Assim, para o particular, o silêncio da norma legal pressupõe uma autorização tácita ou indireta estabelecida pela própria lei.

Essa mesma consequência do silêncio normativo não pode ser transferida para o campo da legalidade administrativa. Aqui, a lei também tem a tríplice capacidade de reger as condutas do agente público: obrigar, proibir e autorizar. Não obstante, a primeira e a última devem ser expressas ao passo que a proibição tanto pode se dar por meio de norma expressa quanto na hipótese de lacuna legislativa. Ou seja, o silêncio da lei significa, para o administrador, a vedação da conduta.

Da comparação entre os elementos conceituais da legalidade comum com os da legalidade administrativa, pode-se concluir que ao indivíduo foi concedido um campo de liberdade muito mais vasto, ao passo que, ao administrador, seu campo de liberdade está reduzido ao expressamente tutelado em instrumento normativo. Disso se depreende que a conduta do agente administrativo está restrita às hipóteses textualmente previstas em instrumento legal.

Mas não basta ao administrador seguir fiel e cegamente o conteúdo normativo; não lhe é suficiente o cumprimento irrestrito da regra legal em qualquer condição. Além da legalidade, o comportamento do agente administrativo também deve estar atento aos parâmetros éticos de sua conduta e à verificação da moralidade administrativa. Essa advertência é oportuna diante da possibilidade de constatação de cenários hipotéticos que, mesmo se atendendo à legalidade pura, estar-se-ia afrontando a moralidade administrativa.

Brandão já se questionava, em meados do século passado, acerca da real necessidade de atendimento concomitante da legalidade e da moralida-

de, pois, até então, positivismo enraizado no Direito Administrativo pretérito se contentava com a vassalagem irrestrita à legalidade pura. “Comete ‘imoralidade administrativa’ o administrador que perturba a ordem administrativa com uma conduta determinada por fins concretos alheios à pública administração, muito embora não tenha cometido faltas legais?”, perguntou-se o citado administrativista português (p. 454-467).

O que se depreende do Direito Administrativo moderno é que se o ato obedece à legalidade, porém entra em conflito com a moralidade, tal cenário é suficiente para a invalidação do ato administrativo, quer pela própria Administração Pública, via aplicação do princípio da autotutela capitaneado pela Súmula nº 473 do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1969), quer por meio de controle jurisdicional.

Apesar da nova configuração da moralidade, gerada de sua ascensão ao status constitucional em 1988², é de se destacar que o reconhecimento da necessidade de verificação conjunta da legalidade e da moralidade na atuação do Poder Público provém do Direito Romano, cuja máxima *non omne quod licet honestum est*³ tem aplicabilidade exegética até os dias atuais.

O próprio Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (BRASIL, 1994) ressalta a necessidade de atenção do administrador público para além da simples legalidade:

XIV – São deveres fundamentais do servidor público:

[...]

u) abster-se, de forma absoluta, de exercer sua função, poder ou autoridade com finalidade estranha ao interesse público, mesmo que observando as formalidades legais e não cometendo qualquer violação expressa à lei.

Ademais, contrastando o conteúdo dos princípios administrativos *sub examine*, aflora a conclusão segundo a qual a legalidade é objetiva, enquanto a moralidade é subjetiva. Isso porque a legalidade se capitaneia pelo estrito cumprimento do ordenamento positivo, ao passo que a moralidade constitui conceito aberto e indeterminado, sem conteúdo concreto, permitindo que determinado ato administrativo, sob a ótica de uns, atenda à moralidade ad-

2 A Constituição Federal de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 não fizeram qualquer menção à moralidade administrativa, o que atesta o caráter inovador, nesse contexto, da Carta de 1988.

3 “Nem tudo que é legal é honesto.”

ministrativa, e sob o ponto de vista de outros, não.

Discutível, nesse contexto, é a iniciativa do legislador ordinário em arriscar fixar um campo de incidência da moralidade administrativa, em vez de deixar para o hermeneuta tal função. A Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, ao tentar cumprir tal desiderato conceitual, construiu uma definição de moralidade – reconhecidamente um termo aberto e indeterminado – a partir de elementos que também apresentam esses mesmos caracteres: probidade, decoro e boa-fé.

Assim rege o citado diploma legislativo:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. (Idem, 1999)

Ora, ao arquitetar uma definição por meio de termos que, por sua vez, também carecem de conceituação mais sofisticada, o legislador lançou proposta inócua que, em muito pouco – senão em nada –, contribui para o exame da moralidade administrativa.

Por isso a necessidade de esmero absoluto na exegese de aplicação do princípio da moralidade, especialmente quando atendida a legalidade, pois, conforme exposto, tal atendimento às regras normativas não implica, necessariamente, a plena validade do ato do gestor público, pois há de se ater, também, à ética administrativa.

4 DO STATUS DE PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO EXPRESSO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A atuação da Administração, ainda que atenda irrestritamente à legalidade, deve se permear também por parâmetros éticos, visando ao bem-estar

comum a partir de iniciativas condizentes com a noção de bom administrador. Toda conduta do agente público deve se revestir da absoluta ciência do que é certo ou errado, honesto ou desonesto e justo ou injusto, ainda que tal noção contrarie o teor literal de lei.

Assim, não basta o atendimento à legalidade pura: deve-se privilegiar também – ou principalmente – a moralidade. A importância do assunto se destaca de tal maneira que o legislador constituinte originário de 1988 incluiu – no rol de princípios administrativos expressos no caput do art. 37 da Constituição Federal, junto da legalidade, da impessoalidade e da publicidade.

O Supremo Tribunal Federal também é reconhecedor do status constitucional da moralidade, usando-a como subsídio jurídico em suas decisões. Nesse sentido, a

“moralidade, como princípio da Administração Pública (art. 37) e como requisito de validade dos atos administrativos (art. 5.º, LXXIII), tem a sua fonte por excelência no sistema de direito, sobretudo no ordenamento jurídico-constitucional, sendo certo que os valores humanos que inspiram e subjazem a esse ordenamento constituem, em muitos casos, a concretização normativa de valores retirados da pauta dos direitos naturais, ou do patrimônio ético e moral consagrado pelo senso comum da sociedade. A quebra da moralidade administrativa se caracteriza pela desarmonia entre a expressão formal (= a aparência) do ato e a sua expressão real (= a sua substância), criada e derivada de impulsos subjetivos viciados quanto aos motivos, ou à causa, ou à finalidade da atuação administrativa”. (BRASIL, 2013).

Porém, é de se apresentar, por oportuno, uma nova leitura sobre o enquadramento da moralidade enquanto princípio constitucional expresso. Parece que o legislador constituinte originário, no que se refere ao princípio sub examine, empreendeu o mesmo pecado assumido pelo constituinte derivado quando incluiu, por meio da Emenda nº 19, de 1998, o princípio da eficiência no rol de princípios constitucionais a que a Administração Pública, em todas suas esferas, está submissa. É dizer: se é necessária a imposição constitucional à Administração da moralidade e da eficiência, é porque o legislador constituinte – apesar do aparente intuito de combater – reconhece a amoralidade e a ineficiência dessa mesma Administração.

Essa visão também é apresentada por Delgado (p. 19-20), cujas lições

se dão no seguinte sentido:

A inserção do princípio da moralidade na Constituição Federal de 1988 decorreu do posicionamento assumido pelas classes sociais constitutivas da Nação, que exigiram tal proceder do constituinte porque encararam a realidade das práticas administrativas existentes no momento, caracterizadas, em grande maioria, por anomalias detectadas e ausência de credibilidade.

É relevante aduzir que, também em nível infraconstitucional, a moralidade mereceu relevância ímpar pelo legislador ordinário que, no fito de garantir o cumprimento dos princípios administrativos previstos na Constituição, enquadrou, como improbidade administrativa, sua inobservância, conforme rege a Lei nº 8.429 de 1992, de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública. O art. 11 dessa lei “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” (BRASIL, 1992).

Costuma-se atribuir ao administrativista francês Maurice Hauriou a pioneira sistematização do princípio da moralidade administrativa, ainda no início do século passado. Segundo o autor, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, moralidade administrativa é

“o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também o honesto e o desonesto”. (HAURIU apud DI PIETRO, 2011, p. 77).

Oportuno o destaque de que a moralidade administrativa não se refere à moralidade comum, mas à moralidade jurídica. A moralidade administrativa, para ser apreciada, deve indicar a finalidade pública constante do ato administrativo, sem a qual não faria sentido. Esse é um dos aspectos diferenciadores entre as duas categorias de moralidade, conforme destaca comumente a doutrina: enquanto a moralidade comum nem sempre se submete ao controle ou à punição estatal, a moralidade administrativa pode e deve

ser motivada ou fundamentada, para que o cidadão e o órgão ou a entidade competente possam controlar os atos a respeito dos quais se suscitam dúvidas sobre seu efetivo atendimento à moralidade administrativa.

A moralidade administrativa se difere da comum ainda pelos resultados práticos de cunho coletivo que a primeira efetivamente proporciona. Dessa maneira, a moralidade (comum) se associa à finalidade pública para juntas constituírem a legitimidade de qualquer atividade pública (moralidade administrativa). Tal ideia está resumida didaticamente no seguinte esquema:

<i>Moralidade Comum</i>	—————	<i>Moral</i>
<i>Moralidade Administrativa</i>	—————	<i>Moral + Interesse Público</i>

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em não raras vezes, perpassa pela discussão e subsidia juridicamente suas decisões com base na diferenciação conceptual entre a moralidade administrativa e a comum. Seleciona-se o trecho do seguinte acórdão:

Por óbvio, estamos a examinar aqui a conduta da Senhora [...], consoante os contornos que se conferem à moralidade administrativa e não à moralidade comum, porquanto a recorrente, embora não inserida nos quadros da Administração Pública, atuou em nome desta, vez que assumiu obrigações de natureza pecuniária em nome da União, tanto assim que prestou contas da execução das despesas relativas ao projeto cultural impugnado. Diante dessas particularidades, forçosamente se espera que sua atuação esteja alinhada com o princípio da moralidade administrativa. (BRASIL, 2012).

Pode-se depreender conclusivamente que a moralidade comum está inserida no contexto de sua modalidade administrativa. Em outros termos, tudo que atende à moralidade comum, consequentemente, atende também à moralidade administrativa; porém o inverso não é compatível com a boa exegese publicista. Assim, é possível a ocorrência de atos administrativos desprovidos de moralidade comum, mas observadores da moralidade administrativa.

Esse panorama é viável em razão de outra diferença que pode ser estabelecida entre a moralidade administrativa e a comum. A primeira tem ori-

gem estatal, pois provém da organização interna da Administração Pública; a segunda, não obstante, gerada do próprio seio social, sem interferência estatal direta.

Apesar de potencial controladora da Administração Pública, a sociedade produz uma espécie da moralidade (comum) distinta daquela gerada no organismo estatal (administrativa). Não são raros, portanto, atos da Administração que privilegiam apenas sua própria moralidade, faltando-lhe legitimidade ou respaldo popular.

E a ausência de tais requisitos não é suficiente para invalidar a atuação da Administração Pública. Afinal, a doutrina publicista é unânime em consagrar os atos administrativos clássicos como impositivos, unilaterais e imperativos, sem a real necessidade de atendimento aos anseios populares, os quais, muitas vezes, se encontram em situação de conflito ou tensão com as iniciativas institucionais.

5 ALÉM DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA: MORALIDADE EXTRA-ADMINISTRATIVA COMO DEVER DO AGENTE PÚBLICO?

A moralidade administrativa atribui ao agente público a obrigação inarredável de definir, em todas suas condutas institucionais rotineiras, a absoluta distinção entre o certo e o errado, o justo e o injusto, o honesto e o desonesto. Daí emerge uma questão imediata: e como fica a observância à moralidade extra-administrativa, que constitui aquela além da condição de agente público? O agente público é, fora desta condição e, portanto, como cidadão comum, obrigado ao atendimento da moralidade em seus afazeres além da Administração?

Tome-se, por exemplo, o seguinte cenário hipotético: um indivíduo cuja ocupação profissional seja a de servidor público concursado, ocupante de cargo efetivo em órgão ou autarquia, envolve-se em um relacionamento extraconjugal, ao qual o Código Civil atribui o status de “concubinato” (art. 1.727). Por óbvio, não conta tal relação extraconjugal com amparo da moralidade esculpida pela sociedade (moralidade comum ou extra-administrativa).

Destarte, não há, no panorama, qualquer relação direta com a mora-

lidade administrativa, senão com a extra-administrativa. Dessa hipótese se questiona: está também aquele servidor submisso ao atendimento à moralidade fora do âmbito administrativo? Se a relação concubinária em nada interfere em seus afazeres enquanto servidor, ele pode sofrer punição administrativa? O que o agente público faz fora de seu ambiente profissional repercute, negativa ou positivamente, nos seus assentamentos individuais?

Apresenta-se outra situação hipotética, com a finalidade de subsidiar a mesma discussão: um servidor público é síndico do condomínio residencial em que mora e se envolve com problemas contábeis que indicam comprovadamente irregularidades por ele cometidas. Sua responsabilização na esfera privada tem o condão de gerar efeitos na esfera administrativa, por sua condição de servidor público? Poderia seu superior hierárquico aplicar-lhe sanção administrativa pelas irregularidades cometidas fora do âmbito de sua repartição?

A priori, o que o cidadão promove de ilícito ou amoral em sua rotina particular não chega a atingir sua reputação enquanto servidor público. Por essa razão, não mereceria ser responsabilizado no âmbito administrativo por conduta estranha às suas funções enquanto servidor. Tal solução, entretanto, condiciona-se à absoluta independência entre seus afazeres profissionais e aqueles de índole particular, ou seja, se sua rotina extra-Administração em nada repercute no exercício de suas atribuições institucionais.

Trata-se do que Hauriou, tal como lembrado por Brandão (1951), batizou de “disciplina interna da Administração”. O tratadista francês pretendeu, assim, ajustar a área de incidência da moralidade administrativa cingidamente à própria Administração, sem a opção de ultrapassar-lhe os muros.

Por outro lado, mesmo sem haver relação direta, se de alguma forma a vida privada do servidor lhe causa embaraço na regular execução da função pública, passando a agir de forma desidiosa, improdutivo, insurgida ou até mesmo agressiva, resta possível a aplicação de sanção administrativa, em razão das consequências que os problemas particulares estão a gerar em seu comportamento enquanto agente público.

Destas linhas, conclui-se que a ofensa à moralidade extra-administrativa não mantém, em princípio, relação imediata com as qualidades profissionais do agente público, enquanto nessa condição. Por consequência, não tem o condão de propiciar responsabilização de ordem administrativa ao servidor que comete irregularidades quando da prática de condutas que nada têm a ver com sua condição de agente público.

Esta, entretanto, não é a opção assumida pelo ordenamento jurídico-administrativo, já que o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto nº 1.171, de 1994) insere como elemento integrante da personalidade do agente público seu comportamento na vida privada. Nesses termos, assim rege o inc. VI do anexo do referido Código:

A função pública deve ser tida como exercício profissional e, portanto, se integra na vida particular de cada servidor público. Assim, os fatos e atos verificados na conduta do dia-a-dia em sua vida privada poderão acrescer ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional.

A opção do Código de Ética, em atribuir relevo desmerecido ao comportamento do agente público fora dessa condição, coaduna-se com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual ressalta a relevância da pesquisa da vida pregressa em sede de concurso público para ingresso na Administração.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a Investigação Social não se resume a analisar somente a vida pregressa do candidato quanto às infrações penais que eventualmente tenha praticado, mas também a conduta moral e social no decorrer de sua vida, objetivando investigar o padrão de comportamento do candidato. (BRASIL, 2014).

O posicionamento do Código de Ética, emparelhado ao do Superior Tribunal de Justiça, incompatibiliza-se com o entendimento esposado no neste texto, uma vez que parece mais razoável se estabelecer uma relação de independência entre o perfil comportamental do agente público, enquanto mero cidadão comum ou quando naquela condição.

Ora, se o indivíduo, em sua vida privada, não é merecedor de elogios por seu caráter indomável e/ou hostil, porém enquanto servidor cumpre fielmente seus afazeres funcionais com eficiência, honradez e lealdade, não há como repreendê-lo institucionalmente por circunstância alheia a sua posição no organismo administrativo.

Nesse contexto, punição administrativa em razão de conduta absolutamente estranha às atribuições institucionais do agente público não contaria com respaldo jurídico, por faltar-lhe conexão com os princípios da propor-

cionalidade e da razoabilidade. Primeiro porque a extensão à órbita administrativa da repreensão por conduta meramente privada ultrapassaria os limites da dosimetria sancionatória; segundo, em razão da ausência de bom senso na punição por ato atípico, ou seja, sem vedação legal expressa.

6 ASPECTOS CONCLUSIVOS

O trabalho acadêmico que ora se conclui teve por desígnio a reanálise conceitual do princípio administrativo da moralidade, reapresentando assuntos já consagrados na doutrina, porém sob uma nova ótica, além da exhibir inovadoramente provável conceito inédito, vez que ainda não abordado – pelo menos ao que se tem ciência – na órbita doutrinária administrativa. Trata-se da tripartição conceptual da moralidade nas seguintes vertentes: moralidade comum, administrativa e extra-administrativa.

As duas primeiras mereceram, já, a suficiente discussão doutrinária, apesar não ser a unanimidade dos autores administrativistas a se arriscar na contenda. No que tange à última vertente – a moralidade extra-administrativa – trata-se de conteúdo incomum e talvez inédito, pertinente à necessidade de o agente público manter, ainda que fora dessa qualidade, um alto nível de perfil ético.

O trajeto peregrinado até tal conclusão teve por subsídios formadores os seguintes tópicos:

- a) O clássico embate doutrinário sobre a diferenciação entre a norma jurídica e a norma moral ganhou, neste texto, um novo relevo, pois se estabeleceu didaticamente uma relação diretamente proporcional entre tais espécies de normas e, respectivamente, os princípios administrativos da legalidade e da moralidade;
- b) O princípio da legalidade se bifurca em duas vertentes, a legalidade comum, tutelada pelo art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, e a legalidade administrativa, cada uma com seu conteúdo específico. Neste sentido, enquanto ao particular é possível o comportamento não proibido por lei (legalidade comum), ao administrador

se admite apenas a execução de condutas permitidas por essa mesma lei (legalidade administrativa);

c) O atendimento irrestrito ao princípio da legalidade não é, segundo o Direito Administrativo moderno, suficiente para a plena validade do ato administrativo, pois a moralidade também é elemento condicionante desta validade. Assim, o ato condizente com a legalidade, porém afrontante da moralidade, é passível de declaração de nulidade, seja pela própria Administração (autotutela), seja por meio de controle jurisdicional (controle externo);

d) A moralidade que constitui o elemento conceitual do princípio homônimo não se refere a sua modalidade comum, mas à moralidade administrativa. O principal tema diferenciador entre tais vertentes consiste na finalidade pública, que necessariamente integra esta última modalidade;

e) Porém, a moralidade não se restringe a essas duas vertentes: há uma terceira, humildemente introduzida no cenário acadêmico do Direito Público por este modesto artigo. Trata-se do que se cogmina “moralidade extra-administrativa”, condizente à necessidade – ou não – de o agente público manter, fora da esfera da Administração e na condição de cidadão comum, conduta compatível com o cargo assumido na Administração Pública.

Não obstante o posicionamento diverso em parâmetro normativo – especificamente em referência ao Código de Ética Profissional do Servidor Público – e jurisprudencial, em nível de Superior Tribunal de Justiça e de Tribunal de Contas da União, este artigo se posicionou pela independência entre as esferas administrativa e extra-administrativa da moralidade.

Nesses termos, não cabe à Administração – segundo o módico entendimento esposado nesse trabalho – fazer incidir seu poder disciplinar a agentes públicos por condutas estranhas a suas funções institucionais. Não compete à Administração Pública, de todo o exposto, impor sanções de índole administrativa por comportamento amoral desempenhado pelo administrador em sua vida privada, senão do exercício de suas atribuições institucionais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **Teoria da norma jurídica**. Bauru: Edipro, 2003.

BRANDÃO, A. J. Moralidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 454-467, 1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. 1969. Disponível em: < <http://porteiras.r.unipampa.edu.br/portais/procuradoria/files/2009/07/S%-C3%BAmula-473-STF.pdf> >. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 8 jun. 2016.

_____. **Lei nº 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. Brasília, DF, 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm >. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. **Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994**. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Brasília, DF, 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm >. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm >. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012**. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm >. Acesso em: 24 maio 2016.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão Nº 3252/2012 – TCU – Plenário**. TC 020.493/2003-3. Natureza: Recurso de revisão (em processo de Tomada de Contas Especial). Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 405386, Relator(a): Min. Ellen Grace, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki Segunda Turma, julgado em 26/02/2013, DJe-057, publicado em 26-03-2013 Ement Vol-02685-01 PP-00001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança**: RMS 45229 RO 2014/0062275-4. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/179083925/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-45229-ro-2014-0062275-4>> . Acesso em: 8 jun. 2016.

CAMMAROSANO, M. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DELGADO, J. A. O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, n. 100, p. 19-40, 1992.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVEIRA, L. C. da; SILVA JÚNIOR, M. N. da. O princípio da moralidade na Administração Pública e a matização da distinção entre direito e moral. **Revista FIDES**, v. 4, p. 129-146, 2013.

Controle de Legalidade e Conceitos Jurídicos Indeterminados

Legality Control and Indeterminate Legal Concepts

Antonio França da Costa¹

RESUMO:

Este trabalho aborda a aplicação da lei e os conceitos jurídicos indeterminados. Verifica-se que a certeza que se esperava encontrar na lei, conforme característico de um Estado de Direito, encontra-se comprometida em virtude das imprecisões semânticas presentes em seu texto. Decifrar o conceito é definir o campo de aplicação da norma e, portanto, a abrangência de suas consequências jurídicas. Na busca de critérios objetivos e sindicáveis de uma interpretação válida do conceito indeterminado, partindo do esquema lógico de aplicação da lei apresentado por Karl Larenz, será averiguada a solução por ele proposta para os limites de uma interpretação válida do que ele chama de pautas carecidas de preenchimento. Também será verificado, no âmbito da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, qual o sentido que deve ser dado ao texto legal. Por fim, será abordada uma solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Estado de Direito. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Aplicação da Norma. Teoria Estruturante.

ABSTRACT:

This paper discusses the application of the law and the indeterminate legal concepts. We verify that the certainty that was expected to be found in the text of the law, as characteristics of the rule of law, is impaired because of its semantic inaccuracies. To decipher the concept is to determine the standards application field and, therefore, the scope of its legal consequences. In search of objective criteria that can be investigated by a valid interpretation

¹ Mestre em Direito Público pela UFBA, Professor de Direito Administrativo da Faculdade Ruy Barbosa, Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. E-mail: costaaf@tcu.gov.br

of an indeterminate concept, and from the logical schema presented by Karl Larenz, we will investigate the solution proposed by him to the limits of a valid interpretation, what he calls void guidelines. With Friedrich Müller's structural theory of law, we will also verify what meaning must be given to the legal text. Finally, we will approach a solution presented by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Rule of Law. Indeterminate Legal Concepts. Rule Application. Structuring Theory.

1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito surge como contestação ao poder ilimitado do soberano absolutista. O poder, antes atribuído ao monarca pelo divino para seu exercício na terra, passa a ser uma expressão da soberania popular. “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, s.d., p. 3).

A fórmula encontrada para que todos fossem tratados de forma igual se em situação igual e de forma distinta se em situação distinta foi a submissão de todos à vontade da lei. Mediante o mecanismo da representação e do processo legislativo, a vontade popular, expressa no texto legal, passou a ser o limite para a liberdade dos indivíduos e para a ação dos governantes.

Explica Canotilho (s.d., p. 22) que

a lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de Direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados de legitimação democrática direta. Por outras palavras: a lei emanada dos órgãos da sociedade — os parlamentos — converte-se ela própria em esquema político revelador das propostas de conformação jurídico-política aprovadas democraticamente por assembleias representativas democráticas.

Os arranjos institucionais consolidam a vontade popular, que é expressa pelo texto da lei. A partir daí, o fazer ou deixar de fazer não mais depende do comando ou da intenção pessoal do governante, mas daquilo que se infe-

re do texto da lei. E é esse arranjo, a expressão da vontade popular no texto da lei, que tem por objetivo gerar certeza para os indivíduos: certeza quanto ao pagamento ou não de tributos, certeza quanto à prática de delitos, certeza quanto às sanções cominadas, certeza quanto à propriedade – enfim, um conjunto de certezas que possibilita a cada indivíduo planejar o seu futuro, praticar determinado ato e, com base no texto da lei, esperar uma consequência jurídica.

Esta talvez seja uma das grandes conquistas do Estado de Direito: trazer um grau de certeza para os indivíduos. Ou deveria ser, se a lei não tivesse que ser interpretada no momento de cada aplicação ao caso concreto.

Este trabalho procura abordar os conceitos jurídicos indeterminados e como a sua imprecisão pode comprometer a certeza que se esperava obter com o arranjo legal. Partindo da análise do esquema lógico de aplicação da lei abordado por Karl Larenz (2012), verificaremos o que se tem entendido por conceito jurídico indeterminado e quais as soluções para uma interpretação correta, apontadas por Larenz (2012) e Müller (2008) – no caso desse último, no âmbito de sua teoria estruturante do direito.

Por fim, à guisa de exemplo, abordaremos um acórdão do Supremo Tribunal Federal para verificarmos como foi tratado o tema dos conceitos jurídicos indeterminados naquela decisão.

2 O ESQUEMA LÓGICO DE APLICAÇÃO DA LEI

A ordem jurídica contém regras que sevem como normas de conduta para os cidadãos e também como normas de decisão para os julgadores. Explica Larenz (2012, p. 350) que são características de uma regra, em primeiro lugar, a sua exigência vinculante de comportamento (ou que essa regra seja uma pauta vinculante de julgamento) e, em segundo lugar, sua pretensão de validade para todos os casos semelhantes.

Para Larenz, a regra do direito tem a forma linguística de uma proposição jurídica. Ele distingue proposições jurídicas de proposições enunciativas. As proposições enunciativas contêm afirmações sobre fatos, ou seja, sobre aquilo que se pode afirmar como falso ou verdadeiro. As proposições jurídi-

cas, por sua vez, contêm enunciados sobre o direito vigente. Assim, “não se poderá [...] perguntar se esta proposição jurídica é verdadeira ou falsa, mas somente se é válida, se constitui parte integrante do ordenamento jurídico.” (LARENZ, 2012, p. 351)

As proposições jurídicas são, portanto, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem, e para cumprir suas funções devem ser aplicadas. “Sempre que uma situação de fato concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica C; mais concisamente, para cada caso P vigora C” (Ibidem, p. 358).

Assim, se determinada norma traz um comando que se realiza em determinado fato, vale para o caso a consequência prevista na norma. A isso Larenz (2012, p. 381) denomina de “silogismo de determinação da consequência jurídica”: “nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa, e a premissa menor pela subordinação de uma situação de fato concreta...”.

O processo aqui descrito está longe ser caracterizado como um mero processo de silogismo de subsunção. Isso só seria possível se a premissa maior se tratasse de um conceito, mas,

só se pode falar em um “conceito” em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que “só quando e sempre que” todas as notas distintivas do conceito se apresentarem em algum objeto poderá ser esse objeto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe de objetos por ele designados. A “premissa maior” do silogismo subsuntivo é a definição do conceito, a “premissa menor” é a constatação. (LARENZ, 2012, p. 300).

No processo de subsunção verifica-se se o objeto apresenta todas as notas distintivas presentes no conceito. No entanto, o mais comum é que a premissa maior não se apresente na forma de um conceito, em que estejam em evidência todas as suas notas distintivas, mas na forma de tipo.

As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre

si. Consideradas isoladamente, só têm o significado de sinais ou indícios. O que é decisivo é em cada caso, a sua conexão na realidade concreta. (Ibidem, p. 307).

Diferentemente do conceito, em que se poderia pensar num processo de subsunção, em que a premissa menor se enquadre perfeitamente nos termos trazidos pelo texto, o pensamento tipológico é orientado a valor e sua aplicação se dá por processo de coordenação. “A necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica” (Ibidem, p.309-310). São exemplos expressões como boa-fé, justa causa, relação inadequada, prazo razoável.

Interessa-nos aqui a primeira parte da equação, a determinação do sentido da premissa maior, o ponto de partida para um processo de aplicação da lei e que prevê uma primeira consequência jurídica em abstrato. Se as notas distintivas do fato se amoldam à proposição jurídica, a consequência em concreto se aproxima da consequência em abstrato.

Tomemos como exemplo a aquisição da propriedade urbana pela usucapião. Nos termos do artigo 1.240 do Código Civil (BRASIL, 2002), “aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. Se determinada pessoa preenche de fato os requisitos previstos na premissa maior, deriva daí a consequência jurídica de aquisição da propriedade.

Vejamos, ainda no âmbito da usucapião, o artigo 1.242 do Código Civil (Ibidem): “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

No primeiro exemplo, há exigências tais como a inexistência de oposição e a ocupação ininterrupta que deverão ser comprovadas a partir da averiguação da situação de fato, verificando, por exemplo, se eventual proprietário do imóvel o teria reclamado em algum momento ou se a ocupação tenha sofrido descontinuidade. Explica Larenz (2012, p. 388) que, na maioria dos casos, exige-se um juízo baseado no saber técnico ou em experiências sociais, de maneira que a determinação da consequência jurídica em abstrato é ape-

nas provisória, devendo-se fazer indagações posteriores.

Mas mesmo esse raciocínio somente seria válido “para aquelas proposições jurídicas que conexionam uma situação de fato solidamente esboçada mediante as suas notas características com uma consequência jurídica que é do mesmo modo solidamente esboçada” (LARENZ, 2012, p. 389).

No segundo exemplo, a determinação da consequência jurídica depende antes da determinação de conceitos imprecisos previsto no texto, como “justo título” e “boa-fé”.

Esclarece Larenz (2012, p. 389) que “existem proposições jurídicas que se servem, para a determinação da situação de fato, de um conceito indeterminado, de uma pauta carecida de preenchimento como a ‘boa-fé’ ou ‘razão importante’ e que, por isso, requerem mais do que o processo de subsunção [anteriormente descrito]”.

Tomemos outro exemplo: o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que autoriza a inexigibilidade de licitação para “contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Vejam os seguintes conceitos indeterminados presentes no citado dispositivo – “crítica especializada” e “opinião pública” – que, uma vez decifrados, autorizarão a contratação direta do profissional. As contratações diretas são exceções à regra geral do dever de licitar, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). No entanto, se um profissional contratado, por exemplo, com base em inexigibilidade de licitação, não detiver as características do conceito decifrado pela autoridade competente para o exercício do controle do ato praticado, o agente responsável pela contratação poderá vir a sofrer sanções disciplinares em âmbito administrativo e ser responsabilizado criminalmente, nos termos do artigo 86 da Lei 8666/1993, por inexigir indevidamente o certame, ter suas contas rejeitadas pelos Tribunais de Contas, com a aplicação das respectivas sanções previstas nas leis orgânicas desses tribunais, a exemplo da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 do Tribunal de Contas da União, que prevê, entre outras sanções, multa e inabilitação para o exercício de função de confiança. O agente que praticou o ato indevido de inexigibilidade de licitação poderá ainda responder por ato de improbidade administrativa, no âmbito da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Assim, extrair o sentido do conceito *indeterminação* é definir o verdadeiro sentido da norma. Se, no nosso exemplo, o artista contratado se enquadrar no que o intérprete entenda ser “crítica especializada” ou “opinião pública”, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

3 CONCEITOS INDETERMINADOS NO TEXTO LEGAL

Explica Antônio Francisco de Souza (1994, p. 23) que os conceitos indeterminados dizem respeito a conceitos que trazem consigo um “elevado grau de indeterminação”.

José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 64) pondera que o conceito jurídico indeterminado é

o expediente ao qual o legislador recorre naquelas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

A Lei de Licitações (Lei 8666/1993), por exemplo, entre os casos de inexigibilidade de licitação, elenca a contratação de profissional com “notória” especialização ou de artista consagrado pela “crítica especializada” ou pela “opinião pública”. Na mesma lei, verificam-se casos de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços nos casos de “grave perturbação da ordem” ou em situação “emergencial”. Uma vez preenchido o conceito, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

Bernatzik, em obra publicada em 1886, que se constituiu na primeira manifestação da denominada teoria da multivalência, sustentou que os conceitos indeterminados previstos na lei são aferidos por um complexo processo interpretativo, designado por ele de “discrecionabilidade técnica” – os conceitos indeterminados atribuiriam discrecionabilidade à autoridade administrativa. A teoria da multivalência afirma que “na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário)” (SOUZA, 1994, p. 35-36).

Tese oposta foi levantada por Tezner, fundador da teoria da univocidade, que via na doutrina dos conceitos discricionários uma “inimiga do Estado de direito”. Ele sustentava que “a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença do grau de insegurança da palavra” e que “a aplicação dos conceitos discricionários não deve ficar fora do controle jurisdicional qualquer ‘discricionariedade técnica’”. A teoria da univocidade “defende só existir uma única solução correta (poder vinculado)” (SOUZA, 1994, p. 35-36).

Importante é a observação de Eros Grau (1990, p. 41), para quem não existem conceitos indeterminados, já que a indeterminação não estaria no conceito jurídico, que teria sempre um significado determinado, mas sim nos termos que expressam os conceitos, por isso acha mais apropriado o uso da expressão “termos indeterminados nos conceitos”.

Independente das contradições doutrinárias quanto aos conceitos indeterminados, ao se atribuir a uma expressão contida na lei um status de indefinida ou indeterminada, estaremos reconhecendo a alguém o poder de decifrar o conceito. Apresentar os contornos da expressão dita imprecisa é definir o campo de aplicação da norma e, portanto, as pessoas que serão afetadas pela norma e como o serão. A norma jurídica tem o objetivo de regular as relações sociais, e, portanto, aquele que define os contornos do conceito dito indeterminado está também definindo o alcance da norma, quais pessoas serão atingidas e como elas o serão. Trata-se, em verdade, de manifestação de poder.

Para Antonio Francisco de Souza, a questão que gira em torno dos conceitos indeterminados é saber qual a natureza do poder que é exercido quando se interpreta e aplica esses tipos de conceitos. Em sua obra, assumidamente construída para garantir os direitos dos cidadãos previstos na Constituição, ele apregoa um controle criterioso da administração pelos tribunais, incluindo “a aplicação dos conceitos indeterminados – onde constantemente continuam a ser cometidos graves atropelos aos direitos e interesses garantidos pela Constituição e pela lei em geral ao cidadão” (SOUZA, 1994, p. 15).

Por isso a preocupação em eliminar, o quanto possível, as imprecisões semânticas do texto normativo. Poder-se-ia argumentar que sempre haverá indeterminação, que todas as normas trazem consigo um grau de indeterminação e que elas sempre terão que ser interpretadas. Esse pensamento, contudo, tende a alargar, perigosamente, o poder daqueles que, em última

instância, são legitimados para aplicar a norma.

Nossa Constituição Federal, em sua quadragésima quinta emenda, pretendeu frear a criatividade interpretativa, dando às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em ações de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Mas mesmo as súmulas vinculantes não são suficientes para retirar do ordenamento as incertezas causadas pela utilização dos conceitos indeterminados. Elas mesmas podem conter em seus textos expressões indeterminadas.

4 CONCEITOS INDETERMINADOS: PAUTAS CARECIDAS DE PREENCHIMENTO

Larenz (2012, p. 406-407) aduz aos conceitos indeterminados como “pautas carecidas de preenchimento”. Segundo ele, tais conceitos têm sido concretizados pelos tribunais segundo as pautas de valores fundamentais do ordenamento jurídico – em especial a Constituição, mas também tendo como base pautas valorativas estabelecidas em decisões que o próprio tribunal utiliza como exemplo.

Ele descarta a valoração como um sentimento, como um fenômeno psíquico, como um ato irracional. Para ele, a tarefa do jurista é precisamente a materialização das valorações.

Frente ao filósofo moral, que busca algo de semelhante, o jurista tem neste ponto a vantagem de que a ele as pautas de valoração por que há-de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos, mesmo quando necessitem para a sua ‘aplicação’ de outros atos, como uma concretização. Pelo menos, a direção em que ele deve prosseguir é-lhe, por essa via, traçada. (LARENZ, 2012, p. 410).

Assim, o interprete deve buscar um esclarecimento possível do conceito indeterminado dentro de uma pauta de valoração aceita. Larenz aponta a ideia de sistema interno como norte e limite para uma interpretação válida do conceito indeterminado. Ele destaca a importância dos “princípios étici-

co-jurídicos” para a formação dos sistemas e como “critérios teleológicos objetivos da interpretação”. Os princípios são “pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua força de convicção, podem justificar soluções jurídicas” (LARENZ, 2012, p. 674).

Caso os princípios entrem em rota de colisão entre si, há a solução e a ponderação dos bens envolvidos nos moldes sugeridos por Alexy (2011, p. 93):

Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorreu é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Larenz (2012, p. 389-679) aduz a uma ordem hierárquica interna e, no que tange a ela, “é claro que a Lei fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana que aos bens materiais”. Os princípios se entrelaçam e ora se afastam mutuamente, ora se justificam, num jogo acertado em que o resultado é um arcabouço valorativo que direciona o interprete para uma pauta de valoração que lhe serve de matriz objetiva para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado. O “jogo concertado dos princípios” significa que, no conjunto de uma regulação, os princípios não só complementam, mas também se restringem mutuamente.

Além dos princípios, a nortear uma interpretação válida dos conceitos jurídicos ditos indeterminados, Larenz chama atenção para o fato de que os conceitos jurídicos são determinados pela função.

Se os conceitos procurados hão-de ser úteis para o “sistema interno”, não podem ser unicamente conceitos gerais e abstratos que serão, com o progressivo grau de abstração, cada vez mais desprovidos de conteúdo. Tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regu-

lação com base num princípio determinante é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável. (LARENZ, 2012, p. 686).

Ora, de fato um conceito dito indeterminado não pode ser interpretado como se fosse jogado isoladamente em uma frase. Ele deve ser interpretado tendo em vista os princípios que lhe são subjacentes no sistema e a função que o conceito deve exercer no contexto da regulação em que está inserido.

Os conceitos determinados pela função servem, além disso, para garantir, dentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. (LARENZ, 2012, p. 687).

Assim, por exemplo, no caso da chamada “opinião pública” prevista no artigo 25, inciso III, da Lei 8666/1993, há de se considerar que ela foi inserida num complexo de regulação que disciplina as contratações públicas. Um artista consagrado pela “opinião pública” terá como consequência jurídica a dispensa da disputa para sua contratação pelo Poder Público. A “opinião pública” há de se referir, neste caso, a um consenso em torno das qualidades de determinado artista, que o consagra perante determinado público. Pode ser que em outro contexto de regulação, tendo em vista a função específica da expressão “opinião pública”, ela assuma novos contornos.

Explica Larenz (2012, p. 689) que, “na ótica de Wank, todos os conceitos utilizados numa proposição jurídica são, em última análise, conceitos determinados pela função. Eles serviriam todos a um determinado fim de regulação; este determinaria não só o seu conteúdo como também a sua forma”.

O que se depreende é que o interprete não é livre para dar ao conceito dito indeterminado o sentido que bem lhe aprouver – deve-se valer de uma pauta de valoração, cujo conteúdo deve ser extraído dentro do próprio sistema, conforme os princípios que lhe são inerentes e a função que o conceito deve exercer dentro de um determinado sistema de regulação.

Importante ainda destacar o caráter aberto do sistema, o que possibilita a descoberta de novos princípios, a releitura dos existentes, principalmente quanto ao seu alcance. O sistema é, pois, dinâmico, o que pode trazer renovação para a pauta de valoração. Não significa dizer, contudo, que a pauta

valorativa seja constantemente mudada – podemos nos referir, por exemplo, a princípios que, como o de tratar igual quem se encontra em situação igual, tende a perdurar e se estabilizar no sistema –, mas que a pauta valorativa sofre influência das contingências históricas.

O caráter aberto do sistema não retira a sua coerência como elemento objetivo para aferição do sentido dos conceitos indeterminados, tornando tal aferição objetiva e, portanto, sindicável.

5 ESTRUTURAÇÃO DA NORMA

Friedrich Müller vai mais além, para ele a norma não é apenas o texto da lei, este faz parte do *programa normativo*. Para que a norma efetivamente surja, será necessária a interação do *programa normativo com o âmbito normativo*, o campo de aplicação da norma, a situação fática.

Müller parte do estudo das decisões da Corte Constitucional Federal alemã e constata que, não obstante as declarações daquela corte de estar vinculado à doutrina tradicional de interpretação, se valendo dos métodos de interpretação gramatical, sistemático, teleológico, histórico, verificação da vontade do legislador, o que estaria ocorrendo de fato não seria um simples processo de interpretação de textos legais, mas verdadeiro processo de *construção da norma*.

A teoria proposta por Müller não sugere uma forma de interpretação da norma, mas de construção da própria norma, por isso “teoria estruturante do direito”.

A teoria de Müller propõe a superação da antinomia “ser” e “dever-ser”, presentes na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que se unem para concretizar a norma em cada caso. “A separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma.” (MÜLLER, 2008, p. 151) Não se trata de abandonar o texto da norma, mas, partindo dele, a verdadeira norma somente será concretizada quando em contato com o *âmbito normativo*.

As estruturas dos âmbitos normativos não podem por si pleitear validade nem para o legislador nem para a concretização do direi-

to. Elas devem antes ser transformadas pela decisão do legislativo em ordenamento jurídico válido e ser introduzidas na concretização da norma por meio da questão normativamente guiada, formulada pelo operador do direito (MÜLLER, 2008, p. 174).

Parte-se do texto da lei, o que privilegia a posição do Legislador, mas o seu verdadeiro sentido somente poderá ser atingido a partir da sua interação com o *âmbito normativo*, a partir de sua interação com os fatos que pretende regular. Assim, não só eventual conceito indeterminado no texto da lei, mas todo o texto só teria seu sentido apreendido e convertido em norma a partir de seu contato com a realidade.

Tomemos novamente como exemplo a expressão “opinião pública” presente no art. 25, inciso III, da Lei 8666/1993, a legitimar a contratação direta de artista consagrado. À opinião de que público a lei está se referindo? De certo que deve ser a opinião do público para o qual o artista irá se apresentar. Portanto, à luz da teoria estruturante, o que venha ser efetivamente opinião pública somente seria possível de ser aferido tendo em vista a verificação *in concreto* de para qual público se voltará a apresentação de determinação artista. Poder ser que a opinião pública de determinado grupo não seja a mesma opinião pública de outro grupo, principalmente quando se trata do campo das artes.

6 CASUÍSTICA

Não com intenção de demonstrar um comportamento uniforme do Supremo Tribunal Federal, mas para ilustração, trazemos à baila o Acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.699 Distrito Federal, proferido pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Eros Grau. O Acórdão versou sobre a demissão, mediante processo administrativo disciplinar, de um servidor público do Departamento Nacional de Estrada e Rodagem – DNER, por ter feito uma atualização de uma dívida devida por aquela entidade a uma empresa contratada, valendo-se de índices e métodos supostamente incorretos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o caso, decidiu que não

caberia revisão, uma vez que isso implicaria “incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa.”

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau, no que nos interessa, tratou de fazer a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados. Para ele, “... a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’.” A discricionariedade somente existiria quando atribuída expressamente pela norma jurídica válida. “Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação.”

Assim, os conceitos indeterminados previsto no texto da lei não estariam autorizando o interprete a agir de forma discricionária. Esta somente existe se a lei autorizar ao interprete a realização de escolhas, segundo um juízo de oportunidade e conveniência.

Para Eros Grau, sempre que se fizer interpretação do conceito indeterminado caberá o controle judicial. “Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.”

Observa-se que, para o Relator, os conceitos indeterminados não são uma carta branca para o interprete, mas passíveis de controle do sentido que lhes é atribuído. O Relator aponta ainda, como parâmetro de controle, os valores retores dos princípios, no caso em questão, os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, que regem a atuação da Administração Pública.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. “Indeterminado” o termo do conceito – e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção –, a sua interpretação (interpretação = aplicação) reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

No trecho acima podemos ver que o Relator inclusive nega a característica de conceito aos “conceitos indeterminados”, atribuindo-lhe a ideia de

“noção”, o que se aproxima do “tipo” abordado por Larenz. Também deixa claro que o conceito indeterminado comporta várias interpretações possíveis, cabendo em cada caso, no âmbito do controle, verificar se a escolha foi adequada.

Reconhece-se aqui, portanto, a existência de valores retóricos dentro do sistema que vão nortear as opções do interprete, mas que passíveis de controle.

Há de se esperar que a interpretação do conceito indeterminado seja coerente com o sistema. Seja coerente com os valores consensualmente asentados na Constituição. Conquanto possa haver divergências ideológicas sobre o texto constitucional, ele é o nosso norte e não há dúvidas de que algumas ideologias são afastadas por ele, como, por exemplo, o radicalismo político, seja de direita ou de esquerda, já que temos uma constituição que tem como valor o pluralismo. Também não há que se esperar que o Estado apoie algum radicalismo religioso, já que somos um Estado laico. Não há que se falar em extinção da propriedade privada. Não é necessário discorrer muito para se chegar à conclusão de que as interpretações da norma devem ter como norte a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República.

7 CONCLUSÃO

A construção do Estado do Direito, mormente a partir do positivismo, depositou no texto da lei a certeza de que as arbitrariedades típicas do estado absolutista teriam encontrado seu limite, tomado o texto da lei como a vontade legítima dos cidadãos, expressa por seus representantes legítimos.

Contudo, as imprecisões semânticas do texto legal, em especial quando se trata dos conceitos indeterminados nele contidos, acabam por dar margem para que a arbitrariedade do então monarca absoluto seja substituída pela arbitrariedade do interprete. Encontrar caminhos seguros para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado tem sido um grande desafio para a ciência jurídica.

Há de se registrar, como fez o Ministro Eros Grau no voto do Acórdão analisado neste trabalho, que os conceitos indeterminados não teriam o condão de conferir uma discricionariedade ao interprete que, portanto, fugiria

ao controle judicial. A discricionariedade seria conferida pela lei e não pelas imprecisões nela contida, estas devem ser aclaradas, valendo-se o interprete de critérios objetivos e sindicáveis.

Larenz demonstra que as normas jurídicas que operam com conceitos jurídicos indeterminados não se comportam como meros conceitos ao qual seria possível a aplicação de processo de silogismo simples, segundo o qual a premissa menor se amoldaria à premissa maior e se extrairia daí uma consequência jurídica.

As normas que trazem em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados se comportam como *tipos*. Só seria possível falar em *conceito* se todas as notas distintivas do *conceito* se apresentassem de forma clara no objeto que pretende regular. O *tipo*, por outro lado, esboça uma ideia, uma moldura passível de mais de uma interpretação, onde não se cogita em afirmações de certo ou errado, mas de validade.

Não obstante a possibilidade de mais de uma interpretação, o conceito jurídico indeterminado não é uma carta branca para que o interprete lhe dê qualquer entendimento. Segundo Larenz, a interpretação do conceito jurídico indeterminado, para que seja adequada e tenha validade, deve ser buscada dentro do sistema, tomando como pauta valorativa os princípios éticos-jurídicos e observando a função que o conceito deve exercer dentro do sistema de regulação da qual faz parte.

Müller vai mais além, no âmbito de sua “teoria estruturante do direito”, o texto da lei não seria efetivamente a norma, mas comporia o *programa normativo*, o ponto de partida para a construção da norma, que efetivamente só surgiria do seu confronto com a realidade, que compõe o *âmbito normativo*. Assim, todos os conceitos, inclusive os tidos como indeterminados, só alcançariam o seu verdadeiro sentido em confronto com a realidade.

Pode-se depreender que, tanto para Larenz quanto para Müller, os conceitos indeterminados devem ser aferidos de forma racional, portanto, o sentido que lhe é atribuído seria perfeitamente sindicável.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 jun. 2016.

_____. Lei nº 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. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm>. Acesso em: 9 jun. 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 38, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 30 dez. 2014.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 9 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 24.699-9-DF. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28conceito+adj+indeterminado+e+dnr%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/krphymq>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de direito**. s.d. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

GRAU, E. R. Poder discricionário. **Revista de direito público**, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamago. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: segunda série. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Maumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, A. F. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

O esforço de Kelsen para salvar o positivismo jurídico

Kelsen's effort to save legal positivism

Ana Paula de Oliveira Gomes¹

RESUMO:

Mediante pesquisa bibliográfica, o ensaio científico objetiva estudar o esforço de Hans Kelsen para salvar o positivismo jurídico. Especificamente, há a intenção de: discorrer sobre a relevância dos conhecimentos epistemológicos na identificação e compreensão do problema jurídico; contextualizar a crise enfrentada pelo positivismo jurídico; abordar os distintos momentos científicos do pensamento kelseniano; confrontar a Teoria Pura com a Teoria Crítica do Direito e dar significado às consequências da norma hipotética fundamental desprovida de conteúdo. Conclusão da pesquisa: o Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge ao fim maior da justiça social. Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre na probabilidade de que o Direito esteja a serviço de qualquer regime, seja ele democrático ou ditatorial.

Palavras-Chave: Epistemologia. Teoria Pura do Direito. Hans Kelsen.

ABSTRACT:

By literature research, the aim of this scientific essay is to study Hans Kelsen's effort to save legal positivism. Specifically, it intends: to discuss the importance of epistemological knowledge in identifying and understanding the legal problem; to contextualize the crisis faced by legal positivism; to address the distinct scientific moments of Kelsen's thinking; to confront the Pure Theory of Law with the Critical Legal Studies; and to evidence the consequences of the hypothetical fundamental norm devoided of content. Conclusion of this research: the law, as a cultural and ethical object, converges into the aspiration of

¹ Mestra em direito constitucional. Servidora pública cearense, concursada há mais de 20 anos. E-mail: anapaulace@uol.com.br

social justice. Being distant from this analysis plan is extremely dangerous. It raises the probability that the established law is going to be in service of any regime, democratic or dictatorial.

Keywords: Epistemology. Pure Theory of Law. Hans Kelsen.

1 INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico admite distintos olhares científicos, favoráveis ou contrários, o que instiga o debate acadêmico e justifica a presente pesquisa. Kelsen conseguiu “salvá-lo”? Eis a questão orientadora do estudo.

Em termos gerais, a pesquisa intenciona analisar o esforço desse cientista para preservar a teoria que tanto defendeu. Especificamente, objetiva: discorrer sobre a relevância da Epistemologia na identificação e compreensão do problema jurídico; contextualizar a crise enfrentada pelo positivismo jurídico; abordar os distintos momentos científicos do pensamento kelseniano; confrontar a Teoria Pura com a Teoria Crítica do Direito; evidenciar as consequências da norma fundamental hipotética desprovida de conteúdo. A metodologia utilizada será bibliográfica: realizar-se-ão consultas a doutrinas, ensaios científicos, normas jurídicas, sítios institucionais e outras fontes ou materiais disponíveis.

Sem qualquer pretensão de exaurir o conteúdo, espera-se que o trabalho estimule a discussão acadêmica – a partir de visão transdisciplinar – e que incentive a continuidade de pesquisas, o que se mostra imprescindível ao aprimoramento científico.

2 A RELEVÂNCIA DA EPISTEMOLOGIA NO ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA JURÍDICO

Juridicamente, o termo epistemologia significa de acordo com Silva (2008, p. 538): “o segmento da Filosofia do Direito voltado ao estudo das fontes jurídicas”. Em sentido amplo, trata-se de aplicação filosófica com o propósito de pensar criticamente o conhecimento científico.

Ciência é empreendimento. Experimenta a teoria objetivando resultados, sendo passível de crítica. Opõe-se a dogma – inquestionável. Não é adequado falar em dogmática jurídica, já que dogma e ciência expressam ideias, a priori, divergentes. Epistemologia, pois, visa ao fornecimento de respostas convincentes à resolução do problema posto, a partir de sua melhor identificação. Viabiliza o entendimento do ser. Para Magalhães Filho (2003, p. 17):

Husserl entende que, quando um objeto está em nossa consciência, podemos chegar a sua essência (*eidos*) mediante redução eidética. A redução eidética se dá no momento em que eu submeto o objeto em minha mente a muitas variações, observando, então, aquilo que não sofreu mutações. O elemento que permanece nas alterações é a essência da coisa [...]. Carlos Cossio, utilizando o método fenomenológico de Husserl, chegou à conclusão acertada de que o Direito, enquanto fenômeno existencial, é “conduta em interferência intersubjetiva”. O que Cossio quis dizer é que o Direito é a conduta apreciada pelas interferências na vida de terceiros. É a conduta medida pelo outro.

Nessa linha de pensamento, os conhecimentos epistemológicos colaboram com o processo de formulação de conceitos e definições jurídicos. O conceito, concepção, significa a representação mental da essência. A definição delimita a ideia e indica o gênero ao qual a coisa pertence, o que se mostra indispensável a sua diferenciação. A título de ilustração, cite-se: gênero – ética; espécies – direito e moral. Releve-se que a essência do gênero se transmite às espécies. Direito, se compreendido como gênero, subdivide-se em direito natural e direito positivo.

O direito positivo representa conduta em interferência intersubjetiva medida por normas, a conduta humana é qualificada como lícita ou ilícita. No direito natural, o critério de medição são os princípios, a conduta se qualifica como justa ou injusta. Leciona Vasconcelos (2010, p. 388):

Ao Direito natural compete a preservação dos princípios éticos e axiológicos definidores da dignidade do ser humano; ao Direito positivo, expressá-los e garanti-los através de sua positivação normativa na esfera de convivência social. Assim, o Direito natural, além de prover ideologicamente o segundo, atua como chave de segurança relativamente a sua boa formulação e exercício.

A perquirição do *eidos* e organização do pensamento possuem raízes na Antiguidade grega. Parmênides compreendia a realidade como imutável. Buscava o conhecimento pela essência, por sua permanência. Heráclito defendia o vir a ser, a mudança, a transformação. A partir das lições da Parmênides (razão, relação estática) e Heráclito (dialética, relação dinâmica), Platão concluiu que as coisas mudam no nível dos fenômenos, mas que possuem essência imutável. O desafio do intelecto: tentar compreendê-la.

O mundo das ideias platônico seria conjunto disjunto em relação ao mundo do sensível, da matéria. Posteriormente, a preocupação de Aristóteles foi com a lógica do raciocínio formal, independentemente do conteúdo. O relevante seria aprender a pensar adequadamente.

A partir do século XVIII, a teoria hegeliana resgata a dialética: as coisas mudam porque ocorre o fenômeno da negação. Antítese, a negação da tese, tudo isso ganha importância na construção da síntese. Avançando em termos históricos, Marx compreende a dialética como processo em espiral, não circular: a história como irrepetível, singular.

Registre-se que o Direito consiste em Ciência Social tomada em seu aspecto jurídico. Como trabalha com o discurso, resta, evidenciada, a importância da Epistemologia no seu “teatro de operações”. Nesse diapasão, o próximo tópico analisará a temática do positivismo jurídico, sua crise e a proposta kelseniana.

3 A CRISE DO POSITIVISMO

A teoria de Kelsen, ápice do positivismo jurídico, consistiu em tentativa de superação do próprio contexto histórico em que se encontrava inserida: desenvolvimento da teoria da relatividade por Einstein; consequências do pós I Guerra Mundial (escassez de recursos); declínio do liberalismo econômico; quebra da Bolsa de Valores de Nova York por excesso de oferta. Segundo Silva (2009, p. 185):

A certeza buscada pelo positivismo, cujas raízes transitam de Descartes a Durkheim, acabou por resultar no *mito da neutralidade científica*, em razão de os conhecimentos serem adquiridos por *teorias afirmadas*. Contraponto essencial foi a “desconstru-

ção” representada pela física relativista de Einstein, que trouxe a incerteza e a descontinuidade e significou a *quebra* teórica da certeza em que se baseiam os modelos positivistas. O abalo foi profundo, pois atingiu o fundamental da corrente positivista.

A física atômica identificou que não há mais distinção entre física e metafísica. De acordo com Neffe (2012, p. 14): “Com sua teoria da relatividade e seus trabalhos fundamentais sobre a teoria quântica, ele se tornou o algoz da física clássica, superando-a”. Os estudos desenvolvidos por Einstein irradiaram efeitos nas mais variadas aplicações do conhecimento humano. Kelsen procurou reagir ao cenário de incerteza conceitual, então vigente, por meio da definição de fundamentação autônoma da Ciência Jurídica, independentemente do conteúdo normativo. Eis o positivismo jurídico descritivo kelseniano.

Ao comentar a profunda reforma encampada por Kelsen, Vasconcelos (2003, p. 12) evidencia que ocorreu: “substituição da lógica aristotélica do ser pela lógica kantiana do dever ser”. Em Kant, a teoria kelseniana fundamentou a distinção entre os planos do ser e do dever ser, afastando-se da metafísica. Bessa, citando Reale (1998, p. 188), evidencia:

a distinção entre *ser* e *dever ser* é antiga na Filosofia, mas começa a ter importância mais acentuada a partir da *Crítica da Razão Pura* de Kant. É nesta capital obra que se estabelece, de maneira clara e com todo o peso de seu significado, a distinção entre *ser* e *dever ser*, entre *Sein* e *Sollen*.

De acordo com a teoria kelseniana, o ser não poderia originar o dever ser, sendo a recíproca também verdadeira. Ocorre que o dever ser kantiano possui conotação moral, enquanto o dever ser de Kelsen, sentido estritamente lógico-formal. Com imensa precisão científica, esclarece Bessa (2009, p. 221):

A distinção e mesmo a incomunicabilidade entre ser e dever ser representam pontos basilares da formulação teórica kelseniana, visto que foi a partir destes pressupostos que Kelsen optou radicalmente pelo normativismo e pelo formalismo [...]. Apesar da conclusão pelo normativismo e pela lógica do dever ser para explicar o fenômeno jurídico, Kelsen reconheceu a dificuldade que enfrentaria para se afastar totalmente do mundo do ser, pela tentação que representa a necessidade de se verificar aquilo que ocorre na vida real.

Ele pretendeu pureza para a Ciência do Direito, por meio da eliminação de quaisquer interferências metajurídicas - estas reservadas a outras áreas do saber humano. Outra intersecção com a obra kantiana pertence aos imperativos de conduta (fórmulas, comandos racionais). A doutrina kelseniana precisou a temática da imputação jurídica: liame existente entre o ato praticado pelo sujeito a um efeito (consequência jurídica). O verbo imputar significa atribuir algo a alguém. De acordo com Bessa (2009, p. 222):

Segundo Kelsen [...], as ciências causais regem-se, como o próprio nome denuncia, pelo princípio da causalidade, a saber, se A é, então B é. Já as ciências normativas, entre elas o Direito, seguem o princípio da imputação (se A é, então B *deve ser*). Assim, se alguém comete um determinado crime (se A é), deve ser aplicada a sanção correspondente (então B *deve ser*).

Nessa perspectiva, o problema sociológico importaria ao legislador, não à Ciência Jurídica, que já receberia a norma como produto elaborado. O ser guardaria relação com a natureza, sua regência ocorreria pela causalidade. Quanto à questão da justiça, seria problema da filosofia. Kelsen também afastou a problemática política do estudo do fenômeno jurídico.

À teoria pura, não importava consideração de ordem teleológica ou axiológica, algo que deveria ser tratado pela política jurídica. O núcleo de interesse: a norma. Conforme Vasconcelos (2006, p. 88): “Para Kelsen, a norma é o Direito mesmo”. Sua teoria é positivista e relativista. Positivista enquanto método de abordagem científica, relativista pela consciência de inexistirem valores absolutos. Kelsen refutou qualquer sincretismo metodológico.

Bobbio (1999, p. 31), também positivista, em perspectiva mais contemporânea, não associa Direito exatamente à norma, mas ao ordenamento: “a expressão ‘Direito’ refere-se a um dado tipo de ordenamento”. Ordenamento, enquanto sistema normativo, consiste em conjunto de normas – pelo menos duas.

Afastando-se do modelo kelseniano, adverte Hudson (2007, p. 26): “a existência da Carta de Direitos e Garantias tem aberto caminhos para essa espécie de diálogo constitucional que possa avançar nos direitos, tornando as constituições dinâmicas”. A ideia de norma como instrumento vivo, objetivando a justiça no caso concreto, caracteriza a pós-modernidade, sua complexidade e a sociedade de riscos.

Compreendido o contexto de incerteza conceitual que o positivismo lógico se dispôs a enfrentar, no item seguinte, analisar-se-ão os distintos momentos científicos vivenciados por Kelsen.

4 AS TRÊS FASES CIENTÍFICAS DE KELSEN

Kelsen nasceu no século XIX, em Praga. Sua intensa produção acadêmica transcorreu por mais de 60 anos, sendo autor de centenas de títulos. Faleceu em 1973, nos Estados Unidos. Trata-se de renomado teórico da Ciência do Direito, que muito agregou em termos de cientificismo jurídico.

Kelsen cooperou com a redação da Constituição austríaca, na década de 1920. Concebeu e difundiu o modelo de controle concentrado de constitucionalidade pela via de ação. Idealizou a primeira Corte Constitucional da história europeia – guardião da Lei Maior – que, diferentemente de Carl Schmitt, defendia caber ao *führer* ser o guardião da Constituição. Prevaleceu, em nível mundial, o modelo kelseniano.

Ao estudar Kelsen, percebem-se três distintas fases em sua trajetória científica: a primeira, anterior à II Guerra Mundial, quando publica a Teoria Pura do Direito, sob considerável inspiração kantiana; a segunda – já nos Estados Unidos, onde se refugiou do nazismo – recebeu esperada influência do *common law*; a terceira, não tão nítida, representou uma tentativa de ajustes teóricos. Sobre a Teoria Pura, primeira fase, explicou Kelsen (2006, p. 1):

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria de interpretação.

Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o Direito?

Kelsen expôs o ponto central de concepção (premissa metodológica): a Ciência do Direito haveria que concentrar atenção na descoberta do seu objeto. O dualismo kantiano do ser e do dever ser (categorias científicas e filo-

sóficas) consistiu em estrutura basilar. Para Kelsen, a norma seria ato volitivo da autoridade e abrangeria qualquer conteúdo – a depender da valoração da autoridade. O Direito tornaria lícita ou ilícita determinada conduta.

A ordem social, ou ordem normativa, não poderia ser desprovida de sanções. Subconjuntos da ordem social seriam o Direito (sanções institucionalizadas) e a moral (sanções sociais não institucionalizadas).

A pureza metodológica refuta a possibilidade de outros enfoques do fenômeno jurídico. O Direito é compreendido por Kelsen como ciência formal, lógica, estruturada, permanente, independentemente do conteúdo. Conceitos relevantes: norma primária – norma assecuratória da sanção (juízo hipotético simples e sancionador); norma secundária – a prescrição propriamente dita.

A sanção, na visão de Kelsen, seria essencial ao Direito (eminentemente repressivo, não educativo). O ilícito consistiria em única via de acesso, como pressuposto da sanção, e essa, como consequência do ilícito.

Ao estudar a norma jurídica, não são levados em consideração fato e valor. Há opção metodológica por isolar as influências valorativas do Direito. Diferentemente de Miguel Reale, Kelsen não é tridimensionalista, sua preocupação científica é com a estrutura lógica da norma. Direitos subjetivos são meros reflexos da norma, e inexistem direitos subjetivos inatos.

Sobre a temática da vigência e eficácia da norma jurídica: a vigência guardaria imediata relação com a existência no tempo e no espaço da norma; eficácia se relacionaria à sua aplicação.

A segunda fase de Kelsen expressou o contato com o *common law* americano, primado do costume judicial, que o levou a abandonar a ideia de que a validade normativa dependeria – apenas – da existência e da fundamentação na norma hierarquicamente superior.

Conforme Bessa (2009, p. 234): “Nesta nova fase, a norma que não é dotada de eficácia, portanto, acaba por perder sua força de obrigar, deixa de ser válida”. Restam, abaladas, as premissas de formalismo e pureza.

A teoria kelseniana, na terceira fase, representou a tentativa de formulação dos ajustes teóricos a propósito da dicotomia entre ser e dever ser (*Sein* e *Sollen*). Bessa (2009, p. 232), citando excerto da Teoria Geral das Normas (1986, p. 77), evidencia:

Não se pode explicar pormenorizadamente a diferença entre ser e dever ser. Ela é dada, espontaneamente, à nossa consciência

[...]. Tampouco se pode definir o conceito de *dever ser* como o conceito de *ser*. Mas ninguém pode negar o enunciado: algo é – constitui o enunciado *sobre um ser*, sobre a existência de um fato – é essencialmente diverso do enunciado: algo que *deve ser* – este é um enunciado sobre um *dever ser*, sobre a validade de uma norma; e essa validade é a específica existência da norma, sua existência.

A sentença não consistiria em um *dever ser* para *ser*? Partindo do pressuposto que a norma consiste em *dever ser* (“modelo” do direito), ao incidir, automaticamente, sobre o fato, não seria coerente inferir que o *dever ser* se transformou no *ser*?

A segregação real-ideal, assim como a dicotomia *ser* e *dever ser*, evidenciam a característica idealista da doutrina de Kelsen, pelo que se infere do seu pensamento se aproximar do idealismo platônico. O paradoxo é que a teoria kelseniana rejeitou o direito natural sob a justificativa de seu idealismo e de sua carência de experimentação. Para Kelsen, o Direito não seria *dever ser* axiológico, mas lógico. O próximo item evidenciará críticas aduzidas à teoria.

5 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ESCOLA DE FRANKFURT COMO MOVIMENTO DE OPOSIÇÃO À TEORIA PURA DE KELSEN

Nas duas primeiras décadas do século passado foi criado o Instituto de Pesquisa Social, vinculado à Universidade de Frankfurt, com a proposta de analisar os problemas subjacentes ao capitalismo e sua visão utilitarista. Erige 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 e, principalmente, a corrente normativista do positivismo jurídico, por reduzir o direito à norma – produto de criação exclusivamente estatal, de ato volitivo da autoridade constituída, sendo o ilícito a única via de acesso ao direito. De acordo com Alves-Mazzotti e Gewandsznajder (2002, p. 116-117):

Para os frankfurtianos, o valor de uma teoria depende de sua

relação com a práxis. Isto significa que, para ser relevante, uma teoria social tem de estar relacionada às questões nas quais, num dado momento histórico, as forças sociais mais progressistas estejam engajadas. [...]

É Horkheimer quem delinea os pontos fundamentais da teoria crítica. Em um artigo intitulado “Teoria tradicional e teoria crítica” (1983), publicado pela primeira vez em 1937, apresenta os princípios básicos da teoria crítica, em oposição ao que chama de teoria tradicional, da qual o positivismo seria a expressão mais acabada. Horkheimer expõe aí o conflito entre o positivismo e a visão dialética, denunciando o caráter conservador do primeiro e enfatizando a natureza emancipatória da última.

Os mesmos autores ainda destacam: (2002, p. 118): “Habermas analisaria a oposição entre o positivismo e a teoria crítica em vários outros trabalhos, retomando pontos discutidos por Horkheimer e Adorno e acrescentando outros”. O paradigma positivista, em razão de suas próprias antíteses, é posto em xeque. Segundo Alves-Mazzotti e Gewandsznajder (2002, p. 119):

O refluxo das críticas da Escola de Frankfurt à “ciência tradicional” e o debate que se seguiu à publicação da “Estrutura das revoluções científicas” de Kuhn, ambos ocorridos no início da década de 60, afetaram profundamente a maneira de ver a ciência e seu método, contribuindo para o esgotamento do já combatido “paradigma positivista”.

A cada dia, o Direito se modifica, transforma-se. Ora evoluindo, ora involuindo. Tudo viabiliza o seu processo de aperfeiçoamento, de aprimoramento, pelo que resta evidenciada a sua dialeticidade. Vasconcelos destaca (2006, p. 70) “o tempo da distinção plena entre filosofia e ciência já passou”. Registrem-se também as reflexões de Linard Filho (2009, p. 212):

A relação da ciência com outros conhecimentos (filosofia, teologia, até mesmo a arte) não só foi e é admitida, como tem se mostrado benéfica e inevitável, a despeito da equivocada e epistemologicamente superada concepção positivista de ciência insulada e contemplativo-descritiva.

O Direito é produto humano por excelência, objeto cultural, ciência social aplicada. Mostra-se perigoso reduzi-lo à norma, como o fez Kelsen,

além de compreender a sua interpretação e elaboração como ato eminentemente volitivo da autoridade. A ideia de dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, viabiliza que os valores morais sociais possam tornar-se direitos generalizados, objetivando a construção de uma ordem política mais justa, o que nem sempre expressa o desejo da autoridade.

Não se nega, contudo, que o positivismo jurídico repercutiu (e ainda repercute) no comportamento do julgador legalista, que, não raras vezes, parte da suposta completude do ordenamento, olvidando a realidade social, política e econômica. Cite-se Hespanha (2007):

Ao contrário do que muitos pensam, a certeza do direito, a sua estabilização em soluções mais consensuais e duradouras, passa justamente por aqui, por uma análise profunda e não superficial, apressada ou automática, dos interesses e sensibilidade jurídica em jogo.

A teoria crítica do Direito contesta interpretações eminentemente racionais, mecanicistas, a exemplo do normativismo jurídico garantidor do *status quo* – que expurga o jus naturalismo, cujo fundamento de validade é o ideal de justiça. A única certeza da complexa realidade plural contemporânea é que se vive numa sociedade de incerteza e riscos, o que, há muito, já fora observado pela Escola de Frankfurt e, posteriormente, aprofundado por Beck (1986, p. 11):

En verdad, el siglo xx no ha sido pobre en catástrofes históricas: dos guerras mundiales, Auschwitz, Nagasaki, luego Harrisburg y Bhopal, ahora Chernobil. Esto obliga a ser prudente en la elección de las palabras y agudiza la mirada para las peculiaridades históricas. Hasta ahora, todo el sufrimiento, toda la miseria, toda la violencia que unos seres humanos causaban a otros se resumía bajo la categoría de los “otros”: los judíos, los negros, las mujeres, los refugiados políticos, los disidentes, los comunistas, etc. Había, por una parte, vallas, campamentos, barrios, bloques militares, y, por otra parte, las cuatro paredes propias; fronteras reales y simbólicas tras las cuales podían retirarse quienes en apariencia no estaban afectados. Todo esto ya no existe desde Chernobil. Ha llegado el final de los otros, el final de todas nuestras posibilidades de distanciamiento, tan sofisticadas; un final que se ha vuelto palpable con la contaminación atómica. Se puede dejar fueva la miseria, pero no los peligros de la era

atómica. Ahí reside la novedosa fuerza cultural y política de esta era. Su poder es el poder del peligro que suprime todas las zonas protegidas y todas las diferenciaciones de la modernidad.

A crítica aduzida pela Escola de Frankfurt a teorias reducionistas – entre elas, o positivismo kelseniano – deve ser objeto de reflexão e, com espírito, o próximo item do ensaio analisará as implicações teóricas e práticas da norma fundamental hipotética desprovida de conteúdo.

6 AS CONSEQUÊNCIAS DA NORMA FUNDAMENTAL HIPOTÉTICA SEM CONTEÚDO

A norma fundamental hipotética kelseniana produz o Direito como objeto de conhecimento científico. Consiste no meio pelo qual o estudioso poderá afirmar se uma lei, ato regulamentar ou normativo integram, ou não, a ordem jurídica. Trata-se de ponto de partida, como o *Big Bang* em relação às Ciências Naturais. Segundo Bessa (2009, p. 225): “Estando uma determinada norma construída de acordo com o escalonamento de normas, cujo ápice é a norma fundamental hipotética, significa que é detentora de validade”. Sua eficácia, contudo, depende da observância e aplicação.

Para o modelo kelseniano, a norma é criada por ato volitivo da autoridade. Sua validade é obtida a partir do exame de relação entre normas inferiores e superiores. Inexiste valoração do Direito, há neutralidade. Toda ordem jurídica positiva é detentora de validade independentemente do conteúdo. Em outras palavras, o fundamento de validade constitucional é a autoridade, que determina o conteúdo da Constituição. Esta, por seu turno, obtém o fundamento de validade na norma fundamental hipotética.

Segundo Kelsen (2006, p. 1): “a norma fundamental, que constitui o fundamento de validade destas normas, nem sequer é estatuída através de um ato de vontade, mas é pressuposta pelo pensamento jurídico”. Nessa perspectiva, Direito injusto é igualmente válido – a justiça não representa requisito de validade da norma jurídica. Tem-se uma ficção. A contradição do modelo é exatamente o recurso à metafísica, da qual tanto o estudioso queria se afastar. Com autoridade, adverte Vasconcelos (2003, p. 168):

Não pode a ciência perder-se numa ficção. Tendo em vista as diversificadas funções de tal norma, seu descarte importaria a completa destruição do sistema kelseniano de ciência jurídica, construído com rigor lógico-matemático de geometria. Tombada a pedra central que dá sustentação à pirâmide, todas as demais viriam abaixo num movimento irrefreável de acomodação.

A pirâmide kelseniana é de normas, e não de conceitos. No topo, a Constituição – geral e abstrata. Geral quanto aos sujeitos, abstrata por preceituar em tese no tocante aos fatos. Na base, os negócios jurídicos e a sentença – norma específica e concreta. A norma fundamental hipotética, fruto da abstração humana, como suporte à Constituição, a unidade na pluralidade de normas.

Inferre-se a função nomofilática kelseniana, subdividida em nomoestática e nomodinâmica. Ao considerar o Direito estaticamente, o pesquisador, a partir das normas inseridas no ordenamento, deve confrontá-las entre si, intencionando unidade coerente e sistemática. Pela perspectiva dinâmica, estuda-se o processo jurídico, sua embriogenia e aplicação em termos de formação do conteúdo das normas jurídicas.

Inegavelmente, Kelsen teve o mérito de fixar as premissas lógico-formais a propósito da natureza da norma jurídica. O Direito é situado no mundo do dever ser. Conforme Vasconcelos (2006, p. 83):

A melhor doutrina sobre a natureza da norma jurídica tem suas nascentes na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen. A ele cabe, indubitavelmente, o mérito de haver fixado as premissas lógico-formais do tema. [...] A fim de definir e situar o caráter proposicional da norma jurídica, parte Kelsen da distinção básica entre o mundo do ser, regido por leis de causalidade, e o mundo do dever ser, que se formula por meio de regras ou leis de liberdade. Essa colocação, que viera de Thomasius e de Kant, ele a incorpora a seu pensamento, e, com os filósofos da Escola Neokantiana de Baden, Windelband e Rickert à frente, situa o Direito no mundo do dever ser.

O problema do modelo é que a norma fundamental hipotética pode servir a qualquer regime, comunista, nazista ou democrático. Em outras palavras, de acordo com o modelo kelseniano, poderia ser justificada a violência étnica vivenciada pela antiga Iugoslávia; idem no tocante ao *apartheid* e

pós-apartheid na África do Sul. Justificaria, de igual modo, tanto os regimes pós-soviéticos na Europa oriental, como as ditaduras e as pós-ditaduras na América Latina. Observa Mariano (2011, p. 35)²:

Importa tecer a ressalva, no entanto, que o desprezo pelos valores na teoria kelseniana não induz à conclusão de que Kelsen teria sido adepto dos regimes autoritários, a exemplo do nacional-socialismo alemão. Para ser coerente com a sua teoria formal sobre a validade do direito, ele não desconsiderava o caráter jurídico do direito de países submetidos a regimes autoritários, pois na medida em que as normas são criadas de acordo com os procedimentos previstos, a elas não pode ser negada a qualidade de jurídica.

Merece reflexão identificar a legitimidade com a validade e esta com a legalidade, como faz o positivismo. Sobre a necessidade de conexão entre direito e moral, registrem-se, ainda, as considerações tecidas por Mariano (2011 p. 39-40):

É de se concluir que não assiste razão ao tradicional argumento positivista de Kelsen de que a validade e a interpretação do direito de acordo com os valores éticos, morais ou de justiça, ou sua conexão com os demais sistemas normativos, criam riscos de insegurança e arbitrariedade, pois é justamente a sua abordagem positivista na interpretação que resulta num amplo espaço de discricionariedade ao intérprete.

Demo (2000, p. 26) ressalta: “o conhecimento científico não produz certezas, mas fragilidades mais controladas [...]. Dentro da visão próxima de *Habermas*, poderíamos propor que somente é científico o que for discutível”. O papel da Ciência é se aproximar da verdade. Cite-se Popper (1982, p. 251):

Uma grande vantagem da teoria da verdade objetiva ou absoluta é que ela nos permite dizer – acompanhando Xenófanos – que buscamos a verdade, mas podemos não saber quando a encontramos; que não dispomos de um critério para reconhecê-la,

2 Trabalho publicado por Cynara Monteiro Mariano na Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (2011/1). Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/395/377>>. Acesso em: 7 jun. 2016.

mas que somos orientados assim mesmo pela ideia da verdade como um princípio regulador (Kant ou Pierce o chamariam assim); e que, embora não hajam critérios gerais para reconhecer a verdade – exceto talvez a verdade tautológica – há sem dúvida critérios para definir o progresso feito na sua aproximação.

A partir dessas reflexões, afirma-se que a norma deve refletir a realidade social. O ser (realidade social) representa o modelo do dever ser (norma). Há comunicabilidade. A norma, ao incidir automaticamente sobre o fato, valorado socialmente, produz o direito-relação. Sobre a questão da dialeticidade, observa Vasconcelos (2000, p. 32):

Ser e dever ser são apenas momentos de transição, tanto que o ser dá origem ao dever ser, como o dever ser converte-se no ser, e assim indefinidamente.

Essa dialeticidade entre ser e dever ser tem sentido especial para o conhecimento humano, sendo o homem mesmo um ser de múltiplos contrastes.

Adverte Demo (2000 p. 40-41): “Expurgar da Ciência os valores não é, ao contrário do que se supõe por vezes, ser objetivo, mas deturpar o sujeito e por vezes a realidade, pelo menos a social, neutralizando relações que gostaríamos de ver excluídas”. Kelsen, ao insistir na incomunicabilidade entre ser e dever ser, se isola da vida real, sob pretensão eminentemente teórica. Teoria e prática não são interdependentes? A teoria não aperfeiçoa a prática? De acordo com Marques Neto (2001, p. 51-52):

Ciência é essencialmente teoria. É teoria que constitui o objeto de conhecimento; é através dela que se elaboram os métodos condizentes com a natureza de cada pesquisa; é ela que se aplica nas realizações práticas, técnicas [...]; é finalmente, em função dela que a realidade pode apresentar algum sentido.

A teoria deve estar a serviço do mundo real. Vasconcelos (2000, p. 37) sintetiza a questão da teoria em face da realidade, buscando substrato no pensamento de Edgar Morin - pesquisador da complexidade:

Edgar Morin sumaria tudo que aí ficou dito em frase lapidar, lançada de improviso numa entrevista: As teorias científicas “não

são reflexos do real, mas sim projeções do espírito humano sobre esse real. [...] O que nós captamos do mundo não é o objeto menos nós, mas o objeto visto e observado, coproduzido por nós”.

A pureza científica kelseniana, como se percebe, fundamentou e fundamenta qualquer regime político. Exatamente por esse motivo é extremamente criticada, mormente, após o advento da II Guerra Mundial.

Sobre o assunto, destaca Linard Filho (2009, p. 199): “[...] a contramão em que andou o positivismo, aqui considerado globalmente, de Augusto Comte a Hans Kelsen; da visão reducionista de ciência ao purismo metodológico do Direito, respectivamente”. A Ciência do Direito há que buscar, na Filosofia, fundamentação e legitimidade. De acordo com Vasconcelos (2006, p. 71):

A derrota do positivismo de feição purista, triunfante com Kelsen e sua Escola jurídica, no início do século passado, nada mais significou, sob esse ângulo, senão a vitória da tese da vinculação essencial entre ciência e filosofia, imanência e transcendência. Separá-las constitui ato de violência teórica, tão inconsequente como qualquer prática de força imotivada.

O Direito não se pode isolar em termos de conhecimento, precisa dialogar com outros saberes, objetivando sempre o ideal maior do bem comum e o progresso da humanidade.

7 CONCLUSÃO

O Direito, como objeto cultural e espécie do gênero ética, converge a fim maior: o ideal de justiça social. Refletir sobre essa questão implica pensar a correspondência entre o mundo ideal e o real.

Distanciar-se desse plano de análise é extremamente perigoso. Incorre na probabilidade de que o Direito esteja a serviço de qualquer regime, seja ele democrático ou não, pelo que logo se detecta ser um dos grandes problemas da Teoria Pura de Kelsen: afastar a problemática da justiça da Ciência do Direito.

Kelsen idealizou a norma fundamental hipotética para, simplesmente,

não ter de firmar a ordem jurídica em valores sociais e político-econômicos. Essa ficção jurídica – ou a priori lógico-formal – possuía a missão de garantir neutralidade científica, como se isso fosse possível.

A razão de ser de qualquer teoria consiste em aprimorar a prática, especialmente, no enfrentamento das complexas questões da pós-modernidade – cenário de sociedade plural e de risco. O mérito do positivismo jurídico foi enfatizar a necessidade de segurança jurídica na norma. Nesse aspecto, Kelsen logrou êxito em seu esforço científico, sobretudo, no tocante à repercussão da Teoria Pura do Direito que, até hoje, causa intenso debate, o que se mostra imprescindível à evolução científica.

O problema é que sua teoria fixou o sentido jurídico da Constituição como norma pura, dever ser dissociado de qualquer fundamento político, sociológico, filosófico. Isso se mostra insuficiente para alcançar o Direito em sua totalidade. Reconhecida a insuficiência, autores do porte de Bobbio, um dos grandes intérpretes de Kelsen, gastaram imensa energia no sentido de resgatar o positivismo, a partir da compreensão pela perspectiva do ordenamento jurídico.

Contemporaneamente, o neopositivismo, ou positivismo reflexivo, consubstancia seu refinamento: nova forma de ver o direito positivo, sem olvidar a exigência ética como produto do consenso social à luz dos direitos humanos.

O nazismo alemão, o fascismo italiano, bem como os regimes autoritários no Brasil, serviram-se largamente do positivismo e das conveniências da norma hipotética fundamental desprovida de conteúdo. A sociedade estaria disposta a repetir a(s) experiência(s) histórica(s)?

Kelsen considerou como objeto específico do Direito a norma, mediante eugenia, supostamente, anti-ideológica. Contudo, o Direito não constitui fim em si, mas instrumento, meio de promoção do ideal maior do bem comum. A existência de valores como justiça e segurança jurídica são definidos em nível de cada ordenamento jurídico-político, levando-se em consideração, é claro, as influências internacionais e o primado da vedação ao retrocesso.

Direito natural escrito é direito positivo. Este, se injusto, mostra-se Direito de péssima qualidade. Direito positivo e positivismo jurídico não são termos sinônimos. O ordenamento não pode desconsiderar a constante busca do Direito justo. Não se trata de questão que possa ser desprezada, mas tema de crucial importância.

Por fim, consigne-se a constante necessidade de reflexão sobre a via-

bilidade, ou não, de teorização defensora da incomunicabilidade entre ser e dever ser – doutrina do abismo. Espera-se que nova(s) pesquisa(s) aprofunde(m) o tema em pauta, a partir da investigação da possibilidade de relação da teoria kelseniana com o mundo das ideias platônico.

REFERÊNCIAS

BECK, U. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Tradução Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1986.

BESSA, L. S. A dicotomia ser/dever ser no pensamento de Hans Kelsen. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v. 2, p. 219-240.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Maria Celeste C. L. Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

DEMO, P. **Metodologia do conhecimento científico**. São Paulo: Atlas, 2000.

GEWANDSZNAJDER, F.; ALVES-MAZZOTTI, A. J. **O método nas ciências naturais e sociais: pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Opluralismojuridico\(extracto\).pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Opluralismojuridico(extracto).pdf)>. Acesso em: 12.set.2012.

HUDSON, B. Direitos humanos e “novo constitucionalismo”: princípios de justiça para sociedades divididas. In: CLÈVE, C. M.; SARLET, I. W.; PAGLIARINI, A. C. (Orgs.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro:

Forense, 2007. p. 11-28.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Teoria geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

LINARD FILHO, J. H. A. Aspectos do conhecimento científico, com crítica ao (jus) positivismo. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v. 2. p. 198-218.

MAGALHÃES FILHO, G. B. **A essência do direito**. São Paulo: Rideel, 2003.

MARIANO, C. M. Crítica sintética ao positivismo kelseniano como teoria de interpretação da norma jurídica. **Revista do programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, cidade, v. 31, n. 1, p. 31-41, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/view/395/377>> Acesso em: 07 jun. 2016.

MARQUES NETO, A. R. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEFFE, J. **Einstein: uma biografia**. Tradução Inês Antonia Lohbauer. Barueri: Novo Século, 2012.

POPPER, K. R. **Conjecturas e refutações: o progresso do conhecimento científico**. 2. ed. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SILVA, D. P. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e

Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, J. A. Conhecimento científico: conceito, determinantes e limites. In: VASCONCELOS, A. (Coord.); ARAGÃO, N. R. A.; VIANA, R. N. (Org.). **Temas de epistemologia jurídica**. 1. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009. v.2. p. 167-197.

VASCONCELOS, A. Sobre a coação jurídica: verbete para um dicionário de filosofia do direito. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 385-400, jul./dez. 2010.

_____. **Teoria da norma jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Exigências essenciais da teoria jurídico-científica. **Pensar**, Fortaleza, v.11, n. 1, p. 68-72, fev. 2006. Disponível em: <<http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/776>>. Acesso em: 06 jun. 2016

_____. **Teoria pura do direito: repasse crítico de seus principais fundamentos**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Que é uma teoria jurídico-científica?** Revista da OAB-CE, v. 27, n. 4, p. 27-45, jul./dez. 2000.

Inteligência computacional aplicada ao controle externo da administração pública: aplicações da classificação de padrões utilizando redes neurais artificiais

Computational intelligence applied to the external control of public administration: pattern recognition applications using artificial neural networks

Renan Martins de Sousa¹

RESUMO:

O crescimento do poder computacional e da disponibilidade de grandes bases de dados governamentais tem levado a um crescente interesse no uso da inteligência computacional em áreas ainda não muito exploradas, como as atividades de auditoria relacionadas ao controle da administração pública. Este artigo tem por objetivo mostrar que a capacidade das redes neurais artificiais de classificar padrões pode ajudar as Cortes de Contas a desempenhar suas competências de forma mais eficiente. Aplicações típicas de auditoria estão relacionadas à detecção de fraudes, auditoria de demonstrações contábeis e avaliação de risco, dentre outras. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem realizado diversas ações para desenvolver habilidades relacionadas à análise de dados, dentre as quais se destaca a inauguração de um Centro de Pesquisa e Inovação (CePI).

Palavras-Chave: Controle Externo. Inteligência Computacional Aplicada. Redes Neurais. Classificação de Padrões. Auditoria. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT:

The increase of computational power and availability of large governmental databases have led to a growing interest on the use of computer intelligence in areas not yet much explored, such as auditing activities related to the control

¹ Servidor do Tribunal de Contas da União (TCU), graduado em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e especialista em regulação de serviços públicos de telecomunicações pelo Instituto Nacional de Telecomunicações (Inatel) e União Internacional de Telecomunicações (UIT). E-mail: renanms@tcu.gov.br

of public administration. This article aims to show that the capability of the artificial neural networks of classifying patterns can assist audit courts of account in performing their duties more efficiently. Typical applications in this field include fraud detection, audit of financial statements and risk assessment. The Federal Court of Audit in Brazil (TCU) has taken several actions to develop skills related to data analysis, especially the inauguration of a Research and Innovation Center (CePI).

Keywords: External Control. Applied Computational Intelligence. Neural Networks. Pattern Recognition. Auditing. Federal Court of Audit.

1 INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos observados nas últimas décadas, tanto no que diz respeito à capacidade de processamento computacional quanto à capacidade de armazenamento de dados, aliados à crescente disponibilização de informações, lançam um desafio enorme àqueles que precisam tratá-las e emitir uma opinião com base nesse tratamento.

Segundo *Byrnes et al* (2014), a ciência de dados, da mesma forma, tem avançado enormemente, incorporando teorias, técnicas e aplicações de software de muitas disciplinas, incluindo a análise de dados, inteligência de negócios, matemática e probabilidade, aprendizado estatístico (além do reconhecimento de padrões), visualização de dados e a análise e tratamento de grandes conjuntos de dados, a exemplo da mineração e visualização de dados.

A aplicação dessas teorias pode ser aproveitada pelos órgãos de controle a fim de que eles possam apresentar novos tipos de evidências e realizar auditorias mais focadas, podendo resultar em opiniões mais fidedignas sobre os objetos de auditoria, mesmo quando submetidos a requisitos severos de performance como tempo, precisão e custo.

Este artigo conceitua a classificação de padrões como ferramenta da inteligência computacional aplicada e apresenta, resumidamente, as origens, características e treinamento das redes neurais artificiais, em especial da rede “perceptron multicamadas” (MLP), exemplificando a sua utilização no campo da auditoria. Além disso, informa como o Tribunal de Contas da União (TCU) tem incentivado o tratamento de bases de dados informacionais para

tornar sua atuação mais efetiva, tempestiva e inteligente.

2 O QUE SIGNIFICA CLASSIFICAR PADRÕES?

O reconhecimento automático, a descrição, o agrupamento e a classificação de padrões são ferramentas muito importantes para uma grande variedade de disciplinas da engenharia e das ciências, como: biologia, psicologia, medicina, visão computacional, inteligência artificial e sensoriamento remoto, dentre outras.

Mas o que são padrões? Watanabe (1985 apud JAIN; DUIN; MAO, 2000, p. 4, tradução nossa) define um padrão como “o oposto ao caos; é uma entidade para a qual pode ser atribuído um nome.” A título de exemplo, um padrão pode ser um sinal de voz, uma amostra de DNA, um documento de texto, um vídeo clipe, uma impressão digital, uma palavra escrita à mão etc.

De posse do padrão, seu reconhecimento (ou classificação) pode ser realizado de forma não supervisionada ou supervisionada. Na primeira, o padrão é associado a uma classe até então desconhecida, técnica conhecida como *clustering*. Nesse caso, o problema é de categorização, no qual as classes são definidas pelo projetista do sistema ou são aprendidas com base na similaridade dos padrões. Na segunda, de maior interesse para esse artigo, o padrão é identificado como sendo parte de uma classe pré-definida. A separação de padrões entre as classes pode ser realizada por meio da análise de discriminantes.

Exemplos de aplicações nesse campo incluem *data mining*, classificação de documentos, previsões financeiras, organização e busca em bancos de dados multimídia e biometria, dentre muitas outras.

Em resumo, o reconhecimento de padrões é o estudo de como máquinas podem observar o ambiente, aprender a distinguir padrões de interesse e tomar decisões confiáveis e razoáveis sobre as categorias desses padrões.

O projeto de um sistema de reconhecimento de padrões envolve três macroetapas fundamentais: (i) aquisição de dados e pré-processamento; (ii) representação dos dados e (iii) tomada de decisão. De modo geral, o domínio do problema é quem dita a escolha do método aplicado em cada uma dessas

etapas. Os modelos mais utilizados para tomada de decisão em reconhecimento de padrões são: encaixe no molde (*template matching*), encaixe estrutural (*structural matching*), classificação estatística e redes neurais artificiais.

3 AS REDES NEURAIS ARTIFICIAIS

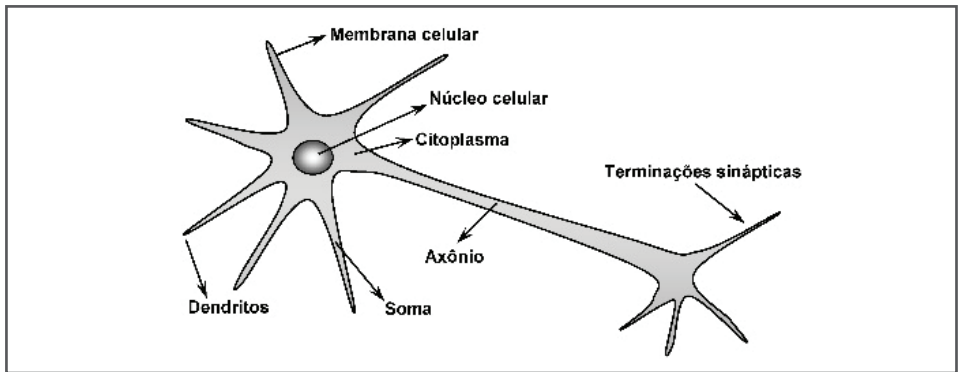
As redes neurais artificiais são sistemas de processamento numérico, compostas pela conexão de uma grande quantidade de processadores simples. Essas interconexões têm inspiração biológica, a saber, no sistema nervoso dos seres vivos. O conceito subjacente a esses sistemas é a de que processamentos complexos podem ser obtidos quando são combinados muitos processadores simples, altamente interconectados, conhecido na literatura como connexionismo.

O connexionismo, que se utiliza de um processamento distribuído e paralelo, em contraposição com o processamento centralizado, representa com alguma facilidade as características dos processos cognitivos, como a capacidade de considerar, simultaneamente, diversas restrições ou de combinar diversas fontes de conhecimento. Consegue representar, além disso, a capacidade de generalização.

Ainda que tenham inspiração biológica, os modelos de redes neurais atualmente existentes não representam aspectos e estruturas amplamente conhecidos da fisiologia cerebral, como a organização espacial dos neurônios e das interconexões e a existência de variados tipos de sinais entre esses “processadores”. Isso se deve à busca do equilíbrio entre a plausibilidade biológica dos modelos e seu tratamento matemático.

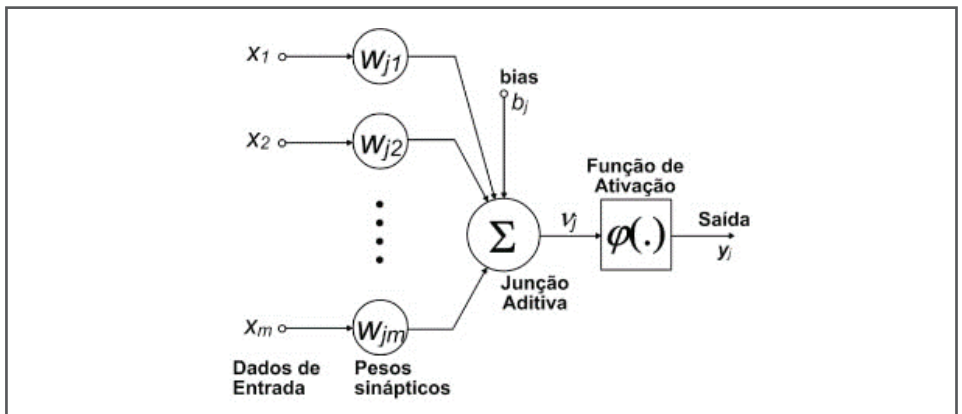
As figuras a seguir ilustram a visão esquemática de um neurônio típico (Figura 1) e uma abstração para fins computacionais (Figura 2):

Figura 1: Neurônio típico.



Fonte: Disponível em: <<http://blogdopetcivil.com/2013/07/05/redes-neurais-artificiais/>>

Figura 2: Modelo não linear de um nó da rede neural.



Fonte: Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-11172011000100009>

Os fundamentos do atual modelo de neurônio e do princípio da associação datam do final do século XIX, nos trabalhos de James (1890). Porém, somente na primeira metade do século XX apareceram os primeiros estudos importantes em relação à capacidade matemática de redes de elementos pro-

cessadores inspirados em neurônios. McCulloch e Pitts (1943) demonstraram que associações desses neurônios artificiais podiam implementar qualquer função lógica finita, o que pode ser considerado o primeiro sucesso teórico do conexismo.

Porém, o passo mais importante quanto ao tema foi dado quando Rosenblatt (1958) introduziu o primeiro modelo neural concreto, chamado de perceptron, que inicialmente tinha apenas duas camadas: entrada e saída. Esse modelo conseguia aprender a classificar padrões a partir de exemplos, mas seu uso foi prejudicado por algumas limitações, expostas no trabalho de Minsky e Papert (1969), causando uma descontinuidade das pesquisas. O ressurgimento do interesse no conexismo ocorreu com o uso do algoritmo de treinamento por retropropagação do erro (*error backpropagation*), apresentado por Mclelland e Rumelhart (1986). Isso permitiu a extensão do perceptron de Rosenblatt para várias camadas (*multi-layer perceptron* - MLP), superando as limitações do modelo original e permitindo o desenvolvimento de aplicações em diversos ramos do conhecimento.

Feito esse breve histórico, faz-se necessário situar as redes neurais artificiais dentro do universo de métodos aplicáveis ao reconhecimento de padrões e descrever algumas de suas principais características.

Embora existam diversas abordagens para o reconhecimento de padrões, são somente de interesse para este artigo as abordagens estatística e neural. Esta tem diferentes princípios de funcionamento, embora utilize modelos equivalentes aos daquela.

Na abordagem estatística, cada padrão é representado por um conjunto de “ n ” características – ou medidas – e visualizado como um ponto no espaço n -dimensional. Segundo Jain, Duin e Mao (2000), o objetivo dessa representação é escolher as características de modo que os padrões (vetores de características) pertencentes a diferentes classes ocupem regiões compactas e bem ordenadas do espaço n -dimensional de características. Assim, a efetividade dessa escolha será maior quanto mais fácil for separar os padrões pertencentes às diversas classes.

Com base em um subconjunto de padrões das variadas classes (training set), o objetivo da abordagem estatística é definir fronteiras de decisão no espaço n -dimensional de características que seja capaz de separar padrões que pertençam às diferentes classes. Na abordagem estatística, as fronteiras de decisão são determinadas pelas distribuições de probabilidade dos padrões,

que devem ser conhecidas ou aprendidas *a priori*.

A abordagem neural, por outro lado, utiliza a análise de discriminantes não lineares, que é uma análise geométrica. As funções discriminantes são construídas pela combinação linear de funções não lineares básicas, tendo a seguinte forma:

$$g(x) = \sum_{i=1}^m w_i \varphi_i(x, u_i) \quad (1)$$

A combinação de x e do vetor de parâmetros u é um produto escalar, ou seja, $\varphi_i(x, u_i) = \varphi_i(x^T u_i)$. A forma da função não linear φ , chamada de função de ativação, é escolhida *a priori* e o procedimento de otimização determina, ao mesmo tempo, os parâmetros w_{ij} e u_i . Em outras palavras, são escolhidas previamente as funções base, mas seus parâmetros são adaptáveis durante a fase de otimização.

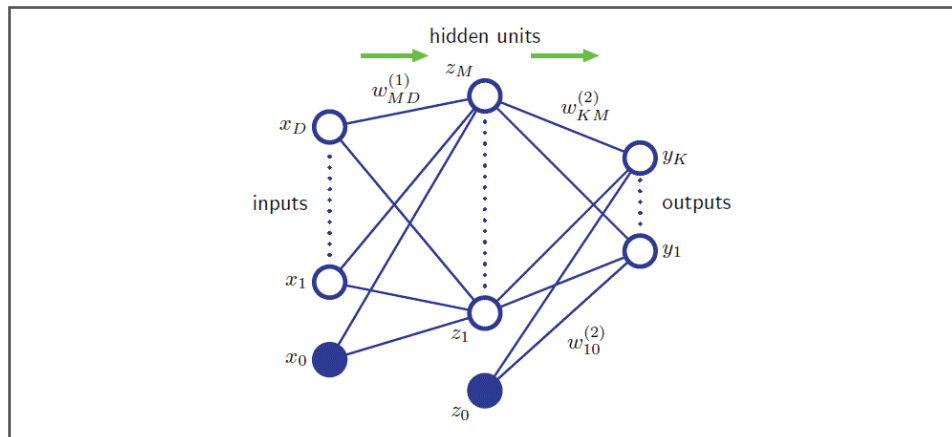
Em suma, as principais características das redes neurais são: (i) habilidade para aprender relações não lineares entre entradas e saídas; (ii) utilização de procedimentos de treinamento sequenciais e (iii) capacidade de adaptação aos dados apresentados.

4 REDE PERCEPTRON MULTICAMADAS (MLP), APRENDIZADO E O ALGORITMO DE RETROPROPAGAÇÃO DO ERRO (ERROR BACKPROPAGATION)

De acordo com Bishop (2006), a rede perceptron multicamadas (MLP) é o modelo mais bem sucedido que utiliza a abordagem neural no contexto do reconhecimento de padrões. Uma rede neural é especificada, principalmente, pela sua topologia, pelas características de seus nós e pelas regras de treinamento.

As redes MLP são organizadas em camadas, ligadas por conexões unidirecionais, como mostra a Figura 3.

Figura 3: Arquitetura de uma rede MLP com uma camada escondida e uma camada de saída.



Fonte: Bishop (2006).

O modelo matemático de uma rede MLP, tal qual a apresentada na Figura 3, pode ser representado pela seguinte fórmula:

$$y_k(x, w) = \sigma \left(\sum_{j=0}^M w_{kj}^{(2)} h \left(\sum_{i=0}^D w_{ji}^{(1)} x_i \right) \right) \quad (2)$$

Na equação (2), as funções de ativação $\sigma(*)$ e $h(*)$ geralmente tomam a forma da função sigmóide, dadas as suas características de representar um mapeamento não linear entre entrada e saída e de ser diferenciável, embora outras formas sejam admitidas, a depender da aplicação.

A combinação linear $\sum_{i=0}^D w_{ji}^{(1)} x_i$, após passar pela transformação não linear $h(*)$, serve como entrada dos neurônios da camada escondida. Esse resultado é combinado linearmente com os pesos $w_{kj}^{(2)}$ e submetidos a uma nova transformação não linear $\sigma(*)$, resultando na saída y_k .

Em resumo, a rede MLP é um mapeamento não linear de um conjunto

de variáveis de entrada $[x_i]$ para um conjunto de variáveis de saída $[y_k]$, controlado por um vetor de parâmetros ajustáveis $[w]$, conhecidos como pesos sinápticos.

O procedimento de aprendizagem (otimização) envolve a atualização dos parâmetros $w_{kj}^{(2)}$ e $w_{ji}^{(1)}$, de modo que a rede neural possa realizar a tarefa de classificação de forma eficiente. No caso da rede MLP, a regra de otimização mais utilizada e difundida é aquela definida pelo algoritmo de retropropagação do erro.

Durante o treinamento com esse algoritmo, a rede opera em uma sequência de duas etapas. Primeiro, um padrão – conjunto de variáveis $[x_i]$ – é apresentado à camada de entrada da rede. O processamento é realizado através da rede, camada por camada, até que a resposta seja produzida pela camada de saída, em um processo iterativo.

Assim, o passo inicial da primeira etapa envolve o cálculo do nível de ativação e das saídas de todos os neurônios da camada escondida e da camada de saída. As saídas dos neurônios da camada escondida fazem o papel de entrada para os neurônios da camada de saída. Em seguida, são calculadas as saídas dos neurônios da camada de saída.

Na segunda etapa, a saída obtida é comparada com a saída desejada para o padrão apresentado, pois a saída desejada já se conhece *a priori*. Se a saída obtida não estiver correta, calcula-se o erro (diferença entre as saídas desejada e obtida), o qual é propagado a partir da camada de saída até a camada de entrada, em sentido inverso. Os pesos das conexões das camadas escondidas vão sendo modificados conforme o erro é retropropagado, utilizando a regra delta generalizada, cuja explicação minuciosa foge ao escopo deste artigo.

Essa etapa envolve o cálculo dos gradientes locais dos neurônios da camada de saída – $\delta_k(t)$ – e da camada escondida – $\delta_i(t)$ – e o ajuste dos pesos de todos os neurônios.

O segundo passo corresponde à atualização dos pesos sinápticos da rede MLP. Dessa forma, para a camada escondida a regra de atualização dos pesos para a próxima iteração é dada por:

$$w_{ji}^{(1)}(t+1) = w_{ji}^{(1)}(t) + \nabla w_{ji}^{(1)}(t) = w_{ji}^{(1)}(t) + \alpha \delta_i(t) x_i(t) \quad (3)$$

Para a camada de saída a regra de atualização dos pesos $w_{kj}^{(2)}$ é a seguinte:

$$w_{kj}^{(2)}(t+1) = w_{kj}^{(2)}(t) + \nabla w_{kj}^{(2)}(t) = w_{kj}^{(2)}(t) + \alpha \delta_k(t) y_k(t) \quad (4)$$

Nas equações (3) e (4), " α " é um dos parâmetros de entrada do algoritmo, conhecida como taxa de aprendizagem.

Em suma, quando um padrão é inicialmente apresentado à rede, ela produz uma saída. Após medir a distância entre a resposta atual e a desejada (erro), são realizados os ajustes apropriados nos pesos das conexões de modo a reduzir essa distância. Depois que a rede estiver treinada e o erro atingir um nível satisfatório, ela poderá ser utilizada como uma ferramenta para classificação de novos dados.

O projeto de uma rede neural e o funcionamento desse algoritmo envolve a especificação de uma série de parâmetros que influenciam decisivamente em seu funcionamento, sua convergência e na capacidade de generalização da rede. Essas são considerações que também não se situam no escopo deste artigo.

O exemplo a seguir ilustra, de forma bastante intuitiva, qual o problema que as redes neurais artificiais do tipo MLP, como classificadores de padrões, buscam resolver. Suponha uma base de dados² que contenha informações de um determinado gênero de flor, chamada Íris. Essa base de dados é composta dos seguintes atributos (características) desse gênero de flor: largura da pétala, comprimento da pétala, largura da sépala e comprimento da sépala. A depender dos valores dessas características, a flor é classificada em uma de três espécies (classes): íris *virginica*, íris *setosa* ou íris *versicolor*. A base de dados tem vários registros e cada um deles associa o conjunto de atributos da flor à sua respectiva espécie, como ilustra a tabela a seguir:

2

Base de dados disponível em <https://archive.ics.uci.edu/ml/datasets/Iris>.

Tabela: Exemplo de apenas três registros de uma base de dados de entrada para uma rede neural MLP

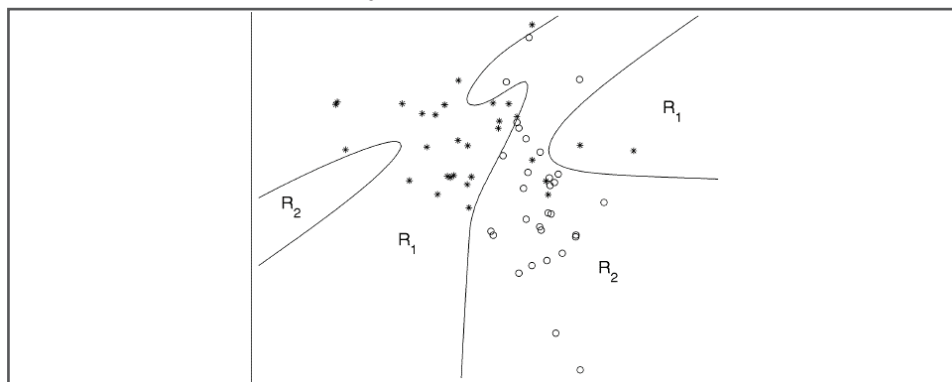
Sépala		Pétala		Espécie
comprimento (cm)	largura (cm)	comprimento (cm)	largura (cm)	
4,8	3,4	1,6	0,2	<i>Iris-setosa</i>
6,2	2,2	4,5	1,5	<i>Iris-versicolor</i>
6,9	3,1	5,4	2,1	<i>Iris-virginica</i>

Fonte: Elaboração dos autores.

A rede neural do tipo MLP é treinada com parte desses registros aleatoriamente escolhidos (*training set*), ou seja, apresenta-se à rede o conjunto de dados de entrada (atributos) e a respectiva classe da flor, com a finalidade de que a rede neural aprenda com esses dados. Após o treinamento, a rede neural passa a ser capaz de classificar, dentre uma das espécies da flor, um novo padrão (conjunto dos quatro atributos da flor) que a ela se apresente, com determinada taxa de acerto.

Para que se tenha uma visualização gráfica da solução de classificação de uma rede neural do tipo MLP, a Figura 4 apresenta as fronteiras ótimas de separação de duas classes de padrões representados pelos símbolos “*” e “o”.

Figura 4: Fronteiras de decisão (R1 e R2) de uma rede neural MLP para classificação de padrões de duas classes.



Fonte: Jain, Duin e Mao (2000).

5 APLICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DE PADRÕES POR MEIO DAS REDES NEURAS ARTIFICIAIS AO DOMÍNIO DA AUDITORIA

Ainda que não seja tão frequente quando comparada a outros ramos do conhecimento, a utilização de redes neurais no campo da auditoria encontra diversos registros na literatura científica, ainda que as referências aqui citadas não sejam resultantes de uma exaustiva revisão.

Calderon e Cheh (2002) analisam estudos publicados em algumas categorias: avaliação de riscos (três estudos), identificação de fraudes e erros (seis estudos), emissão de opinião do tipo *going concern*³ (três estudos), identificação de situações de demasiada exposição a riscos financeiros (três estudos) e previsão de falência (doze estudos). Para esse autor, as redes neurais podem ser superiores a outras técnicas quando os dados estão disponíveis em grandes amostras, a escala de valores a serem analisados é grande e associações entre os dados são pouco definidas e pouco perceptíveis.

Garrity, O'Donnell e Sanders (2006), ao defenderem a auditoria contínua e o uso da inteligência computacional, também destacam aplicações de redes neurais artificiais nas mesmas áreas apontadas por Calderon e Cheh (2002) e Koskivaara (2003).

Cerullo e Cerrullo (2006) analisam o uso de redes neurais para prever a presença de fraudes em demonstrações financeiras, utilizando coeficientes e informações da análise das próprias demonstrações contábeis. Os autores afirmam que as redes neurais processam grandes quantidades de dados para resolver problemas pelo reconhecimento de tendências e de relacionamentos complexos e pouco perceptíveis para outros métodos computacionais.

Taha (2012) justifica o uso de redes neurais no domínio da auditoria e conclui que as redes neurais são melhores do que os métodos estatísticos para o planejamento e execução de auditorias. Na visão desse autor, as redes neurais podem apontar as demonstrações financeiras com maior chance de conter erros substantivos, orientando o auditor sobre a profundidade dos testes de auditoria e oferecendo mais condições de que seja emitida uma opinião mais fidedigna sobre essas demonstrações.

3 Também conhecida como avaliação de continuidade. Consiste na análise do fluxo de caixa de curto e médio prazo de uma operação, negócio ou empresa. Suporta decisões estratégicas de curto prazo com base na geração de caixa e liquidez do negócio. Serve para revelar o fôlego financeiro da empresa para os próximos meses e decidir sobre financiamentos, refinanciamentos, aportes e outros aspectos estratégicos, operacionais e financeiros.

Pourheydari, Nezamabadi-Pour e Aazami (2012) utilizaram quatro técnicas de classificação de padrões para identificar opiniões modificadas⁴ e não modificadas⁵ de auditoria sobre demonstrações financeiras. Embora esse estudo apresente outras conclusões bastante interessantes, seus resultados mostraram que a rede neural do tipo MLP provou ter alta capacidade de identificar diferentes tipos de opinião de auditoria das demonstrações contábeis, obtendo uma taxa de acerto de mais de 87%, considerando as opiniões modificadas e não modificadas em conjunto.

Por fim, *Byrnes et al* (2014) defendem a apropriação das técnicas de análise de dados pelos padrões de auditoria. Na visão dos autores, a evolução tecnológica, a exemplo da computação em nuvem, e o avanço da ciência de dados fornecem subsídios para o aumento da efetividade e da eficiência dos trabalhos de auditoria. Defendem que a incorporação da inteligência computacional permitiria a realização de auditorias contínuas e preditivas, a detecção de fraudes de forma mais efetiva e a emissão de opinião de forma mais segura.

Os autores apontam ainda diversas oportunidades que são potencializadas pelo uso da análise de dados em auditorias financeiras, como: identificação de riscos associados a contratos de auditoria (riscos de falência e fraudes da alta administração); identificação de riscos de erros materiais e realização de testes substantivos e identificação de desconformidades das demonstrações contábeis devido a fraudes.

Essas aplicações são aderentes, quase que em sua totalidade, aos trabalhos realizados pelos órgãos de controle. Ademais, o reconhecimento de padrões, utilizando-se de redes neurais artificiais, pode ser utilizado em diversos outros problemas de auditoria, por exemplo: a identificação de fraudes em processos licitatórios e de concessão de benefícios de programas governamentais, identificação de atos de registro inaptos a registro, bem como ferramenta para auditoria contínua e preditiva dos Balanços Gerais dos entes federativos, objeto da análise anual das contas de governo dos chefes do Poder Executivo em todos os níveis.

4 Opinião com ressalva, opinião adversa e abstenção de opinião sobre as demonstrações contábeis. Necessária quando: (a) o auditor conclui, com base em evidência de auditoria obtida, que as demonstrações contábeis como um todo apresentam distorções relevantes; ou (b) o auditor não consegue obter evidência de auditoria apropriada e suficiente para concluir que as demonstrações contábeis como um todo não apresentam distorções relevantes.

5 É a opinião expressa pelo auditor quando ele conclui que as demonstrações contábeis são elaboradas, em todos os aspectos relevantes, de acordo com a estrutura de relatório financeiro aplicável.

6 FOMENTANDO O USO DA INTELIGÊNCIA COMPUTACIONAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

Já é consolidado o entendimento de que compete ao Tribunal de Contas da União (TCU) não somente o controle de legalidade e conformidade, mas também o controle de eficiência, economicidade, eficácia e efetividade dos atos de gestão daqueles que utilizam, arrecadam, guardam, gerenciam ou administram dinheiros, valores e bens públicos.

Para realizar o controle externo em todas as suas dimensões, o TCU detém diversas competências, insculpidas em normas constitucionais e infraconstitucionais. Essas competências, ao longo do tempo, têm se tornado bastante complexas e variadas, demandando uma atuação tempestiva, focada e inteligente, de forma a otimizar os escassos recursos postos à disposição dos órgãos de controle.

A sociedade, cada vez mais conectada e consciente da necessidade de maior transparência no uso dos recursos públicos, tem demandado, de forma crescente, a disponibilização de bases de dados governamentais. Nesse contexto, o TCU tem se deparado, muitas vezes, com a necessidade de manipular adequadamente essas informações e utilizá-las a fim de auxiliar em sua missão de aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

Foi nesse cenário que a Presidência do TCU, durante a atual gestão, decidiu empreender ações que fomentem o uso da inteligência computacional aplicada ao controle.

Dois direcionadores estratégicos definidos para o Planejamento Estratégico 2015-2021 do TCU, aprovado pela Portaria-TCU 141, de 1/4/2015, destacam-se nesse contexto: (i) usar inteligência de controle para identificar em larga escala riscos de inexecução ou execução inadequada de produtos e serviços e induzir tais práticas aos demais jurisdicionados; e (ii) desenvolver capacidade organizacional ampla para trabalhar com recursos tecnológicos emergentes e analisar grandes bases de dados (*Big Data*).

No nível tático, o Plano de Controle Externo referente ao biênio 2015-2017 define uma linha de ação aderente a esse movimento, qual seja, a de fiscalizar, de forma contínua, a partir do tratamento de dados de bases informacionais, a utilização de recursos públicos, com vistas a detectar e corrigir

tempestivamente possíveis desvios.

Uma destacada iniciativa associada a esse movimento foi a inauguração, em 28/9/2015, do Centro de Pesquisa e Inovação (CePI) do TCU. Essa unidade, que já havia iniciado suas atividades em janeiro de 2015, tem por finalidade fomentar a pesquisa aplicada no TCU e coordenar o Laboratório de Inovação e Coparticipação (coLAB-i).

O coLAB-i tem o objetivo de apoiar projetos inovadores, garantir a gestão do conhecimento de soluções desenvolvidas, coordenar ações de cooperação e promover ações de capacitação e eventos em assuntos na fronteira do conhecimento. Além disso, o coLAB-i, primeiro laboratório de inovação em um órgão de controle, teve o privilégio de já entrar para o seleto grupo que consta no mapa mundial de laboratórios da Nesta, no seu primeiro ano de vida.

Além disso, o TCU tem promovido seminários e cursos de capacitação em análise de dados e a premiação, por intermédio do programa Reconhe-Ser, de diversos projetos que aplicam ferramentas da ciência de dados.

7 CONCLUSÃO

O rápido crescimento da capacidade de processamento computacional e da disponibilidade de grandes bases de dados facilitou o uso de métodos mais elaborados de análise e classificação de dados. Nesse contexto, as técnicas de reconhecimento de padrões, a exemplo das redes neurais artificiais, ganharam destaque em aplicações nos mais variados ramos do conhecimento.

As redes neurais artificiais são sistemas de processamento numérico formados por unidades de processamento altamente conectadas. Essas unidades de processamento, quando ligadas em rede, são capazes de mapear relacionamentos não lineares presentes em grandes bases de dados. Utilizando a teoria da análise de discriminantes não lineares e do algoritmo de retropropagação do erro para treinamento e otimização de seus parâmetros, as redes neurais do tipo perceptron multicamadas são capazes de generalizar o conhecimento adquirido e classificar padrões com altas taxas de acerto.

A classificação de padrões com o uso de redes neurais pode auxiliar os órgãos de controle em todas as etapas de suas auditorias, seja na fase de

planejamento, de execução ou de relatório. Diversos estudos têm apresentado aplicações em avaliação de riscos, identificação de fraudes e erros, avaliação de continuidade (emissão de opinião do tipo *going concern*), identificação de situações de demasiada exposição a riscos financeiros, previsão de falência, identificação de opiniões modificadas e não modificadas de auditoria sobre demonstrações financeiras, dentre outras. O campo de aplicação é vasto e ainda pouco explorado.

A atividade de controle externo, em particular, tem como insumo e produto a informação e o conhecimento, elementos cada vez mais dependentes da tecnologia da informação. O tratamento de dados, para deles extrair informações, é, portanto, condição indispensável para alavancar as atividades de controle em uma sociedade cada vez mais conectada.

Haja vista a escassez de recursos frente aos crescentes desafios das Cortes de Contas, o uso de redes neurais como ferramenta de apoio pode se revelar um instrumento importante para aprimorar a efetividade, a eficiência e até a economicidade dos trabalhos realizados por essas instituições.

O TCU, atento a essa realidade e à necessidade de tornar a sua atuação cada vez mais focada, tempestiva e inteligente, tem incentivado o uso da ciência de dados aplicada ao controle externo por meio de diversas ações constantes de seu Planejamento Estratégico e de seu Plano de Controle Externo. Merece destaque a inauguração, em 28/9/2015, do Centro de Pesquisa e Inovação (CePI).

REFERÊNCIAS

BISHOP, C. M. **Pattern Recognition and Machine Learning**. Springer, October, 2006. Disponível em <<http://www.rmki.kfki.hu/~banmi/elte/Bishop%20-%20Pattern%20Recognition%20and%20Machine%20Learning.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

BYRNES, P.; CRISTE, T.; TREVOR, S.; VASARHELYI, M. **Reimagining Auditing in a Wired World**. AICPA White Paper, August, 2014. Disponível em: <<https://www.aicpa.org/InterestAreas/FRC/AssuranceAdvisoryServices/>>



DownloadableDocuments/Whitepaper_Blue_Sky_Scenario-Pinkbook.pdf
>. Acesso em: 11 nov. 2015.

CALDERON, T. G.; CHEH, J. J. **A roadmap for future neural networks research in auditing and risk assessment**. International Journal of Accounting Information Systems, Volume 3, Issue 4, December 2002, Pages 203-236. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1467089502000684>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

CERULLO, M. J.; CERULLO, V. **Using Neural Network Software as a Foresinc Accounting Tool**. Information Systems Control Journal, ISACA, 2006. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiGn6W76OvKAhULGpAKHV6UCGQQFggdMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.isaca.org%2FJournal%2Farchives%2F2006%2FVolume-2%2FDocuments%2Fjpdf0601-using-neural-network.pdf&usg=AFQjCNGLi7Omn2qs3hPy4lq-cuxU_AYAmoA>. Acesso em: 15 dez. 2015.

GARRITY, E. J.; O'DONNELL, J. B.; SANDERS, L. **Continuous auditing and data mining**. Idea Group Inc., 2006. Disponível em: <<http://www.igi-global.com/chapter/continuous-auditing-data-mining/10596?camid=4v1>>. Acesso em: 7 jul. 2015.

JAIN, A. K.; DUIN, R. P. W.; MAO, J. **Statistical Pattern Recognition: A Review**. IEEE Transactions on Pattern Analysis and Machine Intelligence, v. 22, nº 1, January, 2000. Disponível em: <http://www.cs.indiana.edu/~pre-drag/files/jain_2000.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2015.

JAMES, W. The consciousness of self. **The principles of psychology**, v. 8, 1890.

KOSKIVAARA, E. **Artificial Neural Networks in Auditing: State of the Art**. TUCS Technical Report 509, 2003. Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.67.459&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em: 10 out. 2015.

MCCULLOCH, W. S.; PITTS, W. **A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity.** The bulletin of mathematical biophysics, v. 5, n. 4, p. 115-133, 1943.

MINSKY, M.; PAPERT, S. **Perceptrons.** The MIT Press: Cambridge, MA, 1969.

MCCLELLAND, J. L.; RUMELHART, D. E. **Parallel Distributed Processing. Explorations in the Microstructure of Cognition.** Volume 2: Psychological and Biological Models. MIT Press: Cambridge, MA, 1986.

NESTA. Disponível em: <<http://www.nesta.org.uk/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

POURHEYDARI, O.; NEZAMABADI-POUR, H.; AAZAMI, Z. **Identifying qualified audit opinions by artificial neural networks.** African Journal of Business Management, v. 6, p. 11077-11087, 2012. Disponível em: <http://www.academicjournals.org/app/webroot/article/article1380541005_Pourheydari%20et%20al.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2016.

ROSENBLATT, F. The perceptron: a probabilistic model for information storage and organization in the brain. **Psychological review**, v. 65, n. 6, p. 386, 1958.

TAHA, R O. H. **The possibility of using Artificial Neural Networks in Auditing - Theoretical Analytical Paper.** European Journal of Economics, Finance and Administrative Sciences, Issue 47, 2012. Disponível em: <http://www.academia.edu/1634776/The_Possibility_of_using_Artificial_Neural_Networks_in_Auditing_-Theoretical_Analytical_Paper>. Acesso em: 30 jan. 2016.



Aspectos destacados da implantação do Programa A3P e o desempenho socioambiental no Tribunal de Contas de Santa Catarina – resultados e desafios

Highlighted aspects of the A3P Program implementation and the socio-environmental performance in the Santa Catarina Audit Court – results and challenges

Azor El Achkar, M.Sc.¹

RESUMO:

Em 4 de outubro de 2013 o Tribunal de Contas de Santa Catarina firmou Termo de Adesão com a União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implantar o Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) no âmbito dessa Instituição. Para tanto, foi instituída, por meio da Portaria nº TC-433, de 3 de julho de 2015, a Comissão Gestora do A3P, responsável pela implementação das ações de melhoria do desempenho socioambiental. O primeiro trabalho da comissão foi atualizar o diagnóstico socioambiental, que havia iniciado em 2013. Registre-se que desde 2011 essa corte vem adotando um conjunto de ações e regramentos com vistas a efetivar ações de cunho socioambiental, como processo eletrônico, destinação de resíduos especiais, obrigatoriedade da impressão frente e verso, distribuição de canecas, implementação das contratações sustentáveis, aquisição de coletores coloridos, adoção de papel especial e instalação de bicicletário. Como consequência, o impacto mais significativo dos resultados foi percebido no uso e consumo de papel A4. Em 2012 foram consumidas 4.096 resmas de papel, enquanto em 2013 esse número se reduziu para 2.717, representando decréscimo de 33%. No que tange ao copo plástico de 200 ml (consumo de água), em 2012 foram consumidas 3.056 embalagens com 100 unidades, enquanto em 2013 esse número se reduziu para 2.868, diminuição de 6%. Com relação ao consumo de copos de plástico para café (50 ml), houve redução

1 Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Especialista em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Udesc/ENA e Mestre em Direito Ambiental pela UFSC. Advogado pela OAB/SC. Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal de Contas de Santa Catarina, na área de licitações e concessões E-mail: azor@tce.sc.gov.br

de 6%. A tendência de diminuição de gasto também foi observada em 2014, ano em que foram utilizadas 614 embalagens, consistindo numa diferença de 19% em relação a 2012. A respeito do consumo de água potável, constatou-se que a redução foi significativa em 2014, representando uma diminuição de 12% em relação a 2012 e de 7% em relação a 2013. Com vistas a subsidiar a continuidade da implantação da agenda definida pelo Programa A3P, foi elaborado um conjunto de ações, fundamentadas no resultado da pesquisa de opinião aplicada em 2012, nas informações reveladas pelo diagnóstico e nas normativas de cunho socioambiental promulgadas pela instituição.

Palavras-Chave: A3P. Desempenho. Socioambiental. Tribunal de Contas.

ABSTRACT:

On April 10th 2013, the Santa Catarina Audit Court signed a Declaration of Compliance with the Federal Government, by the Ministry of the Environment, to implement the Environmental Agenda Program in Public Administration (A3P). To this end, it was established, by the Ordinance No. TC-433, from July 3rd 2015, the Management Committee of A3P, which is responsible for implementing the improvement actions of social and environmental performance. The first work of the commission was to update the environmental diagnosis, which had begun in 2013. It must be registered that, since 2011, this court has adopted a set of actions and specific regulations in order to carry out socio-environmental actions, such as electronic process, disposal of special waste, mandatory duplex printing, distribution of mugs, implementation of sustainable procurement, acquisition of colorful collectors, adoption of special paper and bike rack installation. As a result, the most significant impact of the results was in the use and consumption of A4 paper. In 2012 4,096 reams of paper were consumed, while in 2013 this number dropped to 2,717, representing a decrease of 33%. Regarding the 200 ml plastic cup (water consumption), in 2012 3,056 packs of 100 units were consumed, while in 2013 this number was reduced to 2,868, with a decrease of 6%. Concerning the use of plastic coffee cups (50 mL), there was a 6% reduction. The spending downward trend was also observed in 2014, when 614 packages were used, consisting of a 19% difference compared to 2012. Regarding the consumption of drinking water, it was found that the reduction was substantial in 2014, representing a decrease of 12% compared to 2012 and of 7% compared to 2013. In order to support the continued implementation of the agenda defined

by the A3PProgram, a set of actions was developed based on the results of the opinion poll applied in 2012, on the information revealed by the diagnosis and on the socio-environmental regulations promulgated by the institution.

Keywords: A3P. Performance. Socio-environmental. Audit Court.

1 INTRODUÇÃO

A emergência da questão ambiental e sua priorização como política pública inadiável e inarredável vêm obrigando moralmente a instituição e os órgãos públicos a considerá-la como de suma importância. Maior responsabilidade ainda compete aos tribunais de contas, estruturas de natureza político-administrativas, responsáveis pelo controle e fiscalização da aplicação dos recursos públicos, os quais devem dar bons exemplos.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC), desde 2011, vem empreendendo um conjunto de normativas e ações com vistas a mitigar o seu impacto institucional nos recursos naturais. Inicialmente de forma mais acanhada, foi somente em 4 de outubro de 2013 que essa Corte de Contas firmou Termo de Adesão² com a União, por intermédio do Ministério do Meio Ambiente (MMA), com a finalidade de integrar esforços para desenvolver atividades destinados à implantação do Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) no âmbito dessa instituição.

Para tanto, foi instituída, por meio da Portaria nº TC-294, de 22 de maio de 2013, a Comissão Gestora da A3P, responsável pela implementação das ações de melhoria do desempenho socioambiental. Entretanto, as atividades relacionadas ao Programa restaram capitaneadas pelo gabinete da Presidência, de modo que a comissão não conseguiu desenvolver suas atribuições.

Contudo, foi publicada a Portaria TC-433/2015, que instituiu nova Comissão Gestora da A3P, que vem desenvolvendo as atividades desde então. O primeiro trabalho da comissão foi resgatar o diagnóstico socioambiental, que havia iniciado em 2013, depois ficando sem continuidade. Desse modo, foi possível, inclusive, ampliar a base de dados do levantamento, de modo a ser consideradas informações dos exercícios 2012, 2013 e 2014.

Além disso, com relação ao diagnóstico, foram produzidos os seguin-

tes papéis de trabalho, conforme seguem anexados: (a) Matriz de aspectos e impactos ambientais; (b) Matriz de acompanhamento das medidas de controle e mitigação; (c) Matriz de metas, indicadores e monitoramento do resultado das ações; (d) Matriz de controle de produção e destinação dos resíduos gerados; (e) Planilha de dados do diagnóstico.

Desta feita, este artigo tem por objetivo, além de apresentar o Programa A3P, informar as ações implementadas entre os anos de 2011 e 2014, bem como os resultados alcançados, relacionados à redução do impacto ambiental. Além disso, revelam-se os desafios que dificultam ou impedem a ampliação e continuidade do Programa A3P na instituição.

2 SOBRE O PROGRAMA A3P DO MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE

De acordo com a cartilha do Programa Agenda Ambiental na Administração Pública (BRASIL, 2009), em 1999 o MMA instituiu um projeto inédito com vistas à revisão dos padrões de produção e consumo, bem como à adoção de novos modelos de sustentabilidade ambiental nas instituições da administração pública.

O A3P foi criado 2001, com o fito de sensibilizar gestores públicos sobre a importância das questões ambientais, de modo a estimulá-los a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental nas atividades de natureza institucional. Grande desafio do Programa é promover ações de responsabilidade socioambiental integradas à política interna das organizações públicas.

Nesse viés, o A3P está estruturado em cinco eixos temáticos, caracterizados com os seguintes conteúdos:

(a) Uso racional dos recursos naturais e bens públicos – tem como objetivo estimular as instituições a usar com racionalidade os recursos naturais e bens públicos, privilegiando o princípio da economicidade, com o intuito de evitar desperdícios e reduzir o seu consumo. Inclui o uso racional de energia, água, madeira, papel, plásticos e demais materiais de expediente.

(b) Gestão adequada dos resíduos gerados – centraliza esforços na questão dos resíduos sólidos resultantes do funcionamento regular das instituições, estruturando-se na ideia de destinar corretamente a sua disposição final, bem

como de estimular os 5 Rs: repensar, reduzir, reciclar, reaproveitar e recusar.

(c) Qualidade de vida no ambiente de trabalho – tem como escopo facilitar e satisfazer as necessidades funcionais dos colaboradores no desenvolvimento de suas atividades ordinárias, por meio de ações que estimulem o seu desenvolvimento pessoal e profissional.

(d) Sensibilização e capacitação – mira esforços no intuito de criar e consolidar a consciência cidadã relacionada à responsabilidade socioambiental dos colaboradores. Devem ser desenvolvidas ações com o fito de estimular competências institucionais e individuais, para que melhorem seu desempenho laboral.

(e) Compras sustentáveis – idealiza que a administração pública promova a responsabilidade socioambiental em suas aquisições e contratações. Espera-se que, ao definir o que deve ser adquirido, privilegiem-se produtos e serviços que foram produzidos com menor impacto e que apresentem uma melhor relação custo/benefício a médio ou longo prazo, em detrimento do critério simplório do menor preço.

Diante de tais estímulos e desafios, o TCE/SC, com afã de, definitivamente, contribuir para o aprimoramento desse cenário, envidou esforços gradativos para se inserir no âmbito das instituições públicas preocupadas com o viés socioambiental.

3 AÇÕES REALIZADAS PELO TCE/SC ENTRE 2011 E 2014

Em que pese a adesão do TCE/SC ao Programa A3P ter ocorrido apenas em outubro de 2013, desde meados de 2011 essa corte vem implementando um conjunto de ações e regramentos com vistas a efetivar ações de cunho socioambiental na instituição.

Tais medidas, que foram ocorrendo paulatinamente, a partir do final do exercício 2011, tem contribuído para a melhoria dos indicadores escolhidos. Nesse sentido, com intuito de descrever com minúcias o que foi estabelecido, optou-se por informar o rol das medidas, normas, ações e atividades realizadas, no período compreendido entre os anos de 2011 a 2014.

3.1 Ações implantadas em 2011

No final deste exercício, foi promulgada a Resolução nº TC-60 (SANTA CATARINA, 2011), publicada em 02 de janeiro de 2012, que oficialmente criou o processo eletrônico. O objetivo da norma foi autorizar a constituição de processos de fiscalização, apreciação e julgamento de contas e o exercício da função administrativa exclusivamente em meio eletrônico, sem tramitação em meio físico. Os primeiros processos convertidos para tramitar unicamente em meio eletrônico foram os de registros de aposentadoria, pensão, reforma e transferência para a reserva remunerada.

Para 2016 há proposta de que todos os demais processos de competência da Corte Catarinense de Contas passem a tramitar exclusivamente em meio eletrônico, o que contribui decisivamente para a redução do consumo de papel, tanto do jurisdicionado como do órgão de controle externo.

3.2 Ações implantadas em 2012

Esse foi o exercício em que, efetivamente, as ações implementadas causaram um grande “impacto” ao público interno, principalmente porque, antes desse ano, não haviam ainda sido manejadas quaisquer medidas nesse sentido.

Para tanto, por meio da Portaria nº TC-200, publicada em 30 de março de 2012, foi criado grupo de trabalho com a finalidade de planejar e implementar medidas socioambientais na instituição, mediante o Projeto Sustentabilidade no TCE/SC e a logomarca TCE Verde. No total, o grupo de trabalho realizou 12 reuniões, restando extinto em 31 de janeiro de 2013. Sua atuação foi fundamental para o sucesso das realizações empreendidas nesse ano, das quais destacam-se:

- Destinação de resíduos especiais: considerando que o tribunal conta com um setor médico e odontológico, que gera resíduos que não podem ser destinados com o resíduo comum, deu-se continuidade ao contrato, firmado em 2010, com a empresa Proactiva, especializada e autorizada a promover coleta e recolhimento do resíduo especial, incluindo também a destinação adequada a lâmpadas, pilhas e baterias.

- Semana do Meio Ambiente: entre os dias 4 e 6 de junho de 2012, realizou-se a Semana do Meio Ambiente, cuja programação contou com ofi-

cinas, palestras, exibição de filmes e apresentação de cases, envolvendo o público interno. Seu mote tem relação direta com o quarto eixo temático da A3P, no que tange a sensibilização e capacitação.

– Impressão frente e verso: por meio da Portaria nº TC-367, de 4 de junho de 2012, tornou-se obrigatória a impressão de documentos oficiais, relatórios, ofícios, entre outros, no modo frente e verso. Além disso, seu conteúdo dispôs sobre providências visando, por exemplo, a redução e reaproveitamento de papel, à priorização do uso do papel reciclado, à utilização dos sistemas informatizados para compartilhamento de documentos e à diminuição dos espaços ociosos nas páginas.

– Programa carona solidária: por estímulo do grupo de trabalho, foi divulgada uma proposta com vistas a incentivar os colaboradores a oferecer e receber carona para deslocamento ao trabalho, considerando a proximidade de suas residências. Infelizmente o programa não surtiu grandes efeitos.

– Pesquisa de opinião: no segundo semestre de 2012, o grupo de trabalho submeteu aos mais de 500 colaboradores questionário de levantamento e avaliação, com intuito de verificar o grau de comprometimento com a adoção e prática de ações socioambientais, tanto no seu âmbito privado, como no ambiente de trabalho. No total foram recebidas 301 respostas, o que foi bastante significativo. Com base nos resultados consolidados, foi possível inferir que a grande maioria dos servidores tem consciência ambiental e contribui para reduzir seu impacto sobre os recursos naturais.

– Distribuição de canecas: também no segundo semestre, o tribunal adquiriu e distribuiu mais de 500 canecas de porcelana personalizadas para consumo de café e água, com a finalidade de reduzir a demanda de consumo de copos plásticos. A ação foi de grande impacto, com adesão maciça dos colaboradores. Entretanto, questões relacionadas a higienização, tamanho do recipiente e sua conservação acabaram por reduzir os efeitos socioambientais da medida. Pontue-se, ainda, que a decisão para adotá-la foi motivada pelas respostas positivas consignadas na pesquisa de opinião.

– Inauguração da nova sede: em 27 de novembro de 2012, o TCE/SC inaugurou o seu novo prédio-sede, onde passaram a funcionar os gabinetes, algumas diretorias técnicas e todas as diretorias administrativas. O projeto de engenharia e arquitetura contemplou diversos requisitos de sustentabilidade, dos quais citam-se os seguintes: (a) sistema de captação de água da chuva e dos drenos do sistema de ar-condicionado com reaproveitamento para as

descargas dos vasos sanitários dos banheiros coletivos; (b) válvulas de descarga com regulação diferente de vazão; (c) vidros refletivos que reduzem a incidência de luz e carga térmica no interior do edifício e, por consequência, o uso do ar-condicionado e o consumo de energia; (d) termobrisas recheados com poliuretano expandido nas fachadas, de forma a quebrar o efeito da insolação, reduzindo a carga térmica, o uso do sistema de climatização e o consumo de energia; (e) sistema de iluminação de baixo consumo de energia e alto rendimento em todos os pavimentos, combinado com a disposição de janelas e fachadas em pele de vidro que aproveitam ao máximo a iluminação natural; (f) piso elevado em cinco pavimentos de escritório que permitem a flexibilização dos layouts, favorecendo a realização de adaptações ao longo do tempo; (g) sistema de climatização por fluxo variável de gás refrigerante (VRF) 100% inverter, que possibilita o uso setorizado de evaporadoras em cada sala a partir de diversas redes frigoríferas, gerando economia no consumo de energia, se comparado aos sistemas tradicionais; (h) utilização de gás refrigerante ecológico, para, em caso de vazamento, não haver riscos à camada de ozônio; (i) forro executado com cortineiros, permitindo o uso de cortinas/persianas com menor custo de acabamento, cujo material filtra a luminosidade e os raios UVA e UVB, propiciando economia de energia elétrica e conforto visual; (j) sala para separação/triagem de resíduos, estimulando a separação pelos servidores/usuários com vistas à reciclagem; (k) sistema de automação que permite economia de energia ao evitar que sistemas fiquem ligados desnecessariamente; (l) elevadores com acionamento e controle de velocidade e frequência, aliado a um sistema de programação do tipo *TK vision* para adequação do funcionamento com estratégias que contemplam horários de pico e reduzem o consumo de energia. Consigne-se que tais atributos conferem ao órgão grandes possibilidades de aquisição do selo LEED (SOBRE a certificação, 2014) de edifícios sustentáveis, o que ainda não ocorreu.

3.3 Ações implantadas em 2013

Em que pese ter sido o ano em que oficialmente o TCE/SC aderiu ao Programa A3P, foi um ano de poucas ações, tendo em vista que a implementação das ações ambientais foram centralizadas pelo gabinete da Presidência, fragili-

zando a atuação do coletivo que substituiu o antigo grupo de trabalho, extinto em janeiro de 2013. Nesse sentido, destacam-se as seguintes realizações:

– Criação da Comissão Gestora do Programa A3P: com intuito de iniciar a adequação da instituição para adesão ao Programa A3P, foi instituída a Comissão Gestora, responsável pela implementação das ações de melhoria do desempenho socioambiental, nos termos da Portaria TC-294/2013. Entretanto, o grupo reuniu-se apenas uma vez, o que inviabilizou o estabelecimento de rotinas e a implementação de ações.

– Semana do Meio Ambiente: nos dias 6, 7 e 10 de junho, realizou-se a Segunda Semana do Meio Ambiente, a qual contou com a realização de palestras, oficinas, visitas guiadas, distribuição de mudas e exibição de filmes. O evento teve uma boa adesão, contribuindo para a sensibilização dos colaboradores quanto à temática ambiental.

– Publicação do Termo de Adesão ao Programa A3P: o Termo de Adesão ao Programa restou publicado no Diário Oficial de União em 04 de outubro de 2013, registrando o acordo voluntário firmado entre o MMA e o TCE/SC. A partir dessa data, e por um prazo de cinco anos, o órgão catarinense de controle externo estava oficialmente vinculado ao A3P, estando moralmente incumbido de desenvolver projetos, ações e atividades destinados à sua implantação, considerando os seus cinco eixos temáticos.

3.4 Ações implantadas em 2014

Em que pese a inatividade da Comissão Gestora da A3P, esse exercício foi verdadeiramente marcante para a cultura organizacional da instituição. O ano foi marcado pelo retorno de medidas de médio impacto e longa duração, contribuindo sobremaneira à melhoria do desempenho socioambiental. Nessa toada, destacam-se as seguintes ações:

– Contratações sustentáveis: por meio da Resolução nº TC-90, de 7 de maio de 2014, foram estabelecidos critérios destinados à defesa do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável nas contratações de bens, serviços e obras no âmbito do TCE/SC, restando aprovado, também, o Guia de compras sustentáveis. Trata-se de norma pioneira no âmbito dos tribunais de contas brasileiros, estando à frente até mesmo do Tribunal de Contas da União. Seu conteúdo serve como guia de uso diário e contínuo do

setor de comprar, podendo ainda ser adotada pelos órgãos jurisdicionados.

– Aquisição de coletores coloridos: em outubro foram adquiridos 68 coletores coloridos, nas cores azul e vermelho, com a finalidade de orientar e estimular os colaboradores a segregar os resíduos entre papel e plástico, auxiliando na sua destinação final. Além disso, deixa-se de misturar o resíduo reciclável daquele considerado rejeito ou orgânico. A única questão é que a sua distribuição contemplou apenas os locais em que se situam os gabinetes e algumas diretorias administrativas, de modo que não foi possível disponibilizar os coletores nas diretorias técnicas. Dessa feita, o efeito da ação foi bastante acanhado.

– Adoção de papel especial: após diversas e frustradas tentativas de utilização do papel reciclado, foi adotado, para uso interno e externo, o papel branco elaborado a partir do bagaço da cana de açúcar. A sua matéria-prima é proveniente de rejeito de processo produtivo, contribuindo para uma adequada destinação do que seria depositado em aterros sanitários. A questão do papel reciclado, que foi utilizado por dois anos, resultou em dificuldades relacionados ao atolamento do papel (resíduos contaminantes ocasionando problemas nas impressoras) e à baixa durabilidade da impressão. Dessa feita, seu uso foi descartado.

– Bicicletário: visando a estimular o uso da bicicleta como meio de locação ao trabalho, foram realizadas adequações num dos andares de garagem do prédio-sede com vistas à instalação de bicicletário, comportando até vinte bicicletas. A iniciativa teve pequena adesão, de modo que, em média, cinco a oito bicicletas são diariamente encontradas no local.

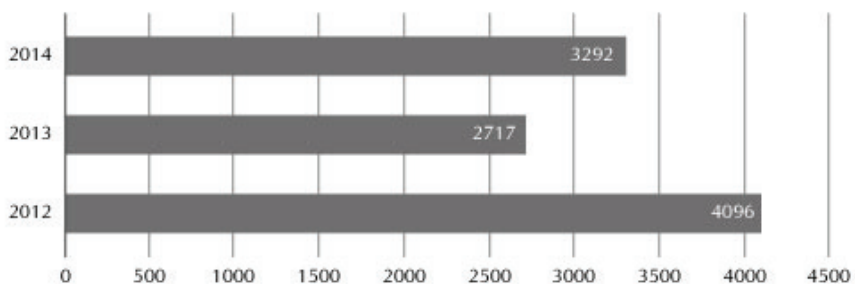
– Uso da fonte Garamond: por meio da Portaria nº TC-763, publicada em 16 de dezembro de 2014, que alterou a Portaria nº TC-367/2012, determinou-se a priorização do uso da fonte Garamond para impressão de relatórios, votos e demais documentos. Essa questão foi resultante de sugestão da Conselheira Substituta Sabrina Nunes Locken, com base em recomendação de designer, após a publicação de estudo comprovando que a Garamond, por ser serifada e mais fina, utiliza menos tinta das impressoras.

Após a consolidação das medidas e ações adotadas, foi possível mensurar e aferir se, de fato, houve algum impacto no que tange à melhoria do desempenho socioambiental do TCE/SC.

4 RESULTADOS ALCANÇADOS APÓS ADOÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOAMBIENTAIS

O impacto mais significativo dos resultados das medidas socioambientais implementadas no TCE/SC foi percebido no uso e consumo de papel, formato A4. De acordo com o Gráfico 01, em 2012 foram consumidas 4.096 resmas com 500 unidades de papel A4. Em 2013 esse número reduziu para 2.717, representando uma redução de 33%.

Gráfico 1: Consumo de papel

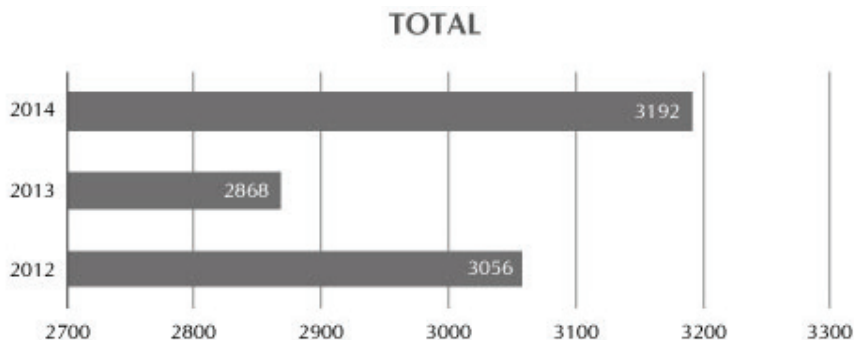


Fonte: Comissão Gestora da A3P.

Em termos monetários, não houve redução, visto que em 2013 foi adotado o papel A4 do tipo reciclado, com valor superior ao tipo comum. Assim, em 2012 foi dispendido o montante de R\$ 29.394,60 e, em 2013, o valor de R\$ 32.201,61. Já em 2014, houve um aumento de consumo na ordem de 21%, acarretando um gasto de R\$ 33.235,00.

No que tange ao consumo de copos de plástico de 200 ml, para consumo de água, o Gráfico 2 aponta que, em 2012, foram consumidas 3.056 embalagens com 100 unidades, enquanto em 2013 esse número se reduziu para 2.868, representando uma diminuição de 6%. Em termos monetários, a redução foi de 19%. Em 2014 o consumo voltou a aumentar, inclusive ultrapassando o quantitativo total de 2012.

Gráfico 2: Consumo de copos plásticos de 200 ml

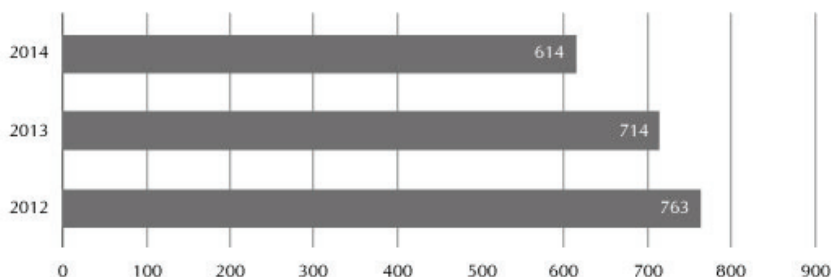


Fonte: Comissão Gestora da A3P.

Com relação ao consumo de copos de plástico de 50 ml, para consumo de café, o Gráfico 3 revela, novamente, redução de consumo entre os anos de 2012 e 2013. Enquanto no primeiro ano o consumo foi de 763 embalagens com 100 unidades, no ano seguinte o consumo foi de 714, representando uma redução de 6%.

A tendência de diminuição de gasto também foi observada em 2014, ano em que foram utilizadas 614 embalagens, consistindo numa diferença de 19% em relação a 2012. No que tange ao impacto financeiro, de 2012 para 2013 houve uma redução de gasto de 8% e, para 2014, a redução foi de 21%.

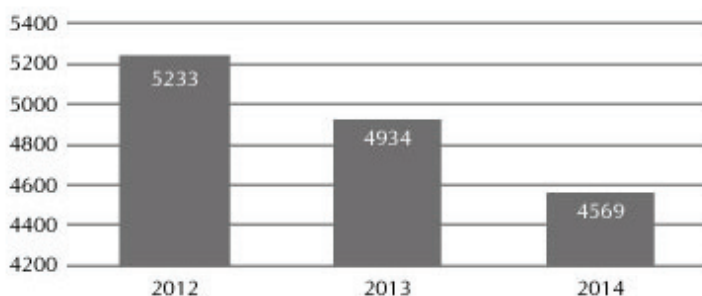
Gráfico 3: Consumo de copos plásticos de 50 ml



Fonte: Comissão Gestora da A3P.

A respeito do consumo de água potável distribuída pela Companhia Estadual de Águas e Saneamento (Casan), observa-se que, de acordo com o Gráfico 4, em 2012 foram utilizados 5.233 m³, enquanto em 2013 esse número foi da ordem de 4.934 m³, equivalendo a uma redução de 5%. Constatou-se que a redução foi ainda mais significativa em 2014, representando uma diminuição de 12% em relação a 2012 e de 7% em relação a 2013.

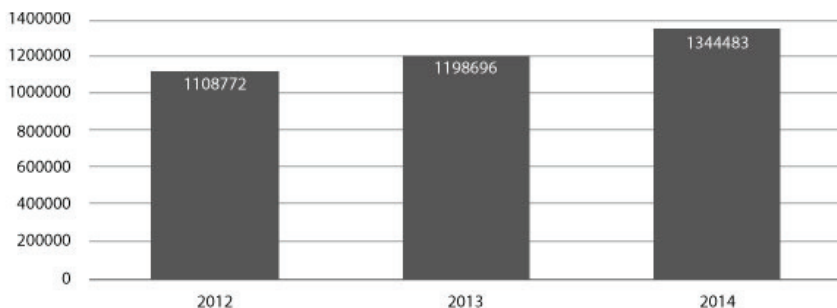
Gráfico 4: Consumo de água potável



Fonte: Comissão Gestora da A3P.

Por fim, com relação ao consumo de energia elétrica, o Gráfico 5 demonstra que ao longo dos anos de 2012, 2013 e 2014 não houve redução, de modo que o aumento de 2013 referente a 2012 foi de 8% do kWh, enquanto o aumento de 2014 em relação a 2013 foi de 12% do kWh.

Gráfico 5: Consumo de energia elétrica



Fonte: Comissão Gestora da A3P.

Em que pese não terem sido considerados outros indicadores, entendeu-se que os escolhidos são os que mais têm condições de ser manejados e controlados por meio das medidas socioambientais. Além disso, considerando que o “marco zero” foi agosto de 2015, a cada novo período de 12 meses deverá ser efetuada nova avaliação, com intuito de acompanhar a evolução dos indicadores.

Pontue-se, ainda, que os dados apontados têm relação direta com o primeiro eixo do Programa A3P, no que tange à necessidade de uso racional dos recursos naturais e bens públicos. Outro dado interessante, mas que precisa ser mais bem equacionado pelo TCE/SC, relacionado com a gestão adequada dos resíduos gerados, segundo eixo temático do programa, é a quantidade de resíduo considerado rejeito e orgânico frente àquele considerado reciclável.

Constatou-se que, em média, são gerados 376 kg/dia de resíduos classificados como rejeito e/ou orgânico, e somente 25 kg/dia de resíduos sólidos recicláveis. Atualmente, a Comissão Gestora da A3P vem trabalhando com intuito de alterar essa proporção, visto que a ausência de coletores específicos em todas as unidades internas não contribui para os adequados descarte e segregação do resíduo gerado pelos colaboradores.

5 PROPOSTA DE AÇÕES FORMULADAS PELO COMISSÃO À ATUAL GESTÃO

Com vistas a subsidiar a continuidade da implantação da agenda definida pelo Programa A3P no TCE/SC, foi elaborado um conjunto de ações, fundamentadas no resultado da pesquisa de opinião aplicado em 2012, nas informações reveladas pelo diagnóstico e nas normativas de cunho socioambiental promulgadas pela instituição.

As medidas contemplaram os cinco eixos temáticos do Programa A3P, reunidas na matriz de propostas, conforme revela o Quadro 1:

Quadro 1: Matriz de propostas para implantação da A3P

TEMAS	ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS	PROPOSTAS
Uso racional dos recursos naturais e bens públicos	– Diretoria de Administração e Finanças (DAF) – Diretoria de Informática (DIN)	(a) Eliminar impressão de relatórios técnicos para fins de revisão, por meio da implementação total do e-Proc nos órgãos de controle. (b) Digitalizar e automatizar documentos e processos administrativos internos, incluindo requisições, solicitações, informações e memorandos, com a instalação completa do Sistema Administrativo e Pedagógico (Siap) Eletrônico ou de um similar. (c) Implantar integralmente o processo eletrônico em todos os processos de fiscalização e afins. (d) Disponibilizar permanentemente blocos de rascunho e clipes, com a divulgação dos pontos de distribuição, na gráfica do 5º andar. (e) Eliminar guias impressas de tramitação de processos, por meio da automatização do sistema de tramitação, com a instalação completa do Siap Eletrônico ou de um similar. (f) Adquirir e fornecer copo/garrafa para tomar água. (g) Buscar a certificação LEED do prédio novo. (h) Adquirir e instalar o software Ecofont como oficial para relatórios e documentos internos.
Gestão adequada dos resíduos gerados	– DAF	(a) Adquirir 15 conjuntos de coletores coloridos, nas cores azul (papel), vermelho (plástico), verde (vidros e metais). (b) Utilizar as lixeiras de cada servidor, instaladas embaixo das mesas, apenas para rejeito (resíduo sujo) e orgânico (erva mate, restos de comida), devendo ser confeccionados 500 adesivos com orientação.
Contratações sustentáveis	– DAF (Fernanda)	(a) Adotar permanentemente as orientações para aquisição de produtos sustentáveis, conforme dispõe a Resolução TC-90/2014 e o Guia de compras sustentáveis.
Qualidade de vida no trabalho	– Diretoria de Gestão de Pessoas – DGP	(a) Avaliar permanentemente a ergonomia dos colaboradores.
Sensibilização e capacitação dos servidores do Órgão	– Assessoria de Comunicação Social – ACOM – Instituto de Contas – ICON – DIN – Diretoria Geral de Controle Externo – DGCE	(a) Fazer palestra motivacional com Recicleide e Cristal do blog Um ano sem lixo. (b) Fazer palestra motivacional com Bike Anjo e Pedal Glamor (oficinas sobre mecânica de bicicletas) no dia 22 de setembro, em que se comemora o Dia Mundial sem Carro. (c) Criar e implementar frase automática no sistema de e-mail sobre sustentabilidade. Por exemplo, “O TCE tem gestão socioambiental. Antes de imprimir este e-mail, reflita sobre sua responsabilidade com o meio ambiente”. (d) Criar campanha pontual e permanente para divulgação dos locais em que é possível descartar pilhas, baterias (Proactiva), material eletrônico (CDI) e óleo de cozinha usado (ACIF). (e) Rotinizar a veiculação de matérias socioambientais, com o estabelecimento prévio de pautas (diagnóstico, normativa ambiental no TCE, servidores-exemplo). (f) Criar campanha para desligamento dos equipamentos ao final do expediente. (g) Criar hotsite no portal do TCE para notícias e ações socioambientais. (h) Elaborar resolução para os jurisdicionados recomendando a adoção de práticas de governança e sustentabilidade. (i) Elaborar manual de auditoria de governança e sustentabilidade.

Fonte: Comissão Gestora da A3P.

Consigne-se, como oportuno, que diversas medidas já foram implementadas em 2015, como a palestra motivacional com Bike Anjo e Pedal Glamor (oficinas sobre mecânica de bicicletas) no dia 22 de setembro, em que se comemora o Dia Mundial sem Carro; a campanha pontual e permanente para divulgação dos locais em que é possível descartar pilhas, baterias, material eletrônico e óleo de cozinha usado; a disponibilização permanente de blocos de rascunho e clipes, com a divulgação dos pontos de distribuição, na gráfica do 5º andar.

Outras medidas têm previsão para ocorrer ainda em 2016, como a implantação integral do processo eletrônico em todos os processos de fiscalização e afins. As demais estão em fase de gestação, como a busca pela certificação LEED do prédio novo e a avaliação permanente de ergonomia dos colaboradores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mudar a cultura organizacional de órgãos e instituições públicas é o maior desafio para o sucesso da implantação de programas de cunho socioambiental, a exemplo do A3P. Além da estrutura hierarquizada, que dificulta a adoção de métodos cooperativos e colaborativos, essenciais para adesão universal às ações e medidas propostas, o pensamento arraigado e comodista de antigos e novos colaboradores também dificulta a absorção e aceitação de novas ideias e propostas.

Ainda que exista o comprometimento da alta administração, em níveis gerenciais e operacionais as práticas consolidadas se contrapõem à inovação e ao fazer diferente. As medidas relacionadas com a doação de canecas, com o estímulo ao recolhimento de resíduos e com a utilização dos sistemas informatizados demonstram quão persistentes devem ser aqueles incumbidos na missão de propor e implementar ações de cunho socioambiental.

Não resta dúvida, portanto, que o sucesso da adoção das ações relacionadas ao Programa A3P, ou a quaisquer outros com os mesmos propósitos, perpassa a constante sensibilização dos colaboradores, com intuito de imprimir a eles as necessárias mudanças de hábitos e atitudes.

Do ponto de vista operacional do programa, são de suma relevância o monitoramento contínuo e a avaliação periódica, de modo a permitir que sejam identificados os pontos críticos, as melhorias indispensáveis e os procedimentos exitosos. Com tal intensidade, vislumbra-se as necessidades de priorizar e replanejar as atividades.

Não restam dúvidas de que o TCE/SC vem, gradativamente, mudando paradigmas, de modo a lentamente romper com estruturas arcaicas e ultrapassadas. Porém, para efetivamente ser um órgão-modelo, há muito ainda a ser feito, e deve-se exigir dos seus colaboradores um comprometimento individual e coletivo em prol do meio ambiente e das atuais e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AYALA, P. A. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELLO FILHO, N. B. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental do século XXI. In: FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BENJAMIN, A. H. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BITTENCOURT, F. M. R. Indicadores de desempenho como instrumentos de auditoria e gestão, a partir da experiência do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 49-59, 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria ambiental do Tribunal de Contas da União**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2001.

_____. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda Ambiental na Admi-**

nistração Pública. 5. ed. rev. atual. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2009. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cartilha_a3p_36.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

CAPPELLI, S.; BEZERRA, M. C. L.; RUSCHEL, C. Indicadores de aplicabilidade e cumprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. **Revista de Direito Ambiental**, v. 11, n. 42, p. 134-161, abr./jun. 2006.

CORREA, H. D.; ANDRADE, P. A. R. Avaliação da gestão ambiental como indicador de desempenho do mandato de agente público. **Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro**, ano XXI, n. 27, p. 34-44, ago. 2004.

DERANI, C. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, G. J. P. (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

GHISI, A. P. Desempenho das entidades fiscalizadoras superiores e indicadores de rendimento. **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 31, n. 86, p. 327-355, out./dez. 2000.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

QUINTIERE, M. M. R. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina. **Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina: contas públicas – transparência, controle social e cidadania**. Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 2006. p. 77-147.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Resolução n. TC-60/2011. Florianópolis, 2011. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/leis_normas/resolucao_n_60-2011_consolidada.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016.

SOBRE a certificação. Green Building Council Brasil. 2014. Disponível em: < <http://gbcbrasil.org.br/sobre-certificado.php> > . Acesso em: 8 jun. 2016.

A Importância dos Tribunais de Contas no Combate à Corrupção

The Importance of Audit Courts in Fighting Corruption

Marcello Costa e Silva Leite¹

RESUMO:

Este trabalho pretende demonstrar o custo social da corrupção, o seu impacto na economia do País e o comprometimento das políticas públicas, diante de sua intervenção negativa na efetivação dos Direitos Sociais. Objetiva, ainda, enaltecer a importância dos Tribunais de Contas no combate à corrupção na Administração Pública, a partir de seu poder sancionatório e da eficácia de suas decisões, fornecendo ao cidadão informações necessárias para que este desperte para o exercício do controle social.

Palavras-Chave: Tribunal de Contas. Administração Pública. Corrupção. Improbidade.

ABSTRACT:

This study intends to show the social cost of corruption, its impact on Brazilian economy and the commitment of public policies before their negative intervention in the execution of Social Rights. It also aims to emphasize the importance of Audit Courts in fighting corruption in public administration with their sanctioning power and effective decisions, providing for the citizens the needed information for their awakening to the exercise of social control.

Keywords: Audit Court. Public Administration. Corruption. Improbability.

¹ Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Especialista em Gestão Tributária pela Faculdade Darcy Ribeiro. Bacharel em Ciências Contábeis e em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Email: mcsilvaleite@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, atualmente, enfrenta uma epidemia de corrupção instalada em seus quatro cantos. Casos como o *Mensalão* e o *Petrolão*, dentre outros, assolam a estrutura política e econômica de nosso País, deixando a sociedade incrédula em relação a seus representantes e a algumas de suas instituições.

Tais práticas corruptas afetam a nossa economia, desestimulando os investimentos externos, que são redirecionados a outros países mais transparentes e menos corruptos, comprometendo, com isso, o seu crescimento.

Com a conseqüente diminuição da receita tributária, diminuem-se, também, os investimentos em políticas públicas que seriam aplicados em áreas como: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança, assistência e em demais programas de cunho social.

A redução de investimentos nesses programas afeta as classes menos favorecidas, aumentando a injustiça social e incentivando o crescimento da criminalidade.

Esse ciclo vicioso conduz ao estabelecimento de uma relação negativa entre corrupção e a implementação de direitos sociais, de forma que, quanto maior a corrupção, menor será o investimento em políticas públicas direcionadas à área social.

Para combater tais práticas, nosso ordenamento jurídico conta com um arsenal de normas de cunho constitucional e infraconstitucional.

Na tentativa de efetivação dessas normas, diversos órgãos públicos trabalham com o objetivo de resgatar a moralidade na Administração Pública, fiscalizando a regular aplicação do dinheiro público e sancionando agentes públicos ímprobos, a exemplo dos Tribunais de Contas, cujo papel constitucional – que veremos no decorrer deste ensaio – os coloca como aliados na luta contra a corrupção, no sentido de ajudar na implementação dos direitos sociais.

2 O CUSTO SOCIAL DA CORRUPÇÃO

Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2014, p. 49) definem cor-

rupção como sendo “o uso ou a omissão, pelo agente público, do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros [...]”. O “desvio de poder e o enriquecimento ilícito são elementos característicos da corrupção”.

Ensinam, ainda, que “o regular funcionamento de uma economia exige transparência e estabilidade, características de todo incompatíveis com práticas corruptas”, pois conforme os autores, “a ausência desses elementos serve de desestímulo a toda ordem de investimentos, que serão direcionados a territórios menos conturbados, o que, em consequência, comprometerá o crescimento, já que sensivelmente diminuído o fluxo de capitais”.

Ademais, com a consequente diminuição da receita tributária, diminuem-se substancialmente os investimentos em políticas públicas e a redistribuição de renda às classes menos favorecidas, aumentando, com isso, a injustiça social e as taxas de criminalidade.

Esse quadro de corrupção impacta como elemento limitador à ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles aos quais se destinam, de modo que quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais (GORDILLO, 1997 apud GARCIA; ALVES, 2013, p. 70).

Como se vê, a corrupção, além de impedir o crescimento econômico-financeiro do País, tem o poder de destruir uma sociedade ao desprovê-la de direitos como: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, segurança, assistência etc.

Ratifica-se o entendimento proferido pelo Conselheiro Rholden Botelho de Queiroz (2009, p. 80-81), atual vice-presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, no sentido de que “a atividade dos Tribunais de Contas voltada para o aprimoramento da gestão como um todo, suas ações, no que toca ao controle das políticas públicas, tendem a promover a implementação gradual dos direitos sociais.”

Neste artigo, para efeitos didáticos, o termo corrupção será utilizado em sentido amplo, significando, também, improbidade, não se restringindo ao termo corrupção utilizado pelo Código Penal, configurado como crime.

3 MULTIPLICIDADE DE NORMAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Visando expurgar os agentes públicos ímprobos da Administração Pública, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 4º, prescreve que os atos de improbidade administrativa levarão à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Inúmeras são as normas voltadas a combater práticas corruptas na Administração Pública, inclusive alguns delas anteriores a nossa Constituição atual. Eis algumas pertencentes ao nosso ordenamento jurídico:

- Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940);
- Leis que definem os crimes de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950 e Decreto-lei nº 201/1967);
- Lei nº 8.112/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União;
- Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992);
- Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/1992);
- Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993);
- Lei nº 8.730/1993, que estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;
- Lei nº 10.028/2000² (Crimes contra as Finanças Públicas);
- Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010, que alterou a LC nº 64/1990);
- A recente Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

Na instrumentalização (direta ou indireta) dessa legislação, dispõe-se de uma figura de mais alta relevância: os Tribunais de Contas, permanentes guardiões dos recursos públicos, aos quais compete também aplicar sanções àqueles que causarem prejuízo ao erário ou colocar em xeque os princípios da Administração Pública.

2 Inseriu no Título XI do Código Penal (Dos Crimes contra a Administração Pública), o Capítulo IV, referente aos crimes cometidos contra as Finanças Públicas.

4 A IMPORTÂNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Órgãos de envergadura constitucional, cujas atribuições são o exercício do controle externo sobre os Entes da Federação, por meio de fiscalizações contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, os Tribunais de Contas visam garantir à sociedade a regular e efetiva aplicação dos recursos públicos.

No caso do Tribunal de Contas da União (TCU), suas atribuições estão destacadas nos 11 (onze) incisos que compõem o artigo 71 de nossa Carta Magna:

No inciso I, tem-se a apreciação das contas do Presidente da República, mediante parecer prévio conclusivo, que deverá ser elaborado em 60 (sessenta) dias a contar de seu recebimento.

O inciso II, “dá total autonomia para o TCU julgar – e agora perceba que o verbo é ‘julgar’ – e não ‘apreciar’ – as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração [...]” (LENZA, 2015, p. 745).

Importante destacar que no âmbito das atribuições conferidas pelo inciso III, os registros de atos de admissão, concessões de aposentadorias, reformas e pensões, pode-se aplicar a Súmula nº 347, do Supremo Tribunal Federal – STF, segundo a qual “o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

Isso significa dizer que os Tribunais de Contas, embora não detenham competência para declarar a inconstitucionalidade das leis ou dos atos normativos em abstrato, pois essa prerrogativa é do STF, poderão, no caso concreto, reconhecer a desconformidade formal ou material de normas jurídicas, incompatíveis com a manifestação constituinte originária (BULOS, 2012, p. 946).

Verifica-se que, na via incidental, existe a possibilidade de os Tribunais de Contas deixarem de proceder algum ato por considerá-lo inconstitucional, bem como sustar aqueles praticados de acordo com leis por eles tidas como inconstitucionais.

Nos incisos IV, V e VI, ainda, do artigo constitucional supracitado, constata-se a função fiscalizadora das Cortes de Contas, por meio da qual realizam fiscalizações, inspeções e auditorias junto às unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e demais entidades.

Destacam-se, por fim, as funções sancionatórias (inciso VIII) e corretivas (incisos IX e X), que são desenvolvidas pelos Tribunais de Contas para garantir o cumprimento de suas atribuições (FURTADO, 2010, p. 1138-1139).

4.1 Poder Sancionatório

Infelizmente, a Administração Pública depara-se com frequência com fraudes, conluíus, declarações falsas, balanços “maquiados”, documentos falsificados, produtos falsificados, contrabandeados ou de “segunda mão”, obras executadas em desconformidade com o projeto básico, e muitos outros atos condenáveis (NIEBUHR, 2011, p. 967).

Para conter esses e outros desmandos contra a Administração Pública, a Constituição Federal de 1988, no art. 71, inciso VIII, § 3º, conferiu legitimidade ao Tribunal de Contas da União para aplicar sanções, dentre elas, multas e a determinação de ressarcimento de danos causados ao erário.

A dimensão do poder conferido ao TCU para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas de um chefe de governo é enorme, podendo ensejar até a sua destituição do cargo, caso o Congresso Nacional – baseado em desaprovação do parecer do TCU – reprove as contas do Presidente da República, entendendo configurado o crime de responsabilidade nos termos da Lei nº 1.079/50.

Outro importante poder sancionatório depositado nas mãos da Corte de Contas Federal, de acordo com Márcia Bittencourt da Costa (2006), é o que lhe permite “sancionar com a inelegibilidade a qualquer cargo público, em face de julgamento pela irregularidade das contas (art. 71, inciso II, da CF/1988, e art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº. 64/1990)”.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – LOTCU nº 8.4432/1992 – permite a essa Corte determinar, cautelarmente, o afastamento de responsável que esteja sendo fiscalizado e dificulte ou retarde a realização de auditorias ou inspeções, podendo, ainda, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de seus bens, tantos quantos forem considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração (art. 44 e seu parágrafo § 2º).

A LOTCU prevê ainda que, constatadas irregularidades praticadas por autoridades competentes, o responsável fique inabilitado por um período

que varie de 5 (cinco) a 8 (oito) anos para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, no âmbito da Administração Pública, caso seja considerada grave a infração cometida, por maioria absoluta de seus membros (art. 60).

Dentro de seu poder sancionatório, o TCU poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens de responsáveis julgados em débito (art. 61, da LOTCU).

Importante ressaltar a Lei nº 7.675/88 (art. 3º, inciso IV) que atribui ao TCU a fiscalização dos recursos federais aplicados pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, inclusive suas entidades fundacionais e da Administração Indireta, permitindo-lhe determinar o bloqueio das parcelas ou quotas-partes de recursos tributários, bem como a suspensão da transferência de quaisquer outros recursos federais, quando caracterizada a improbidade administrativa (COSTA, 2006).

Compete aos Tribunais de Contas verificarem o cumprimento dos limites impostos à União, aos Estados/DF e aos Municípios pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), devendo eles, sempre que detectarem indícios de quaisquer dos crimes contra as finanças públicas, tipificados na Lei nº 10.028/2000, cientificar o *Parquet*.

Destaque-se, ainda, o controle exercido pelo TCU sobre as declarações dos bens e rendas de propriedade das autoridades elencadas no artigo 1º, da Lei nº 8.730/1993, já citadas no decorrer deste trabalho, para que estes mantenham registro próprio dessas informações, exercendo o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas.

Cabe-lhe, ainda, nos termos dessa Lei: a) adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, apresentar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; b) publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração; c) fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou a moralidade administrativa.

Como foi visto, o poder sancionatório conferido às Cortes de Contas pela Constituição Federal e pelas Constituições Estaduais/Distrital (Poder Decorrente) é bastante amplo, interferindo diretamente na atuação do gestor pú-

blico e no funcionamento do Ente Público – no que se refere a transferências de recursos –, sendo um instrumento indispensável para o cumprimento de sua missão institucional de garantir a regular utilização dos recursos públicos.

4.2 Eficácia de suas decisões

Para o vice-presidente do Tribunal de Contas do Estado do Maranhão, Conselheiro José de Ribamar Caldas Furtado (2014, p. 46-47), “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 Conselheiro destaca as seguintes garantias para que as Cortes de Contas tenham eficácia em suas decisões:

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

b) a exclusividade no julgamento das contas de gestão (CF, art. 71, II);

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*, *ato de improbidade administrativa* ou *crime de responsabilidade* de diversas condutas passíveis de serem detectadas no âmbito de sua atuação. (grifos do autor).

A primeira das garantias, citadas acima pelo autor, é acerca da inde-

clinabilidade do parecer prévio no julgamento das contas do Presidente da República, na qual menciona, em sua obra *Processo e eficácia dos Tribunais de Contas*, a decisão do STF no julgamento da ADI nº 261-9/SC, ocasião em que essa Corte Suprema afirmou: “É imprescindível o parecer prévio do Tribunal de Contas no julgamento das contas de governo pelo Parlamento”.

Acerca do item “b”, observa o membro da Corte Estadual que além de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, e as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, o Tribunal de Contas enviará à Justiça Eleitoral uma relação com os nomes dos responsáveis que tiverem suas contas julgadas irregulares.

Importante registrar que a competência exclusiva para declarar a inelegibilidade desses ordenadores de despesas, cujas contas forem rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, é da Justiça Eleitoral (LC nº 64/1990, art. 1º, inciso I, alínea g);

No intuito de conferir eficácia à atribuição constitucional das Cortes de Contas, em apreciar a legalidade de atos de admissão de pessoal, aposentadoria, reforma ou pensão, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 6, no seguinte teor: “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário”.

Tutelando o cumprimento da emissão de ordem emanada do Tribunal de Contas a jurisdicionado, v.g. a expedição de medida cautelar, pode-se considerar como crime de desobediência (art. 330, CP)³ ou prevaricação (art. 319, CP)⁴, o seu não acatamento.

Todavia, conforme preleciona José de Ribamar Caldas Furtado (2014, p. 47-48), “como se cuida de crime de menor potencial ofensivo (Lei nº 9.099/95, art. 61)⁵, descabe, em princípio, a prisão em flagrante”, nos crimes

3 Art. 330, CP - Desobedecer à ordem legal de funcionário público: **Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.**

4 Art. 319, CP - 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.**

5 Art. 61, da Lei nº 9.099/95 (Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais) - 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, de 2006).

citados acima.

Protegendo a eficácia das sanções aplicadas pelas Cortes de Contas, a Constituição em seu artigo 71, §3º, garante-lhes a condição de título executivo.

Segundo Ubiratan Aguiar (2011, p. 243), “quando o Tribunal [de Contas] condena determinado responsável ao pagamento de débito e/ou multa, não há necessidade de se rediscutir, no âmbito do Poder Judiciário, a certeza da liquidez da dívida”, pois, segundo o referido autor, basta “que se dê início ao processo de execução, sendo desnecessária, portanto, a inscrição do responsável em dívida ativa”.

Importantíssima a observação feita pelo conselheiro do TCE do Maranhão ao ressaltar que – os tipos previstos no Código Penal nos art. 312 (peculato); art. 315 (emprego irregular de verbas ou rendas públicas); art. 319 (prevaricação); art. 324 (exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado); art. 330 (desobediência); bem como os crimes previstos contra às finanças públicas (arts. 359-A a 359-H), também, do Código Penal; os crimes previstos na Lei nº 8.666/1993 (arts. 89 a 98); e os crimes de responsabilidades previstos no art. do 1º, do Decreto-Lei nº 201/67, direcionados aos Prefeitos Municipais – são condutas passíveis de serem detectadas no âmbito de atuação do Tribunal de Contas da União.

Os atos de improbidade administrativa, cujas condutas estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11, da Lei nº 8.429/92; os crimes de responsabilidade previstos nos arts. 4º, 7º e 8º, do Decreto-Lei nº 201/67, e nos arts. 4º, V, VI e VII, 9º, 10 e 11, da Lei nº 1.079/50 são, também, passíveis de detecção pelo TCU (FURTADO, J., 2014, p. 46-47).

Ressalte-se que, apesar das decisões dos Tribunais de Contas não vincularem a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa, estas devem ser objeto de análise crítica do Ministério Público e dos demais colegitimados, para que seja apurada a configuração de ato de improbidade administrativa nas irregularidades apontadas pelas Cortes de Contas (PAZZAGLINI FILHO, 2005, p. 78-79 e 220-221).

Outro importantíssimo poder conferido à Corte de Contas Federal, pelo STF, foi o cautelar, reconhecido por meio do julgamento do MS 24.510/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, nos termos a seguir, *in verbis*:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊN-

CIA DE INSTRUÇÃO. 1 - Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2 - Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3 - A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4 - Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem.

Percebe-se, do julgado acima, a preocupação do STF em dar efetividade às medidas cautelares expedidas pelos Tribunais de Contas, no intuito de resguardar o erário contra quaisquer lesões.

Constata-se a eficácia das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, em virtude da garantia que lhes são conferidas pela Constituição Federal de 1988, pela legislação infraconstitucional, bem como pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, apresentando-se, portanto, tal garantia condição *sine qua non* para o bom funcionamento das Cortes de Contas e, consequentemente, para a proteção da *res pública*.

Com isso, defende-se, ainda, que combatendo a corrupção, os Tribunais de Contas estão ajudando a assegurar a implementação dos direitos sociais.

5 CONCLUSÃO

Sem dúvida, a corrupção é um “câncer” que corrói instituições democráticas, causando sérios prejuízos à sociedade, na medida em que impede o cidadão de usufruir os direitos que lhe são legítimos, tais como: saúde, educação, alimentação, trabalho, moradia, segurança, assistência etc., estimulando, com isso, o aumento da violência e da criminalidade.

Para combater essas práticas corruptas, nosso ordenamento jurídico possui uma vasta legislação direcionada a extirpar da Administração Pública

agentes ímprobos, impondo-lhes sanções, no sentido de resgatar a moralidade administrativa e ajudar na implementação dos direitos sociais.

Na instrumentalização dessas normas, temos instituições bem estruturadas, legitimadas e potencialmente preparadas para cumprir a missão de assegurar a correta aplicação dos recursos públicos, a exemplo das Cortes de Contas.

Constata-se a importância dos Tribunais de Contas no resgate da moralidade administrativa, quando se verifica que – além do exercício de suas atribuições constitucionais – estas Cortes colaboram com os demais Poderes e com o Ministério Público para a consecução desse objetivo. Senão vejam-se, as atividades que desenvolvem:

a) auxiliam o Legislativo (tarefa atribuída pela Constituição Federal de 1988, art. 71);

b) atuam na esfera administrativa de todos os Poderes: no Executivo, controlando sua função típica; e, no Legislativo e Judiciário, controlando suas funções atípicas;

c) contribuem, ainda, com o Poder Judiciário, ao enviar à Justiça Eleitoral a relação dos responsáveis que tiverem suas contas reprovadas, para, se for o caso, terem declarada a sua inelegibilidade;

d) subsidiam o Ministério Público na análise processual ao encaminhar processos de contas que contenham irregularidades nas áreas cível ou penal (infrações penais, atos de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade), para uma possível propositura de ações públicas pelo *Parquet*.

Por fim, diante de tais atividades desenvolvidas pelos Tribunais de Contas, que contam com a colaboração dos Poderes e do Ministério Público, percebe-se a sua importância no combate à corrupção, no sentido de proporcionar um maior controle das políticas públicas, ajudando, conseqüentemente, a promoção dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, U. D.; ALBUQUERQUE, M. A. S.; MEDEIROS, P. H. R. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm > . Acesso em: 21 out. 2015.

_____. Decreto - Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 fev. 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0201.htm > . Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Decreto - Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm > . Acesso em: 27 out. 2015.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm > . Acesso em: 27 out. 2015.

_____. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm > . Acesso em: 21 out. 2015.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm > . Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993. Estabelece a obri-

gatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8730.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 27 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS 24.510/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, j. 19.11.2003, **Diário da Justiça** 19.03.2004, Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 6**. A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, ressalvada a competência revisora do Judiciário. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 13 dez. 1966. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=6.NUME.NAO%20S.FLS-V.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 347**. O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Diário da Justiça, Brasília, DF, 26 abr. 1962. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=347.NUME.NAO.S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 21 out. 2015.

BULOS. U. L. **Constituição Federal anotada**. 10. ed. rev., atual e reformada até a Emenda Constitucional nº 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, M. B. **Corrupção, improbidade administrativa e o Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2054996.PDF>>. Acesso em: 11 set. 2015.

FURTADO. J. R. C. Processo e eficácia dos Tribunais de Contas. **Revista Controle doutrinas e artigos**, Fortaleza, V. XII. nº 1, jun. 2014.

FURTADO. L. R. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 19. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

NIEBUHR, J. M. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO SE. Notícias **OAB-SE**, 18 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/18031/oab-se-a-corrupcao-e-cancer-que-corroi-as-instituicoes-democraticas>>. Acesso em: 12 set. 2015.

PAZZAGLINI FILHO, M. In: **Lei de improbidade administrativa comentada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

QUEIROZ, R. B. Democracia, direitos sociais e controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista Controle Doutrina e Artigos**, Fortaleza, v. 7, nº 1, abr. 2009.

Estudo sobre o reflexo de instituto do Direito Processual Civil diante de Processos de Controle na Corte de Contas do Ceará

Study about the reflex of institute of Civil Procedural Law on Processes of Control of Court of Accounts of Ceará

José Jaime dos Santos Neto¹
Emanuely Dias Bezerra²

RESUMO:

Este artigo objetiva demonstrar o alcance do instituto das *astreintes* (multa diária), típicas do processo civil, na processualística do Tribunal de Contas do estado do Ceará, tendo em vista que é um instrumento de pressão econômico-psicológica cuja finalidade é compelir o cumprimento efetivo dos proventos exarados. O parâmetro reflexivo da discussão paira sobre o critério da punição pecuniária aplicada atualmente aos gestores e demais administradores do dinheiro, bens e valores públicos, que respondem aos processos de controle sem a devida presteza. Analisa-se, para tanto, a legislação de regência da Corte (Lei Orgânica e Regimento Interno). O instituto da multa diária mostra-se eficaz, pois intimida os destinatários com determinada cominação pecuniária, suficiente e compatível às suas improcedências. No entanto, deve apresentar certa vultosidade capaz de atender efetivamente à sua finalidade, que é, nessa perspectiva, resguardar a autoridade e a moralidade das determinações impostas pela casa de controle do Ceará. Exsurge-se daí o grau de efetividade econômico-social das *astreintes*, bem como se demonstram os fins do controle externo da administração pública. O estudo foi realizado por meio de pesquisa explicativa e abordagem qualitativa, com análise de produções doutrinárias e jurisprudenciais afins à matéria.

1 Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil da Paraíba. Pós-graduando (*lato sensu*) em Direito Administrativo e Gestão Pública pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Ex-estagiário do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB). E-mail: jjaimeneto@gmail.com

2 Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil da Paraíba. Pós-graduanda (*lato sensu*) em Direito Material e Processo do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT13). E-mail: emanuely_dias@hotmail.com

Palavras-Chave: *Astreintes*. Controle Externo. Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

ABSTRACT:

This article aims to show the reach of the institute of *astreintes* (daily fine), typical of civil procedure, in the processualistic of Ceará (Brazil) Audit Court, considering that it is an economic and psychological pressure instrument whose purpose is to compel the effective implementation of registered provisions. The reflectivity of this discussion relates to the pecuniary penalty criterion currently applied to managers and other administrators, of money, goods and public values, which respond to the control processes without due promptness. We analyze, therefore, the legislation of regency of the Court (Organic Law and Internal Rules). The institute of daily fine is efficient because it intimidates recipients with certain pecuniary sanction, which is sufficient and compatible to their failures. However, it must present certain value able to effectively meet its purpose, which is, from this perspective, to safeguard the authority and the morality of the determinations imposed by the House of Control of Ceará. The socioeconomic effectiveness degree of the *astreintes* arises from there, as well as the purposes of external control of public administration are demonstrated. This study was carried out by explanatory research and qualitative approach, with analysis of doctrinal and jurisprudential productions related to the matter.

Keywords: *Astreintes*. External Control. Court of Accounts of Ceará State.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil consagrou a expressão “controle externo” em referência àquele executado pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), conforme depreende-se do seu art. 71, cuja disposição afirma ser “o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, [...] exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União [...]” (BRASIL, 1988). Dessa forma, para o primeiro momento, fica clara a natureza jurídica das cortes de contas, que possuem indubitavelmente status de órgão de extração constitucional.

Por meio do princípio da simetria constitucional, tal controle se estende aos Estados-membros, tendo em vista a disposição do art. 75, caput, da Lei Maior, que inteligivelmente declara: “As normas estabelecidas [...] aplicam-se [...] à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios” (BRASIL, 1988), ressaltando-se, dessa aplicação, a esfera municipal, pela vedação estabelecida no art. 31, §4º (BRASIL, 1988).

LIMA (2011, p. 111) sistematiza as funções constitucionais dos Tribunais de Contas – em função de fiscalização, opinativa, de julgamento, sancionadora, corretiva, consultiva, de informação, de ouvidor e normativa. Serão aqui enfatizadas as funções sancionadora e corretiva, pois visam, respectivamente, a acoimar os descumpridores das decisões, apregoar a fixação de prazo para atendimento das providências recomendadas e possibilitar a adoção de medidas cautelares que buscam dar efetividade aos provimentos.

A legitimidade do Tribunal de Contas do Estado de Ceará (TCE/CE) como órgão de controle externo está claramente prevista no art. 69 da Constituição do Estado de 1989 (CEARÁ, 2004), que traz o dever de prestação do auxílio técnico à Assembleia Legislativa no tocante à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública estatal. Incumbindo-lhe, ademais, conforme art. 76 da Constituição, a apreciação das contas do chefe do poder executivo estadual (governador) e o julgamento das contas dos demais administradores responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos.

Ainda no campo das competências constitucionais, é oportuno dizer que cabe à corte infligir aos responsáveis em caso de irregularidade de contas, ilegalidade de despesas ou descumprimento de suas decisões, sanções previstas em lei, estabelecendo, entre outras, multa proporcional ao dano causado ao erário; também cabe a ela fixar prazos para que os órgãos e entidades processantes adotem providências necessárias ao restabelecimento da legalidade, assentando-se, nessa linha, as citadas funções sancionadora e corretiva.

Nessa perspectiva insere-se a questão central do artigo, uma vez que as multas aplicadas (de fato) pelas Cortes de Controle muitas vezes são desprovidas da respectiva carga coativa (valor + modo efetivo de aplicação) proporcional ao dano ou às circunstâncias motivadoras. Em contrapartida, vê-se cada vez mais o descumprimento dos deveres legais por parte dos gestores públicos. A título de discussão, tem-se como um dos fatores de relativização

da eficácia coercitiva da multa ordinária o *quantum* efetivamente operacionalizado, que já vem previamente restrito nas leis orgânicas a valores diminutos.

A justificativa do artigo demonstra-se a partir do entendimento de que seria eficaz – não ignorando, por óbvio, os reflexos práticos da aplicação da multa ordinária – a aplicação conjunta ou separada da multa diária (nos contornos aqui delineados) ante ao não cumprimento das obrigações determinadas dentro do prazo combinado, com vistas a conferir maior moralização aos provimentos exarados pelo Tribunal de Contas Estadual. Sobretudo, por saber que as condutas dos governantes e demais gestores, se não fiscalizadas, pressionadas e punidas à altura, ensejam danos irreversíveis aos cofres públicos e, por conseguinte, à própria sociedade, que é a maior vítima.

O estudo se enquadra na pesquisa explicativa, consubstanciando-se na realidade prático-funcional do TCE/CE, desenvolvendo-se a partir de uma abordagem qualitativa, que ressalta a inércia e punição dos gestores, tendo como procedimento bibliográfico produções doutrinárias e jurisprudenciais atinentes à matéria. A técnica de pesquisa foi a documentação indireta, por meio da qual foram retiradas lições de livros, leis e julgados aqui referenciados. Como método de abordagem foi escolhido o dialético, por caracterizar uma abordagem mais ampla, e o procedimento comparativo, tendo em vista o confronto da legislação do TCE/CE com outras cortes de contas.

Os pontos serão organizados a partir de um breve panorama da Corte de Contas Cearense, procedendo à operacionalização das *astreintes* no processo civil, resvalando na aplicação dos processos de controle pautada na subsidiariedade do Novo Código de Processo Civil (NCPC), no Poder Geral de Cautela conferido aos Tribunais de Contas (TCs) atrelado à Teoria Constitucional dos Poderes Implícitos, bem como no método da Analogia, critério integrador de norma, frisando-se que esse último é uma vertente de cunho meramente científico. Por fim, demonstra-se que não carece, ao menos *a priori*, de expressa previsão legal para aplicação do instituto em discepção.

O tema com o enfoque dado neste artigo é incipiente; no entanto, representa o prosseguimento de um trabalho acadêmico realizado com base no Tribunal de Contas do Estado da Paraíba (TCE/PB), estando agora direcionado à Corte de Contas Cearense. Ressalta-se que neste trabalho foi analisada a atuação de TCs como o de Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Rondônia, Rio de Janeiro, Mato Grosso e o da própria Paraíba, tendo por escopo legitimar mais o tema e demonstrar que a aplicação (de forma efetiva) da multa

diária mostra-se um meio eficaz de coagir os jurisdicionados a reverenciar as atividades do controle externo da administração pública.

2 PREVISÕES CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DAS FUNÇÕES SANCIONADORA E CORRETIVA DA CORTE DE CONTAS CEARENSE

Com o advento da Constituinte de 1988 expandiu-se, de maneira significativa, as atribuições da Corte de Contas Federal, solidificando-se o modelo de controle externo exercido pelo Poder Legislativo, com escora no seu acurado auxílio técnico-administrativo. Houve a sistematização das matérias às quais lhe cabe e a ampliação dos instrumentos precípuos à consecução dos seus misteres, assumindo, nesta toada, papel proativo na missão de velar pela legalidade, legitimidade e economicidade da gestão da coisa pública.

Do mesmo modo com que se atribuiu a missão acima à Corte Nacional, também foi atribuída às Cortes de Contas Estaduais, cujas competências se entronizaram nas suas constituições por força da retrocitada simetria constitucional, a exemplo do TCE/CE que, figurando como órgão autônomo, independente e auxiliar do controle externo, detém as seguintes atribuições previstas no art. 76 da Carta Política Estadual (1989), a saber:

Art. 76. Compete ao Tribunal de Contas:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias, a contar do seu recebimento;

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;

[...]

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa, irregularidade de contas ou descumprimento de suas decisões, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as provi-

dências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa (CEARÁ, 2004, grifos nossos).

Assim sendo, os incisos acima grifados abarcam as funções que serão levadas em consideração neste artigo, pois deles, respectivamente, exsurgem: funções sancionadora (VIII) e corretiva (IX e X). No tocante à primeira função, que é de aplicar sanções e demais reprimendas, é imprescindível que a Corte de Contas Estadual garanta aos jurisdicionados a efetivação dos princípios jurídico-processuais, destacando-se, entre eles, o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A segunda função, conforme Lima (2011, p. 113), é “uma das mais relevantes [...] para o aprimoramento da gestão pública. São: emissão de determinações e recomendações; fixação de prazo; sustação de ato irregular; e adoção de medidas cautelares”. Destarte, ambas têm por finalidade o recrutamento das ações do controle externo diante dos desmandos e inações dos administradores públicos, devendo ser exercidas pelos meios possíveis em vistas dos fins a que são propostas.

Além da previsão constitucional, subsistem instrumentos normativos no âmbito interno que regulamentam as funções supracitadas, a Lei Orgânica (LOTCE/CE - Lei nº 12.509, de 6 de dezembro de 1995) e o Regimento Interno (Resolução nº 835, de 3 de abril de 2007). Atendo-se aos preceitos da LOTCE/CE, vê-se o método de aplicação das multas ordinárias conforme consta no Título II, Capítulo V – Sanções, Seção II – Multas, Arts. 61 e 62, com as seguintes redações:

Art. 61 – Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até 100% (cem por cento) do valor atualizado do dano causado ao Erário.

Art. 62 – O Tribunal poderá aplicar multa de até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) aos responsáveis, observada a seguinte graduação:

I – contas julgadas irregulares de que não resulte débito, multa de cinco a cem por cento do montante definido no caput deste Artigo;

II – ato praticado com leve infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial, multa de um a dez por cento do montante definido no caput deste Artigo;

[...]

V – não atendimento, no prazo assinado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal, multa de cinco a trinta por cento do montante definido no caput deste Artigo;

VI – obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas, multa de cinquenta a setenta por cento do montante definido no caput deste Artigo;

VII – sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal, multa de vinte a cinquenta por cento do montante definido no caput deste Artigo;

VIII – reincidência do descumprimento de determinação do Tribunal, multa de trinta a cem por cento do montante definido no caput deste Artigo.

Parágrafo único - O valor previsto no caput deste artigo será corrigido anualmente pelo índice estabelecido para a revisão geral dos servidores públicos estaduais (CEARÁ, 1995).

Essas multas são de caráter estritamente punitivo, infligidas pelo enquadramento do jurisdicionado nas impropriedades descritas, cujo valor será aplicado gradativamente conforme a classificação da infração, posição hierárquica do infrator, consequências negativas e também se o agente processante for reincidente, caso em que a multa poderá alcançar o teto. É oportuno ressaltar que tais multas são também de caráter personalíssimo, visto que adentram na esfera privada do condenado e nela se perpetuam enquanto não cumpridas, inclusive transmitidas aos sucessores hereditários dentro dos limites da herança.

Previamente à aplicação dessas multas punitivas, por exemplo, no caso da ausência injustificada de cumprimento do provimento do tribunal, subsiste a possibilidade de notificação do agente processado (*lato sensu*) para compeli-lo ao atendimento da decisão imposta, sob pena de operacionalizarem-se as *astreintes*, que também possui o condão de multa pecuniária, porém de natureza coercitiva. Ademais, pode ser estabelecida de modo acautelatório, como o citado, ou em conjunto com a multa ordinária, se assim o caso urgir. Adiante veremos singelamente o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial do instituto processual em tela.

3 BREVE ELUCIDAÇÃO DAS ASTREINTES NA PROCESSUALÍSTICA CÍVEL À LUZ DO NCPC, DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, revogando a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, e inovando a ordem jurídico-processual, trazendo o NCPC, houve o deslocamento da previsão legal da multa diária/ multa periódica/multa por tempo de atraso/multa por período de atraso/multa coercitiva/*astreintes*, do art. 461, §4º da antiga lei para o art. 537 do NCPC, que apresenta a seguinte descrição:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte ou na pendência do agravo fundado nos incisos II ou III do art. 1.042.

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional (BRASIL, 2015).

Em comentário ao dispositivo *supra* o jurista José Tadeu Xavier Neves (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015, p. 407) aduz que “dentre as medidas executivas viáveis a efetivação das obrigações de fazer ou não fazer a cominação de multa (*astreintes*) assume posição de destaque [...], tendo cabimento na fase de conhecimento, em tutela antecipada, na sentença ou na execução”. Possuindo como finalidade o constrangimento do destinatário

da decisão, fazendo-o cumprir o que foi legalmente estabelecido, sabendo-se que quanto mais se configurar a renitência para o atendimento, maior será o valor devido.

Multa periódica é a versão brasileira das *astreintes* concebidas pelos Tribunais da Justiça Francesa, se prestando ao sistema para agravar a situação da parte obrigada que se mostre renitente, onerando-a mais e mais, a cada hora passada, ou a cada dia descumprido, mês ou ano, ou a cada ato infundado e/ou sem justificativa que ele venha a repetir (DINAMARCO, 2004). Em outro trecho, leciona Dinamarco (2004, p. 369) que elas têm “o objetivo de criar a consciência de que será mais gravoso descumprir do que cumprir a obrigação emergente do título executivo”.

De igual modo, vê-se o magistério de Gonçalves (2014, p. 126):

Dentre os mais diversos meios de coerção estabelecidos no Código de Processo Civil, um dos que se tem demonstrado mais eficiente e que, por isso, recebeu tratamento mais minucioso são as multas periódicas. Elas funcionam como pressão sobre a vontade do devedor, que, vendo-as crescer, acaba por ceder a cumprir a obrigação. Tais multas são similares àquelas previstas no direito francês, denominadas *astreintes*.

Assim, a natureza jurídica do instituto é de multa cominatória ou coercitiva, usada na processualística cível com viés mais construtivo, não se prestando, pois, à reparação, compensação, punição e/ou repressão propriamente ditas, podendo ser cominada a particulares e à Fazenda Pública. Aos magistrados é dada a liberdade de impô-la ou não, alterá-la ou não, com ou sem requerimento das partes, devendo, ademais, seguir os parâmetros da suficiência e compatibilidade, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se também “em consideração a orientação jurisprudencial do STJ no sentido de evitar a proliferação da chamada *indústria das astreintes*” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, 2015, p. 408).

O valor da multa deve guardar proporção e ser razoável ao montante da obrigação principal, não se exigindo estrita vinculação a ela, visto que deve apresentar um grau de vultosidade considerável para desempenhar o fim a que é proposta. Nery Júnior e Andrade (2003, p. 782) reforçam que o “juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo

a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória”.

A multa periódica não pode ser infligida de modo a desnaturar o seu caráter pedagógico, nem tampouco pode ser excessivamente estabelecida, pois, se assim fosse, nasceria o direito da parte prejudicada requerer a revisão do seu valor, conforme assentou a Corte de Justiça Cidadã no julgamento da Reclamação nº 3.897/PB, reproduzido parcialmente abaixo:

a multa cominatória deve ser fixada em valor razoável, podendo, em casos como o dos autos, em que desobedecidos os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ser revista em qualquer fase do processo, até mesmo após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, pois tal não constitui a coisa julgada (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, Theodoro Júnior (2014, p. 36):

O único requisito legal para que ocorra a alteração da *astreinte* é que o valor antes arbitrado “tenha-se tornado *insuficiente* ou *excessivo*”, o que será aferido segundo a “peculiaridade do caso concreto”, observada sempre a finalidade da medida: “compelir o devedor a realizar a prestação devida”.

O ordenamento jurídico estabelece que o montante haurido a título de multa diária se reverterá à parte requerente, sendo, inclusive, passível de execução provisória, ofertando-lhe, com isso, eficácia imediata. Todavia, conforme o já citado parágrafo terceiro do art. 537 do NCPC, para que se levante precariamente o valor, deve haver trânsito julgado da decisão que a impôs, ou, também, poderá ser na pendência de julgamento do recurso de agravo em sede de recurso especial (REsp.) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou recurso extraordinário (RExt.) para o Supremo Tribunal Federal (STF), desde que para ambas as eventualidades a quantia tenha sido depositada em juízo.

Em sede de execução, necessariamente deve haver a intimação pessoal da parte devedora ou do advogado que a representa, oportunizando dessa forma o contraditório e reverenciando *pari passu* o enunciado da súmula de nº 410 do STJ: “a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (BRASIL, 2009). De mais a mais, o título executivo deve

suprir os requisitos da liquidez e certeza, caso contrário a execução restaria nula por desatender aos comandos legais e jurisprudenciais pertinentes.

Para se demonstrar o reflexo/alcance do instituto processual da multa coercitiva nos processos de controle da Corte de Contas cearense, serão elencadas no próximo capítulo as legislações e decisões de alguns Tribunais de Contas Estaduais que, ora preveem expressamente em suas leis orgânicas e/ou regimentos internos, fundamentando legal e especificamente sua aplicação; ora se valem da subsidiariedade do Código de Processo Civil para se alcançar o instrumento e aplicá-lo aos feitos sob suas jurisdições, mas, sempre prezando pelo uso nos casos de descumprimento reiterado ou diante da permanente inércia dos jurisdicionados.

4 DECISÕES E RESPECTIVOS EMBASAMENTOS LEGAIS DE TRIBUNAIS DE CONTAS BRASILEIROS EMPREGANDO A MULTA DIÁRIA

Quando foi feita a pesquisa inicial sobre a aplicabilidade da multa diária pelas cortes de controle do país, vislumbrou-se que algumas fazem o uso desse instrumento de modo trivial, apresentando-o como parte típica e ordinária do regramento processual, buscando, por ele, a efetivação de suas decisões especializadas. Outras, como, a do estado da Paraíba, até possuem alguns instrumentos normativos que o preveem expressamente; todavia é limitado a valores diminutos, que não causam o temor pecuniário proposto nem sequer tem empregabilidade efetiva. Somando-se esses dois fatores, pode-se dizer que, aparentemente, é uma via processual inoperante.

Até já se conjecturou a aplicação, nos moldes aqui propostos, das *astreintes* pelo TC Paraibano, como pugnou a procuradora-geral do Ministério Público Especial, à época dra. Isabella Barbosa Marinho Falcão, nos autos do Processo TC N° 07315/06, veja:

não observou o comando cogente estampado nas citadas Resoluções emanadas pela 2ª Câmara deste Tribunal, malgrado os dilargados prazos impostos [...], como também não externou qualquer justificativa para a sua omissão, demonstrando incúria em relação às determinações deste Tribunal de Contas. Ao final, opinou, pela assinação de prazo [...], mediante imposição de penalidade pecuniária, observando que caso a omissão persis-

ta, nada impede que esta Corte de Controle aplique, *in casu*, o **instituto processual das astreintes** (multa diária para o caso de descumprimento de decisão) (PARAÍBA, 2012, grifo nosso).

De outro horizonte, vê-se a atuação do Tribunal de Contas de Minas Gerais (TCE/MG), cuja aplicação detém amparo legal na sua própria legislação, haja vista a disposição específica da multa-diária no art. 90 da sua Lei Orgânica (LC nº 102/08), bem como no art. 321 do Regimento Interno (Resolução nº 12/2008), apresentando, respectivamente, as seguintes descrições:

Art. 90. O Tribunal poderá fixar **multa diária**, nos casos em que o descumprimento de diligência ou decisão ocasionar dano ao erário ou impedir o exercício das ações de controle externo, observado o disposto no Regimento Interno (MINAS GERAIS, 2008, grifo nosso).

Art. 321. O Tribunal poderá fixar **multa diária**, nos casos em que o descumprimento de diligência ou decisão puder ocasionar dano ao erário ou impedir o exercício das ações de controle externo.

Parágrafo único. O Tribunal suspenderá a cominação prevista no caput deste artigo, na data em que cessar o descumprimento da obrigação (MINAS GERAIS, 2008, grifo nosso).

Demonstrados os fundamentos, segue abaixo reprodução de parte de aresto contido nos autos do processo nº 886230, cuja relatoria coube ao conselheiro Cláudio Terrão, prolatado no âmbito do TCE/MG:

EMENTA: DENÚNCIA – PREFEITURA MUNICIPAL – PREGÃO PRESENCIAL – AQUISIÇÃO DE PNEUS, CÂMARAS E PROTETORES – DESFAZIMENTO DO CERTAME PELA ADMINISTRAÇÃO – PODER DE AUTOTUTELA – PERDA DE OBJETO – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – DETERMINAÇÕES AO ATUAL PREFEITO – RECOMENDAÇÕES AO GESTOR – INTIMAÇÕES. [...] 2) Determina-se a intimação do atual Prefeito, para que, caso realize nova licitação com objeto idêntico ou semelhante ao destes autos, encaminhe ao Tribunal, no prazo de 05 (cinco) dias a partir da publicação do edital, a cópia do ato convocatório, informando o número deste processo, **sob pena de aplicação de multa diária, nos termos do art. 90 da Lei Orgânica do Tribunal** (MINAS GERAIS,

2013, grifo nosso).

Com idêntica procedência constatou-se a positivação do instrumento em comento na Lei Orgânica do Sodalício de Contas do Rio Grande do Norte (LC nº 464, de 5 de janeiro de 2012), posicionando-se, pois, no art. 110, parágrafo único, que de maneira clara e objetiva prevê: “Nos casos de imposição de obrigação de fazer, o Tribunal poderá impor multa diária às partes, desde que seja compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento da determinação” (RIO GRANDE DO NORTE, 2012). Por consequente, arrimando-se neste dispositivo, cita-se trecho de decisão colegiada da corte do Rio Grande do Norte, exarada no processo de nº 018.277/2013, com seguintes termos:

(iii) no prazo máximo de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de **multa diária** e pessoal (LOTCE-RN, art. 110, parágrafo único) em desfavor do Secretário Luiz Roberto Leite Fonseca, no valor de R\$ 300,00, acaso haja descumprimento da obrigação de fazer ora imposta, (RIO GRANDE DO NORTE, 2014, grifo nosso).

O Tribunal de Contas de Rondônia (TCE/RO) não previu de modo expresso o instrumento em comento. No entanto, o princípio da subsidiariedade está consubstanciado no art. 286-A do seu Regimento Interno – Resolução nº 005/96, pois “aplica-se subsidiariamente aos processos no Tribunal de Contas do Estado, o Código de Processo Civil Brasileiro, no que couber” (RONDÔNIA, 1996). Por meio desse princípio, norteador das regras processuais brasileiras, o TCE/RO faz o uso destemido, fundamentando-o com o dispositivo retro combinado ao Código de Processo Civil (frise-se, hoje não é mais o art. 461, § 4º, mas, o art. 537 do NCPC). Dessa forma, veja-se ementa do acórdão pronunciado nos autos do processo nº 2826/2013:

decisão monocrática n. 21/2013/gcbaa. Descumprimento. Aplicação da sanção de multa, prescrita no Artigo 55, Inciso IV, da Lei Complementar n. 154/96. Novas determinações, para adequação das informações constantes do portal de transparência, sob pena de **multa diária**, na forma de astreintes, com fulcro no art. 461, § 4º, do CPC, c/c o artigo 286-A do Regimento Interno (RONDÔNIA, 2015, grifo nosso).

Seguindo a mesma sistemática acima delineada, ou seja, cumulando

o fundamento próprio da multa coercitiva com o da respectiva legislação interna, nota-se a atuação do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (TCE/RJ), que prevê no art. 180 do seu Regimento Interno – Deliberação nº 167/92: “[...] nos casos omissos e quando cabível, em matéria processual, aplicar-se-ão às normas [...] do Código de Processo Civil” (RIO DE JANEIRO, 1992). Logo, exhibe-se descrição da parte dispositiva do voto do relator proferido no processo de nº 210.636-4/14:

II.2 – No prazo máximo de 30 dias, elabore novo edital com todas as correções já determinadas e encaminhe a esta Corte para análise, sob pena de **multa diária** no valor de 4.000 UFIR/RJ, equivalente nesta data a R\$10.189,20, até o seu efetivo cumprimento, na forma do art. 461, §4º do Código de Processo Civil c/c art. 180 do Regimento Interno do TCE-RJ (RIO DE JANEIRO, 2014, grifo nosso).

Diante da discussão de que Regimento Interno não é meio normativo legítimo a estabelecer sanção pecuniária, pode-se aplicar a multa diária com esteio no art. 86 da Lei Orgânica do TCE/MT³, haja vista o enquadramento da medida no poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas (assunto desenvolvido adiante). Enaltece-se, assim, a disposição normativa do art. 297, §1º, do Regimento Interno da Corte de Contas do Mato Grosso (Resolução nº 14/2007): “O Tribunal Pleno ou o julgador singular poderão fixar multa diária por descumprimento da medida cautelar, para garantia de seu cumprimento” (MATO GROSSO, 2007). *Pari passu*, expõe-se sua jurisprudência, representada neste trabalho pela decisão alocada no feito de nº 15.689-2/2014, subscrita pelo então conselheiro Antônio Joaquim:

II - pela concessão da medida cautelar para DETERMINAR CAUTELARMENTE ao gestor da SECOPA, [...] que:

a) apresente, sob pena de **multa diária** de 1.000 UPFs-MT, no prazo de 48h (quarenta e oito horas), laudo técnico pericial elaborado por empresa oficialmente reconhecida e isenta de parcialidade ou efetue, no prazo de 15 (quinze) dias, a contratação, por meio de procedimento de dispensa de licitação (MATO

3 Art. 86 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (LC nº 269, de 22 de janeiro de 2007): “Aos casos mencionados nesta seção, aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil” (MATO GROSSO, 2007).

GROSSO, 2014, grifo nosso).

Por fim, é salutar falar da possibilidade de se apreciar a legislação de outros Tribunais de Contas alhures, no intuito de trazer a admissível e legítima aplicação da multa coercitiva, visando à efetivação das atribuições constitucionais que lhes são peculiares. No entanto, chegar-se-ia à igual conclusão de que alguns teriam o instrumento processual previsto expressamente nas normas regedoras (leis orgânicas e regimentos internos), ou aplicavam-no com arrimo na subsidiariedade do Código de Processo Civil, agora com nova roupagem, assim também como nas demais vertentes que serão posteriormente elencadas.

5 FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A APLICAÇÃO DAS ASTREINTES POR PARTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ – TCE/CE

Na tentativa de se estabelecer a categoria do rito processual seguido pelos tribunais de contas, é ocasionada, pela própria doutrina especializada, a seguinte contrariedade: há correntes que o entendem ser tipicamente administrativo, regulado e subsidiado pela Lei Geral do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99, tendo em vista a natureza jurídico-administrativa de tais cortes; e outras o enquadram com maior veemência na processualística judicial (norteada pelo Código de Processo Civil, hoje Lei nº 13.105/15), sem, portanto, tirar-lhe os intrínsecos aspectos administrativos, apresentando-o como um processo híbrido que propugna o devido processo legal “due process of law”.

Nesse ínterim, os processos das cortes de contas, segundo Araújo (2010, p. 418), “não se constituem [...] em processos judiciais, pois a função jurisdicional do Estado seria levada a efeito pelo Poder Judiciário”, tampouco “processos administrativos, porquanto [...] não está a examinar [...] sua própria ambiência, mas, sim, [...] outros órgãos”. Por fim, a classificação seguida neste trabalho é aquela que os considera como sendo verdadeiros processos de controle (ARAÚJO, 2010, p. 418), por meio dos quais se busca instrumentalizar os procedimentos tomados no exercício do controle externo da

administração pública.

Mesmo não sendo estritos à vertente puramente judicial, de onde as multas periódicas são hauridas, e dado o citado hibridismo que lhes são peculiares, vê-se o alcance de sua aplicação nos também denominados processos de contas. Ademais, algumas particularidades devem ser consideradas, como os modo e tempo adequados para a aplicação (acautelatória ou conjuntamente à multa ordinária), a estipulação do *quantum* e, “como os juízes de contas são denominados, em nível estadual, *Conselheiros*, a liberalidade destes em aplicar de ofício ou a requerimento, não da parte interessada – por óbvio –, mas, e.g., dos Procuradores do Ministério Público de Contas”, conforme aduz Santos Neto (2015, p. 188).

Entrementes, elencando os fundamentos pelos quais o Tribunal de Contas do Ceará poderá firmar-se para a aplicação do instituto da multa coercitiva, temos: a referida subsidiariedade do Código de Processo Civil (CPC), estabelecido no ordenamento jurídico como o “*códex* mais desenvolvido e maduro em matéria processual” (SANTOS NETO, 2015, p. 188), podendo a área subsidiada tê-lo como aporte crucial às suas regras processuais pela omissão de norma necessária e viável ao desfecho satisfatório dos procedimentos de controle na sua legislação de regência. Essa realidade é demonstrada na sistemática dos Tribunais de Contas de Rondônia e do Rio de Janeiro.

Em análise à Lei Orgânica do TCE/CE (Lei nº 12.509/95) e, consequentemente, ao Regimento Interno (Resolução nº 835/07), não se constatou dispositivo mencionando a possibilidade do uso subsidiário e/ou supletivo do CPC. O máximo que se viu foi a previsão do art. 122 do Regimento Interno do TCE/CE⁴, que poderia ensejar o alcance do art. 537 do NCPC se também tivesse previsto tal possibilidade nas normas regedoras do Tribunal de Contas da União (TCU)⁵. Só que esse artigo, por sua vez, também não previu. Todavia, não é de se descartar a hipótese de aplicação, haja vista que o princípio da subsidiariedade é intrínseco e implícito às regras processuais, legitimando incontestemente sua veiculação nos feitos de controle.

O poder geral de cautela foi reconhecido ao Tribunal de Contas Nacional pelo STF quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 26.547/

4 Art. 122 do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Ceará: “Nos casos omissos, aplicam-se subsidiariamente os dispositivos do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, desde que compatíveis com a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará” (CEARÁ, 2016c).

5 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/cidadao/cidadao.htm>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

DF. Nesse julgado, a mais alta Corte de Justiça do Brasil, enaltecendo a Teoria dos Poderes Implícitos, aduziu em suma que àquela Corte de Controle também é facultada as medidas cautelares atípicas, ou seja, medidas que não estejam expressamente previstas no seu ordenamento, mas que se façam necessárias à consecução dos seus misteres constitucionais. Veja-se parte do decisório:

Torna-se essencial reconhecer – especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda a doutrina dos poderes implícitos [...] – que a **tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo**, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais (BRASIL, 2007, grifo nosso).

Falar em poder cautelar genérico é reportar-se ao artigo 297 do NCPC (antigo art. 798 do CPC), em que é previsto como sendo um instituto processual de caráter excepcional, invocado quando não mais houver medidas ordinárias/típicas a serem aplicadas para a tutela provisória. Aqui cabe uma ressalva à luz do NCPC, pois, de acordo com a atual ordem, medidas cautelares típicas não são mais procedimentos especiais, e sim meios de efetivação da tutela de urgência. Subsistindo, pois, a possibilidade de o juiz adotar outras medidas adequadas à efetivação da tutela jurisdicional diante do risco de comprometimento do resultado útil dos processos.

É instituto considerado necessário em todos os quadrantes do planeta e decorre da impossibilidade de previsão de todas as situações de perigo para o processo que pode vir a ocorrer. Por tal razão, da qual exsurge a excepcionalidade, tem-se considerado necessário prever a possibilidade de o juiz conceder outras medidas que não apenas aquelas estabelecidas de forma expressa pelas leis processuais (CÂMARA, 2014, p. 56).

Dessa forma, atrelando a matéria à sistemática do controle externo (não só do TCU, mas dos demais Tribunais de Contas, por força da multicidade simetria constitucional), as *astreintes* são vistas como uma dessas medidas adequadas, necessária diante do desatendimento, da omissão injustificada ou da perdurável inércia dos gestores e demais jurisdicionados, sendo apli-

cada com a finalidade de pressioná-los ao cumprimento das determinações impostas pelas cortes de controle.

O ulterior fundamento pelo qual se pode basear o uso da multa periódica reside no instituto da analogia, consistente segundo Gonçalves (2009, p. 49) “em aplicar a caso não previsto a norma legal concernente a uma hipótese análoga prevista e, por isso, tipificada”. É, pois, quando existem duas situações semelhantes que dependem da aplicação da mesma regra de Direito, sendo que uma das duas está amparada legalmente e poderá ser usada analogicamente na que carece, suprimindo-a. Ressalta-se, por oportuno, que essa é uma linha de debate mais científica.

A esse *modus operandi* dá-se o nome de integração das normas jurídicas, disciplinada no Direito Civil. Destarte, tem-se a máxima de que o Direito prevê os meios para o suprimento dos espaços vazios e a promoção da integração do sistema, ocasionando a “plenitude lógica do sistema” (GONÇALVES, 2009, p. 49). No Direito brasileiro, os critérios de integração das normas – dentre os quais se encontra a analogia – são previstos no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), “quando a lei for omissa o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito” (BRASIL, 1942).

Dessa forma, a analogia como sendo um dos critérios de integração de lei apresenta-se como um dos meios que legitima a aplicação da multa coercitiva pelo TCE/CE. Portanto, ante a falta de expressa previsão em sua legislação e dada a necessidade e possibilidade de ser infligida desde que o caso guarde similitude com outros que a aplicaram, v. g., pelos tribunais apresentados (em capítulo anterior), é válido recorrer ao instituto da analogia para colmatar a legislação.

6 CONCLUSÃO

À Corte de Contas cearense é possível conceder o epíteto de “guardião do dinheiro público” por ocupar posição na ordem constitucional estadual de instituição autônoma e independente, detentora da relevante missão de auxiliar tecnicamente o Poder Legislativo do estado na execução do sistema

de controle externo da administração pública, assegurando, desse modo, à sociedade cearense, a regular aplicação dos recursos públicos, promovendo a *accountability* (prestação de contas/responsabilização), pautando-se, sobretudo, nos princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

Portanto, a atuação dos tribunais de contas dos estados, como à do estado do Ceará, tem como objetivo único e salutar ao interesse da coletividade de pressionar os gestores da *res publica* (coisa do povo) e quaisquer outros agentes que administrem dinheiro, bens e valores públicos a reverenciar os provimentos especializados exarados por essas casas de controle. Por esse relevante motivo não se pode restringir os meios processuais que lhes são imprescindíveis, visto que são verdadeiros instrumentos de efetivação de ditames constitucionais, como a tarefa de operacionalizar a citada prestação de contas, prevista no art. 70 da Constituição Federal.

Assim, pretendeu-se demonstrar neste estudo o alargamento da sistemática processual executada no âmbito do TCE/CE, haja vista sua essencialidade ao interesse público, defendendo o emprego legítimo, necessário e eficaz do instituto processual das *astreintes* (multa diária), previsto hodiernamente no art. 537 da Lei nº 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil), nos processos de controle sob sua jurisdição, por meio de fundamentos como o princípio da subsidiariedade, o poder cautelar genérico e o instituto da analogia (de caráter mais científico), como forma de garantir a concretização das suas atribuições constitucionais e legais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. C. M. **Controle da atividade administrativa pelo Tribunal de Contas na Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Reclamação nº 3.897/PB**. Brasília, 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1126000&num_registro=201000125384&data=20120612&formato=PDF>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 410**. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27410%27>>. Acesso em: 27 mar. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS/26547**: medida cautelar em mandado de segurança. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=102&dataPublicacaoDj=29/05/2007&incidente=3700707&codCapitulo=6&numMateria=78&codMateria=2>>. Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 28 mar. 2016.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**, v. 3. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CEARÁ (Estado). **Constituição do Estado do Ceará**. Fortaleza, 2004. Disponível em: <<http://www.ceara.gov.br/simbolos-oficiais/constituicao-do-estado-do-ceara>> Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Lei nº 12.509, de 6 de**

dezembro de 1995. Fortaleza, 1995. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/jurisdicionado/legislacao/legislacao-tce/2012-09-13-19-55-47/finish/86-lei-organica-completa/2496-lei-n-12-509-de-6-de-dezembro-de-1995-d-o-e-06-12-1995-dispoe-sobre-a-lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-do-ceara-e-da-outras-providencias>> Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Resolução nº 835, de 3 de abril de 2007.** Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/jurisdicionado/legislacao/legislacao-tce/2012-09-13-20-07-00/finish/83-regimento-interno-do-tce-ce/2499-regimento-interno-do-tribunal-de-contas-do-estado-do-ceara-atualizado-ate-a-emenda-regimental-n-5-2014-d-o-e-de-28-04-2014>> Acesso em: 30 mar. 2016.

DINAMARCO, C. R.. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

GONÇALVES, C. R.. **Direito civil brasileiro: parte geral**, vol. I. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, M. V. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar civil**, vol. 3. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, L. H. **Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MATO GROSSO (Estado). Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. **Lei complementar nº 269, de 22 de janeiro de 2007.** Cuiabá, 2007. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00051757/LEI%20ORG%C3%82NICA%20-%20ATUALIZADA%20AT%C3%89%20JANEIRO%20DE%202015.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. **Resolução 14, de 02/20/2007.** Cuiabá, 2007. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00061422/REGIMENTO%20INTERNO%20-%20ATUALIZADO%20AT%C3%89%2008-03-2016.pdf>> Acesso em: 28 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. **Processo 15.689-2/2014**. Cuiabá, 2014. Disponível em: <http://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00046875/C__controlP_TEMP_JULGAMENTO_SINGULAR_156892_2014_01.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Lei Complementar nº 102, de 17/01/2008**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.tce.mg.gov.br/index.asp?cod_secao=6P&tipo=1&url=&cod_secao_menu=5L> Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Resolução nº 12, de 17/02/2008**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <<http://tclegis.tce.mg.gov.br/Home/Detalhe/978636>> Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas de Minas Gerais. **Processo 886230**. Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <<http://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/Visualizar?arquivo=410991&processo=886230&data=17%2F04%2F2013%2000%3A00%3A00>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

NERY JÚNIOR, N.; ANDRADE, R. M. N. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, Seccional Rio Grande do Sul. **Novo código de processo civil anotado**. Porto Alegre: OAB/RS, 2015. Disponível em: <http://www.oabrs.org.br/novocpcanotado/novo_cpc_anotado_2015.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2016.

PARAÍBA (Estado). Tribunal de Contas do Estado da Paraíba. **Processo TC – 07.315/06**. João Pessoa, 2012. Disponível em: <<https://tramita.tce.pb.gov.br/tramita/pages/main.jsf>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Lei Complementar nº 63, de 1º de agosto de 1990. Rio de Janeiro, 1990**. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/lei-organica;jsessionid=53C5B61A25EABD34AF0084F2BABF90DF>>.

tcerj90> . Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Deliberação nº 167, de 10 de dezembro de 1992. Rio de Janeiro, 1992.** Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/regimento=-interno;jsessionid=53C5B61A25EABD34AF0084F2BABF90DF.tcerj90>> . Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. **Processo TCE/RJ nº 210.636-4/14.** Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.tce.rj.gov.br/arquivos/Votos/ANG/141023/21063614.pdf>> . Acesso em: 30 mar. 2016.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. **Lei complementar nº 464, de 5 de janeiro de 2012. Natal, 2012.** Disponível em: <[https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/download/Legislacao/Lei_Complementar_n%C2%BA_4642012_Lei_Org%C3%A2nica_do_TCERN_\(Alterada_pela_LCE_n%C2%BA_5312015\).pdf](https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/download/Legislacao/Lei_Complementar_n%C2%BA_4642012_Lei_Org%C3%A2nica_do_TCERN_(Alterada_pela_LCE_n%C2%BA_5312015).pdf)> Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. **Resolução nº 009/2012, de 19 de abril de 2012.** Natal, 2012. Disponível em: <<http://www.tce.rn.gov.br/Legislacao/RegimentoInterno>> . Acesso em: 30 mar. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. **Processo nº 18277/2013.** Natal, 2014. Disponível em: <https://arearestrita.tce.rn.gov.br/as/NoticiasTCE/2584/18277_2013_voto_vencido_do_Cons._Thompson_contrato_do_ITORN.pdf> . Acesso em: 30 mar. 2016.

RONDÔNIA (Estado). Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Lei complementar nº 154, de 26 de julho de 1996.** Porto Velho, 1996. Disponível em: <<http://www.tce.ro.gov.br/nova/legislacao.tce.asp>> Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Resolução admi-**

nistrativa nº 005/TCER-96, de 13 de dezembro de 1996. Porto Velho, 1996. Disponível em: <http://www.irbcontas.org.br/upload/arquivos/40_regimen-to-interno-do-tribunal-de-contas-de-rondonia.pdf> Acesso em: 4 abr. 2016.

_____. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia. **Processo nº 2826/2013.** Porto Velho, 2016. Disponível em: <http://www.tce.ro.gov.br/arquivos/Diario/Diario_01082_2016-2-2-12-22-43.pdf> . Acesso em: 4 abr. 2016.

SANTOS NETO, J. J. Possibilidades de aplicação das astreintes na processualística do tribunal de contas do estado da Paraíba. In: VALLE FILHO, O. T.; BARROS, P. B. T.; MELO, A. C.; SOUTO, A. H. A.; OLIVEIRA, M. A. (Org.). **TCCendo saberes.** Série Direito. 5. ed. v. 5. João Pessoa: UNIPÊ, 2015, p. 180-192.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**, v. II. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Evolução Histórica do Controle de Constitucionalidade no Brasil

Historical Evolution of Constitutionality Control in Brazil

Antonio Luiz Garcia Júnior¹

RESUMO:

Uma análise histórica e jurídica da evolução do controle jurisdicional de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, traçando as características e principais nuances do tema em cada uma das Constituições que um dia estiveram vigentes no Brasil, arrematando com um breve estudo sobre a atual sistemática de controle de validade das normas perante a Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chave: Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. Evolução Histórica. Constituições do Brasil.

ABSTRACT:

A historical and legal analysis of the evolution of jurisdictional constitutionality control in the Brazilian legal system, tracing the features and main nuances of the theme in each of the Constitutions that were once prevailing in Brazil, finalizing with a brief study of the current control system of validity of the rules considering the 1988 Brazilian Federal Constitution.

Keywords: Jurisdictional Constitutionality Control. Historical Evolution. Brazilian Constitutions.

¹ Advogado, graduado pela Universidade Federal do Ceará em 2011. E-mail: antonioluiz.adv@gmail.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O controle de constitucionalidade é de importância incomensurável para a manutenção de um sistema uníssono e equilibrado, já que identifica e expurga do ordenamento jurídico as normas que não observam os preceitos fundamentais trazidos no bojo da Carta Magna, usada como parâmetro.

No Brasil, ao longo de toda a experiência constitucional, excluindo-se a Constituição Imperial de 1824 – que por motivos adiante explicitados, não abria espaço para o controle jurisdicional das normas em face da Lei Maior –, sempre se verificou a presença de procedimentos para a identificação de leis e atos normativos de caráter inconstitucional, procedendo-se, em seguida, com a eliminação deste objeto do sistema normativo regido pela Constituição pátria.

Ocorre que, assim como o direito em si, a sistemática de controle de constitucionalidade das normas também está em constante evolução, mudando para se adaptar melhor à realidade política, jurídica e social vivenciada pela sociedade brasileira à época em que se apresenta.

Os meios de exercício da jurisdição constitucional ora empregados em nosso ordenamento não foram integrados à Lei Maior de forma isolada e abrupta. Pelo contrário, são frutos de uma longa e exaustiva escalada dentro das anteriores cartas políticas nacionais. Ao longo da experiência jurídica nacional, muito já se foi aplicado e esquecido até que se chegasse aos atuais paradigmas para o exercício do Controle de Constitucionalidade.

Assim, antes de se adentrar mais profundamente nos aspectos procedimentais do atual sistema de controle normativo das leis diante da Constituição, faz-se um breve histórico das Cartas Magnas brasileiras, analisando os aspectos trazidos em seus bojos no que tange ao controle sistemático de normas infraconstitucionais.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Constituição Imperial de 1824

Por força da grandiosíssima influência francesa e inglesa sobre os juristas brasileiros, não houve, no corpo da Carta Política então outorgada, disponibilização de qualquer espaço para o Controle Jurisdicional de Constitucionalidade de Normas.

Essa situação verificava-se diante do fato de que os juristas brasileiros, à época, viam-se tomados principalmente pelo espírito da doutrina hermenêutica francesa. Para estes, apenas o próprio Legislador poderia conhecer o real significado da lei por ele promulgada, não cabendo aos juízes ou a qualquer outra pessoa tentativas para interpretar a norma, devendo os magistrados limitarem-se a aplicar as regras instituídas, vez que a lei era a expressão da vontade geral.

Dessa forma, não caberia falar em controle jurisdicional de constitucionalidade. Nas sábias palavras de Gilmar Mendes, “era a consagração de dogma da soberania do Parlamento” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010). Atribuiu-se ao Legislativo a tarefa de “velar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da nação” (NOGUEIRA, 2001). Assim, para alguns, houve o que se poderia considerar “um controle de constitucionalidade não com essa designação, político” (PALU, 2001).

Sob este enfoque, é bastante pontual e salutar o ensinamento de Bueno (1978), posto que reflete de maneira lídima e direta o pensamento incrustado no espírito dos juristas da época imperial, ferrenhos defensores do princípio da soberania do Legislativo como real detentor da vontade das leis:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas vistas suas vontades e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse. (p. 120).

Cabe aqui abrir um espaço com o intuito de salientar que este posicionamento é plenamente compreensível se visualizarmos que adveio das

influências tidas após a Revolução Francesa ocorrida no final do século XVIII, onde plebe e burguesia, cansadas dos privilégios e usurpações praticadas pelo clero e pela nobreza, apegam-se a elaboração de leis que possam protegê-lhes contra esses abusos, limitando os tribunais à simples aplicação, diante do receio da deturpação das normas em favor daqueles que antes já abusavam do poder.

Todavia, destaca-se que essa influência do direito francês, onde se vê a lei como “expressão da vontade geral”, e inglês, de onde se extrai o princípio da soberania do Parlamento, não é o único motivo para a ausência de fiscalização da constitucionalidade das normas por atuação do judiciário. Em grande parte deve-se também à figura do Imperador, que, através do Poder Moderador, utiliza de suas atribuições para exercer uma função de coordenador, cabendo a ele a defesa dos preceitos contidos na Constituição, visando sempre manter a independência, o equilíbrio e a harmonia entre todos os poderes, bem como a defesa do ordenamento jurídico como um todo.

Ora, o papel constitucional atribuído ao Poder Moderador, ‘chave de toda a organização política’, nos termos da Constituição, praticamente inviabilizou o exercício da função de fiscalização constitucional pelo Judiciário. Sim, porque, nos termos da Constituição de 1824, ao Imperador cabia solucionar os conflitos envolvendo os Poderes, e não ao Judiciário. (CLÈVE, 1995, p. 63-64).

Diante de um poder tão forte como o moderador, houve quem defendesse que caso houvesse um sistema de controle de constitucionalidade das normas durante o período imperial, este só poderia ser de competência e legitimidade do próprio Imperador, no exercício de suas atribuições como Moderador (BITTENCOURT, 1997).

Como se verifica, na Constituição do Império, diante da consagração do dogma da soberania do Parlamento – influência dos direitos francês e inglês –, bem como em função do papel desempenhado pelo Imperador como titular do Poder Moderador, não houve espaço para o controle jurisdicional de constitucionalidade das normas.

2.2 Constituição de 1891

Na constituição Republicana de 1891, os empecilhos que se verificavam na carta anterior não mais se apresentavam, abrindo espaço, assim, para a regulamentação de um sistema organizado de controle jurisdicional das normas em função da Constituição.

Com efeito, sob a influência não mais do direito francês, mas sim sob os auspícios do direito norte-americano e baseando-se primordialmente no célebre *Chief Justice Marshall* e em sua decisão proferida no caso *Marbury vs Madison*, nos dizeres de Pedro Lenza, inaugurou-se no Brasil a sistemática do controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais por qualquer juiz ou tribunal, observadas as regras de competência e organização judiciária.

Trata-se do denominado controle difuso de constitucionalidade, repressivo, posterior, ou aberto, pela via de exceção ou defesa, pelo qual a declaração de inconstitucionalidade se implementa de modo incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao mérito. (LENZA, 2011).

Essa experiência, inclusive, veio confirmar aquilo que já se havia inserido na constituição provisória (BRASIL, 1890). Àquela época já trazia o texto normativo provisório que dos acórdãos das justiças estaduais caberia recurso ao Supremo Tribunal Federal (STF) sempre que questionasse validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão da justiça do Estado fosse contra ela, bem quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos, ou lei impugnados. Tal sistemática foi mantida no texto da Constituição de 1891, no teor do seu art. 60, §1º.

As críticas surgem no passo em que se percebe que o sistema difuso implementado pela Constituição de 1891 acaba por gerar uma incerteza jurídica dentro do ordenamento pátrio, vez que dava competência para todos os juízes e Tribunais conhecerem de arguições de inconstitucionalidades de leis e atos normativos, sempre com efeitos *inter partes*, dando espaço, assim, para a proliferação de decisões muitas vezes contraditórias dentro do território nacional.

2.3 Constituição de 1934

Na Constituição de 34 manteve-se o sistema difuso norte-americano como modelo a ser seguido. Todavia, houve algumas modificações deveras significativas no que tange à fiscalização de constitucionalidade das normas.

Estabeleceu-se, dentre outros paradigmas, a representação interventiva, verdadeira ação direta de inconstitucionalidade interventiva, de competência para julgamento pelo STF, então denominado Corte Suprema, (BRASIL, 1934, art. 12, §2º), além de introduzir, pela primeira vez no ordenamento pátrio, o Princípio da Reserva de Plenário como forma de estabelecer que a declaração incidental de inconstitucionalidade só poderia acontecer pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal questionado (BRASIL, 1934, art. 179). Ademais, cabe destacar a inclusão também da atribuição ao Senado Federal de competência para suspensão total ou parcial de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por meio de decisão definitiva (BRASIL, 1934, art. 91, inciso IV).

Foi diante da enumeração, pela Carta de 34, dos princípios constitucionais sensíveis, cuja violação ensejava a intervenção federal, que surgiu a ação direta de inconstitucionalidade para evitar tal intervenção. A legitimidade para propor a Ação era do Procurador-Geral da República, que diante de Intervenção Federal, apresentava representação perante a Corte Suprema para que esta tomasse conhecimento da lei que decretava a intervenção e a declarava constitucional. Era no azo condição *sine qua non* para a efetivação da intervenção pelo ferimento dos princípios constitucionais sensíveis.

Embora não possa ser tida como uma ação direta de controle concentrado de constitucionalidade, pode-se afirmar que era uma “composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia de lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, §3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, §2º)” (MENDES; MARTINS, 2001, p. 24).

Deste modo, a ação de inconstitucionalidade interventiva, como ficou conhecida, embora tivesse por objeto de ataque a lei federal interventiva, acabava, em última análise, por verificar a constitucionalidade também da lei ou do ato estadual.

Foi uma grande evolução no ordenamento pátrio, visto que se começava a introduzir no sistema jurisdicional um instrumento semelhante àquele que se difundia na Europa. Entretanto, ele ainda estava diante de um controle

concreto, ressalte-se, visto que se analisava um caso de intervenção federal, não se podendo ainda falar em controle abstrato de normas.

Como dito acima, o problema do controle difuso, como vinha sendo exercido no Brasil, era que, ao passo em que dava competência para qualquer juiz deixar de aplicar lei ou ato normativo por julgá-los inconstitucionais, dava também espaço para que houvesse decisões contraditórias dentro de um mesmo ordenamento. Com o advento da Cláusula de *Full Bench* (Princípio da Reserva de Plenário), buscou-se exatamente dar maior solenidade para a declaração de incompatibilidade de lei em face da Constituição (pelo menos nos casos levados aos Tribunais Colegiados), a fim de se evitar uma enxurrada de decisões incongruentes.

Outro passo deveras importante foi a atribuição, ao Senado Federal, de competência para, à vista de comunicação promovida pelo Procurador-Geral da República, poder emitir decreto que suspendia a eficácia de lei tida por inconstitucional pela Corte Suprema, dando assim efeito *erga omnes* ao julgado, conforme art. 91, inciso IV da Constituição de 34 (BRASIL, 1934). Deste modo, decretada em caso concreto e por meio de sistema difuso, ao invés de a eficácia do *decisum* ser apenas *inter partes*, outorgava-se oposição *erga omnes* à decisão, desde que aprovada pelo Senado a suspensão do ato normativo impugnado.

É, junto com os instrumentos acima descritos, mais um modo que os juristas encontraram de aproximar, embora timidamente, o sistema de controle jurisdicional brasileiro daquele imprimido na Europa.

2.4 Constituição de 1937

Toda a evolução do controle jurisdicional brasileiro feito por oportunidade da promulgação da Carta anterior foi esquecida com a outorga da Constituição de 1937. Conhecida como Polaca, foi elaborada pelo jurista Alberto Campos sob forte inspiração da Constituição ditatorial da Polônia (1935).

A Constituição de 37 ditava a organização do Estado Novo sob a égide da Era Vargas, num ambiente nitidamente ditatorial, onde se exacerbavam as competências e atribuições do Executivo, em detrimento do Judiciário e até mesmo do Legislativo.

No que tange ao Controle de Constitucionalidade, ao invés de evo-

lução passou-se por supressão dos instrumentos anteriormente inaugurados nas experiências constitucionais anteriores.

Com efeito, manteve-se o controle difuso das normas como forma principal de averiguação da compatibilidade das leis e atos com a Constituição, bem como continuou valendo a regra do *Full Bench*. Todavia, tanto a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva quanto a competência ao Senado – que inclusive deixara de existir, sendo substituído pelo Conselho Federal (NEVES, 2007) – para suspensão da eficácia de lei ou ato normativo tidos por inconstitucionais pelo Judiciário foram excluídas da Lei Maior, representando um grave retrocesso em detrimento de uma exacerbação dos poderes do Executivo.

Ademais, muito embora tenha perseverado o modelo difuso de fiscalização jurisdicional de constitucionalidade, nem mesmo este sistema de controle escapou ileso à ditadura pela qual passava o país. Tome-se como principal exemplo o disposto no Parágrafo Único do art. 96 da Carta Polaca. Por força de tal dispositivo, deu-se poder ao Presidente para, diante de sentença que declarasse inconstitucional algum ato ou lei, levar tal decisão à apreciação do Parlamento, para que este deliberasse se mantinha ou não o julgado.

Art 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal. (BRASIL, 1937)

Ocorre que, como não houve convocação para as eleições do Legislativo, não havia Parlamento, cabendo ao próprio Presidente regular a matéria legislativa reservada à União por meio de decretos-leis, conforme art. 13 da Carta de 37 (BRASIL, 1937). Assim, poderia o Presidente, a despeito de sua interpretação, sustar julgamento de inconstitucionalidade de lei que achasse que fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta (leia-se, ao governo).

Foi verdadeira usurpação das instituições antes conquistadas pelo Judiciário e um retrocesso de todos os avanços feitos pelas experiências anteriores.

Se estabeleceu a possibilidade de o Presidente da República influenciar as decisões do Poder Judiciário que declarassem inconstitucional determinada lei, já que, de modo discricionário, poderia submetê-la ao Parlamento para seu reexame, podendo o Legislativo, pela decisão de 2/3 de ambas as Casas, tornar sem efeito a declaração de inconstitucionalidade, desde que confirmasse a validade da lei. (LENZA, 2011, p. 228).

Tal modificação, como se nota, acabou por fortalecer ainda mais o Executivo em detrimento da autonomia dos demais poderes, o que reflete a realidade ditatorial pela qual o país vinha passando sob as rédeas da Era Vargas, podendo-se falar que foi esta a página negra da história constitucional brasileira (NEVES, 2007).

2.5 Constituição de 1946

Na busca pela retomada da democracia após a derrubada do regime ditatorial anteriormente vigente, a Constituição de 46 trouxe de volta as instituições anteriormente suprimidas pela Era Vargas.

Manteve-se, novamente, o controle difuso de normas (*Judicial Review*), sem se seguir com mais ênfase o caminho empreendido pela experiência europeia que cada vez mais avançava para a adoção do sistema concentrado de controle de constitucionalidade (Sistema Austríaco).

Retornou, ademais, ao ordenamento pátrio a competência do Senado para suspensão – após provocação do Procurador-Geral da República – da eficácia de atos e leis declarados inconstitucionais pelo STF, o que outorgava, como dito, efeitos *erga omnes* às decisões oriundas de casos concretos.

A Cláusula de Reserva de Plenário também se manteve insculpida na Carta, mostrando seu importantíssimo papel como meio de se preservar a presunção de validade dos atos normativos em face da constituição.

A ação de inconstitucionalidade interventiva também voltava ao ordenamento. Todavia, sofrera algumas modificações deveras salutares. Desta vez, ao contrário do que ocorria anteriormente, a Lei Estadual que supostamente

feriria os princípios constitucionais sensíveis já era passível de um controle direto de sua constitucionalidade, e não apenas indireto, como antes ocorria.

Assim, cabia ao Procurador-Geral da República, único legitimado, propor representação junto ao Supremo para que a referida Corte analisasse a constitucionalidade da Lei Estadual diante dos princípios constitucionais sensíveis. Caso fosse constatada a incompatibilidade, suspendia-se a lei com eficácia *erga omnes* (NEVES, 2007, p. 95).

2.6 Emenda Constitucional nº 16/1965

Com a “revolução” de 1964, o Brasil novamente via-se às portas de um governo ditatorial, desta vez, sob a batuta dos militares, que, através do discurso de defensores da nação e da família contra os comunistas, tomaram para si o poder, impondo medidas de exceção e restringindo cada vez mais as liberdades individuais e institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário.

Desde abril daquele ano, quando fora propagada e os militares foram “chamados pela Nação”, começou-se a modificar o texto original da Carta Política em vigor a fim de se proceder com uma maior concentração do poder nas mãos dos “revolucionários”.

Foi neste contexto que se inseriu, na Constituição de 46, já tão modificada por força dos famigerados Atos Institucionais, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de Novembro de 1965. Por meio dela introduziu-se no ordenamento brasileiro o sistema de controle abstrato e genérico de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Com o advento de tal representação, competia ao STF, mediante provocação única e exclusiva do Procurador-Geral da República, o exame da constitucionalidade de qualquer ato ou lei federal ou estadual sem o limite de observação apenas dos ditos princípios constitucionais sensíveis, como ocorria na ação de inconstitucionalidade interventiva. Ademais, cabia ao Senado a suspensão da execução da lei, após comunicação do Supremo.

Assim, percebemos que o início da história do controle concentrado de normas se deu a partir de reclamos autoritários (BONAVIDES, 2003).

A despeito de sua vinculação teórica ao estado de direito, a então chamada representação por inconstitucionalidade nasceu no

Brasil em pleno regime militar, como instrumento de controle do Legislativo pelo Executivo. Graças ao fato de se ter atribuído exclusivamente ao Procurador-Geral da República a legitimação para promovê-la, pode-se dizer que essa representação já nasceu de farda. E de fato, competindo ao Presidente da República a escolha e a nomeação do Procurador-Geral, competia-lhe também, com exclusividade, o poder de fato de representar ao Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade e, posteriormente, para a interpretação das leis e atos normativos federais e estaduais. (MESQUITA, 2001, p. 24).

A despeito de ser hoje inegavelmente um instrumento de garantia de um Estado de Direito, o controle concentrado nasceu sob a pressão de manter o controle do ordenamento jurídico nas mãos dos militares no início de seu regime. Desta forma, sendo a provocação da ação de legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República, demissível *ad nutum* pelo próprio Presidente, detinha o Executivo (ou seja, os militares) o poder de controlar a produção Legislativa e a atividade jurisdicional, uma vez que os Ministros do Supremo, competentes para julgamento da ação, também eram nomeados pelo chefe máximo do Governo Federal.

Ademais, foi dada autorização aos Estados para instituírem, nos mesmos moldes, controle de leis municipais em face de suas Constituições Estaduais.

Assim, sob a batuta do regime ditatorial militar, foi inserido pela primeira vez no ordenamento pátrio um modelo de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade de atos e leis, nos moldes do sistema europeu então vigente, embora ainda predominasse a primazia pelo sistema difuso norte-americano em nosso ordenamento. Não obstante, já se podia observar um sistema misto de controle jurisdicional de constitucionalidade com a presença de referido dispositivo.

2.7 Constituição de 1967 e as Emendas nº 1/1969 e 7/1977

A despeito das mudanças políticas pelas quais o país vinha passando, a Constituição de 67 manteve a sistemática que vinha sendo utilizada anteriormente: primazia pelo sistema difuso, com a possibilidade de promoção de Ação de Inconstitucionalidade Interventiva, bem como da representação genérica de constitucionalidade (introduzida pela Emenda nº 16/1965 à Car-

ta anterior) ao Supremo Tribunal, ambas de propositura exclusiva do Procurador-Geral da República.

Mantiveram-se também tanto a cláusula de Reserva de Plenário quanto a competência do Senado Federal para a suspensão dos efeitos de lei declarada inconstitucional por meio de decisão do STF em controle difuso.

Inicialmente, a principal diferença foi a exclusão da competência dos Tribunais de Justiça para o julgamento de representações de constitucionalidade de leis municipais em face das Cartas Estaduais, tendo em vista que tal procedimento não foi mais permitido no texto de 67.

Com o advento da Emenda nº 1/1969, incluiu-se no texto constitucional a possibilidade de instituição, pelos Estados, de representação interventiva para assegurar a observância dos princípios constitucionais sensíveis trazidos por suas Constituições Estaduais (CUNHA JUNIOR, 2011). Todavia, não houve, novamente, alteração substancial no modelo de controle jurisdicional das normas.

Por fim, cabe destacar que, com a edição da Emenda nº 7/1977, houve a introdução de dois novos mecanismos referentes ao exame de constitucionalidade das normas.

O primeiro foi a criação de representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, de competência para julgamento do Supremo Tribunal Federal e sob legitimidade exclusiva também do Procurador-Geral da República (BRASIL, 1977, art. 119, inciso I, alínea I). O segundo foi a possibilidade de concessão de medida cautelar em representação genérica de inconstitucionalidade (BRASIL, 1977, art. 119, inciso I, alínea b).

Assim foram as experiências constitucionais anteriores no que tange ao controle de validade das leis e dos atos normativos diante da Constituição em vigor. Deve-se ressaltar que todo o caminho percorrido pela jurisprudência e pelos doutrinadores levou ao fortalecimento de um sistema híbrido, por assim dizer, onde inicialmente se prezava pela *Judicial Review* norte americana, sem, contudo, fechar-se as portas às inovações trazidas pelo sistema europeu, baseado naquele instituído por Kelsen para a constituição austríaca.

3 ATUAL SISTEMÁTICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Promulgada em 5 de Outubro de 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil manteve o sistema misto, que até então vinha vigorando no país no que dizia respeito ao controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Deste modo, permaneceram coexistindo os métodos difuso-incidental e concentrado-principal de controle jurisdicional.

Manteve-se ainda a cláusula de Reserva de Plenário, onde, como dito, “somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”, (BRASIL, 1988, art. 97), aplicando-se tal dispositivo tanto no controle difuso quanto no concentrado.

Repetiu-se, outrossim, a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal” (BRASIL, 1988, art. 52, inciso X), entendendo tanto a jurisprudência quanto a doutrina tratar-se de poder discricionário do Senado a execução ou não de tal delegação.

Não podemos olvidar ainda as mudanças que se empreenderam, pois, embora não se tenha mudado drasticamente o sistema misto que se vinha implementando, inovou-se em alguns aspectos importantíssimos.

Com efeito, no que tange ao sistema difuso-incidental, todo juiz ou Tribunal permaneceu competente para conhecer incidentalmente de arguição de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em um caso concreto que esteja julgando, desde que, como dito, observado o princípio do colegiado (BRASIL, 1988, art. 97). Isso no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das ações do poder público.

No que tange às omissões, houve a introdução – pode-se dizer revolucionária – da figura do *mandado de injunção*, instrumento hábil para o controle das omissões legislativas que venham a ferir direito resguardado constitucionalmente.

Naquilo que diz respeito ao modelo concentrado-principal, caminhou-se para o sentido de transformar o Supremo Tribunal Federal em uma espécie de Corte Constitucional defensora da Lei Maior do Estado, embora este esforço ainda não tenha logrado pleno êxito, diante da permanência de com-

petência para conhecimento de alguns recursos e de funções políticas pela Corte Suprema.

Não obstante, passou a ser de competência do STF, precipuamente, a guarda da Constituição (BRASIL, 1988, art. 102, *caput*), devendo zelar pela observância de seus preceitos e promover a defesa das diretrizes nela instituídas.

Com efeito, por força do art. 102, I, alínea a (BRASIL, 1988), cabe ao STF a competência para conhecer e julgar originariamente e exclusivamente, em sede de controle abstrato e principal, o controle de validade de leis e atos normativos federais ou estaduais em face da Constituição Federal de 1988, seja através da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de constitucionalidade.

Seguindo essa mesma fórmula, foi compelido aos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, exclusivamente, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais em face de suas respectivas Constituições Estaduais, também por meio de ações diretas e abstratas.

Ressalte-se que, por força do disposto no art. 97 (BRASIL, 1988) da Constituição Federal (Cláusula de Reserva de Plenário), apenas pelo voto da maioria absoluta dos Ministros componentes do STF, poderá ser declarada a Inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo, seja através de controle concreto por via incidental-recursal, seja através de controle abstrato por via das ações diretas. Deste modo, apenas se reconheceria a invalidade de qualquer ato normativo pelo voto de no mínimo 6 (seis) dos 11 (onze) Ministros membros da Corte Suprema.

Prosseguindo, cabe destacar que a Constituição de 1988 inovou no que diz respeito à regulamentação das ações de controle direto e concentrado de constitucionalidade.

O poder constituinte originário, por força do disposto no art. 103 da Constituição em vigor (BRASIL, 1988), manteve a representação genérica instituída durante o regime militar por força da Emenda nº 16/65 à Constituição de 46, desta feita, sob a denominação de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN).

A inovação, todavia, fez-se principalmente por dois pontos: a introdução na sistemática nacional do controle abstrato de constitucionalidade das omissões legislativas por meio da criação da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (AdO); e do alargamento do rol de legitimados para a propositura de tais demandas objetivas.

A criação de um instrumento como a AdO, que ao lado da ADIN é de competência para julgamento do STF, foi importante inovação, ao passo em que reconhece o dever não apenas negativo do poder público, mas impõe também uma conduta positiva dos órgãos estatais, incluindo-se aí o Poder Legislativo dentro das imposições subscritas na Lei Maior.

No que diz respeito à ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações diretas, corrigiu-se o problema que desde o início do controle concentrado no direito brasileiro vinha-se verificando: a exclusividade outorgada ao Procurador-Geral da República. Eivada do espírito democrático, a dilatação do rol de legitimados é mais um exemplo da busca pela democracia, perdida com o advento do regime que antecedeu a constituinte que elaborou a Carta de 88.

Desse modo, o rol trazido pela Constituição atual, inserido nos incisos do art. 103 da Carta Magna (BRASIL, 1988), é taxativo ao dizer que são legitimados para propor as ações diretas inseridas no *caput* de referido dispositivo:

Art. 103. Omissis.

I – o Presidente da República;

II – a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

VI – o Procurador-Geral da República;

VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;

IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. (BRASIL, 1988)

O atual rol de legitimados sofreu alteração por oportunidade da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mudando-se em tal reforma a redação dos incisos IV e V do dispositivo. A mudança se deu diante de inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudências, que culminaram com a modificação do texto constitucional pelo constituinte derivado, estendendo explicitamente a legitimidade para o Governador e Câmara Legislativa do Distrito Federal. Na redação anterior, a legitimidade para promoção das ações diretas referia-se apenas à Mesa de Assembleia Legislativa e o Governador do Estado, o que acabou por abrir dúvidas quanto à possibilidade de reconhecimento da legi-

timidade do Governador e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, tendo em vista que não se enquadra o Distrito Federal como Estado, embora seja membro da Federação, por força do art. 1º e 18 da CF88 (BRASIL, 1988).

O rol, embora taxativo, não pode ser suprimido por lei infraconstitucional, sob pena de incorrer-se em inconstitucionalidade. Tanto o é que o dispositivo legal que atualmente regulamenta o procedimento das ações diretas (Lei nº 9.868/99) limita-se a repetir o rol em seus arts. 2º e 13 (BRASIL, 1999), ao tratar da legitimidade para se propuser, respectivamente, ADIN e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).

3.1 Emenda Constitucional nº 3 de 1993 e a criação da ADC

Esta última ação (ADC) pode ser tida também como outra importante inovação na sistemática do controle jurisdicional da validade das normas em face da Lei Maior. Introduzida por força da EC nº 3/93, que a inseriu na alínea a do inciso I do art. 102 ao lado da ADIN, inicialmente tinha como objeto apenas a declaração de constitucionalidade de normas federais, possuindo menos legitimados do que aqueles aptos a promover a ADIN.

Com o advento da EC nº 45, de 2004, o rol de legitimados foi equiparado ao da ADIN, embora continue tendo como objeto apenas a apreciação de lei ou ato normativo federal.

Por oportunidade ainda da Emenda Constitucional nº 45/2004, com a nova redação do §2º do art. 102 da Constituição (BRASIL, 1988), estendeu-se à ADC os mesmos efeitos dados à ADIN, dando-se às decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Desta forma, ficou clara a intenção de emprestar-se caráter dúplice às referidas ações objetivas de controle de constitucionalidade.

Em resumo, basta ter em mente que, em razão desta característica, a improcedência de uma das ações acaba por acarretar na procedência da outra: declarada improcedente uma ADIN, tem-se a declaração de Constitucionalidade do dispositivo impugnado; por seu turno, julgada improcedente

uma ADC, temos a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo que se buscava reconhecer por constitucional.

O fato é que, após sua implementação, ao longo do desenvolvimento empírico do dispositivo, incluiu-se como pressuposto para sua procedibilidade a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória – sendo posteriormente inclusive sua comprovação posta como requisito de admissibilidade da petição inicial nos termos do dispositivo legal que regula o procedimento.

Logo após seu surgimento, houve grande controvérsia jurídica exatamente sobre a constitucionalidade ou não da própria ADC. Por todo o país, empreenderam-se discursos pró e contra referido instrumento, havendo verdadeiro cisma doutrinário à época. José Afonso da Silva é quem traz o melhor exemplo dos argumentos levantados por aqueles que pregavam pela inconstitucionalidade de referida ação, por entender que se estaria em choque direto com princípios defendidos constitucionalmente, tais como o do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e até mesmo da separação dos poderes, todos protegidos inclusive pelo §4º do art.60 (cláusulas pétreas) (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma ação que tem a característica de um meio paralisante de debates em torno de questões jurídicas fundamentais de interesse coletivo. Terá como pressuposto fático a existência de decisões de constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental. Seu exercício, portanto, gera um *processo constitucional contencioso*, de fato, porque visa desfazer decisões preferidas entre partes, mediante sua propositura por uma delas. Nesse sentido, ela tem verdadeira natureza de meio de impugnação antes que de ação, com o mesmo objeto das contestações apresentadas nos processos concretos, sustentando a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, e sem as contrarrazões das partes contrárias. Então, a rigor, não se trata de processo sem partes, e só aparentemente é *processo objetivo*, porque, no fundo, no substrato da realidade jurídica em causa, estão as relações materiais controvertidas que servem de pressuposto de fato da ação. (SILVA, 2007).

Desse modo, por não haver, logo após sua criação, uma Lei que regulamentasse seu procedimento (só vindo referido dispositivo ser elaborado em 1999), o trâmite da ADC seguia parâmetros jurisprudenciais retirados do em-

pirismo do próprio STF, tendo sido inclusive suscitada a questão de ordem acerca de sua inconstitucionalidade logo por oportunidade do julgamento da ADC nº 1.

Em referida oportunidade, por ocasião do voto do Min. Rel. Moreira Alves, foi afastada a questão da Inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3 de 1993, que criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade, consolidando a existência de tal instituto no ordenamento pátrio e silenciando de vez os argumentos queixosos contra sua validade.

Em seu voto, fazendo breve explanação sobre o caminho percorrido pela experiência constitucional pátria ao longo dos anos, explicou acerca da necessidade da implementação da Ação Declaratória de Constitucionalidade e arrematou afirmando:

A improcedência desses ataques com relação à cláusula pétrea relativa aos direitos e garantias individuais é evidente em face de os instrumentos pelos quais se realiza o controle concentrado da constitucionalidade dos atos normativos – e a ação declaratória de constitucionalidade é um deles – terem a natureza de processos objetivos que visam ao interesse genérico de defesa da Constituição em seu sentido mais amplo, e aos quais, por essa natureza mesma, não se aplicam os preceitos constitucionais que dizem respeito exclusivamente a processos subjetivos (processo inter partes) para a defesa concreta de interesses de alguém juridicamente protegidos.

Num processo objetivo, que se caracteriza por ser um processo sem partes contrapostas, não tem sentido pretender-se que devam ser asseguradas as garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa, que pressupõe a contraposição concreta de partes cujo conflito de interesses se visa a dirimir com a prestação jurisdicional do Estado. Nos processos objetivos de controle concentrado em abstrato de atos normativos não há prestação jurisdicional ínsita do Poder Judiciário e que pressupõe, direta ou indiretamente, conflito de interesses a ser dirimido, mas meios do exercício de forma específica de jurisdição – a jurisdição constitucional – que se traduz em ato político de fiscalização dos Poderes (inclusive do Judiciário) quanto à conformidade, ou não, à Constituição dos atos normativos por eles editados. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1995).

Diante de tal circunstância, foi reconhecida a constitucionalidade da

EC 3/93 e da criação e aplicação da Ação Declaratória de Constitucionalidade ao se defender o caráter puramente objetivo da demanda em comento, razão pela qual não teria sentido enveredar querela impugnando-se tal dispositivo em função de princípios como do contraditório e da ampla defesa, diante da ausência de partes que são características das ações objetivas.

Assim, com o advento posterior da Lei nº 9.868/99, o procedimento das ações objetivas de controle de constitucionalidade passou a ter regulamentação legal, não sendo mais praticado com base nos regimentos internos dos Tribunais ou experiências jurisprudenciais anteriores, muito embora o dispositivo legal que hoje os regula tenha absorvido grande parte dos métodos e procedimentos desenvolvidos ao longo da prática constitucional desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se, pois, dizer que a Constituição de 1988 revolucionou por primar pela primeira vez no ordenamento jurídico pátrio pelo controle concentrado de constitucionalidade, o que se pode aferir de toda a sistemática e importância jurídica e política dada às ações objetivas utilizadas para tanto.

Não se pode, contudo, negar a importância da evolução histórica do controle jurisdicional de constitucionalidade no direito brasileiro para esta construção que hoje se vislumbra. Os institutos e métodos que hoje se verificam vigentes na Constituição Federal são, na verdade, construções graduais da experiência evolutiva emplacada desde seu surgimento com a Constituição Republicana de 1891, passando pelos avanços e regressos ao longo dos anos e dos mais diversos regimes sociais, políticos e jurídicos.

Por fim, conhecendo-se o caminho que levou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro aos moldes hodiernos, podem-se traçar melhor os rumos que porventura devem nortear a matéria hoje e adiante.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, C. A. L. **O controle de constitucionalidade das leis**. Atualizado por José Aguiar Dias. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional de democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de Março de 1824. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1891)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de Fevereiro de 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1934)**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de Novembro de 1937. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1946)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de Setembro de 1946. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1946)**. Emenda Constitucional nº 16, de 26 de Novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder

Judiciário. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc16-65.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1967)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1967)**. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de Abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de Outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 5 fev. 2015.

_____. **Decreto nº 510, de 22 de Julho de 1890**. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=510&tipo_norma=DEC&data=18900622&link=s>. Acesso em: 5 fev. 2015.

BUENO, J. A. P. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.

CLÈVE, C. M. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CUNHA JUNIOR, D. **Controle de Constitucionalidade**: teoria e prática. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

LENZA, P. **Curso de Direito Constitucional Esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, G. F.; MARTINS, I. G. S. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: comentários a lei nº 9.868, de 10-11-99. São Paulo: Saraiva, 2001.

MESQUITA, J. I. B. O desmantelamento do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXII, n. 67, p. 87-93, ago. 2002.

NEVES, A. L. B. **Introdução ao controle de constitucionalidade**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

NOGUEIRA, O. **Constituições brasileiras**: 1824. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT e Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2001.

PALU, O. L. **Controle de Constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tribunal Pleno**. ADC 1/DF. Min. Rel. Moreira Alves. Data do julgamento: 27.10.1993. DJ de 16.06.1995, 2012.

Crimes contra a Administração Pública

Crimes against Public Administration

Agapito Machado¹

RESUMO:

O presente trabalho põe em discussão importantes aspectos relacionados aos crimes contra a Administração Pública. De início, faz-se uma recapitulação dos conceitos de crime e seus elementos, de Administração Pública e de funcionário público. Em seguida, detalham-se os crimes praticados por particular ou por funcionário público contra a Administração Pública, bem como os crimes contra a Administração da Justiça e contra as Finanças Públicas. Após diferenciar os crimes funcionais comuns dos crimes de responsabilidade, o presente artigo trata do ato de ofício na corrupção passiva, citando os casos “Collor”, “Mensalão” e “Petrolão”. Defende-se que o fato de a vantagem indevida (solicitada, recebida ou aceita) estar relacionada ao ato de ofício do servidor é quilometricamente distante de ser necessária a prática desse ato de ofício para a configuração do crime de corrupção passiva, mormente tratando-se de um crime formal, como é o caso do caput do art. 317 do Código Penal. Analisam-se, também, as teses de conceituados juristas acerca da perda do cargo como efeito automático da sentença e, ao final, são tecidas algumas considerações sobre a pena de cassação da aposentadoria e sobre os efeitos da absolvição criminal no âmbito federal.

Palavras-Chave: Crimes contra a Administração Pública. Corrupção passiva. Ato de ofício. Perda do cargo.

ABSTRACT:

This article brings an important discussion related to crimes against the public administration. Initially, it is a recapitulation of the concepts of crime and its elements, public administration and public official. Then details the crimes

1 Juiz Federal e professor da Universidade de Fortaleza. E-mail: agapitomachado@globocom.com

committed by individuals or by public officials against the public administration, as well as crimes against the administration of justice and against the Public Finance. After differentiating the common functional crimes of impeachable offenses, this article deals with the official act of passive corruption, citing the “Collor”, “Mensalão” and “Petrolão” cases. It is argued that the fact that the undue advantage (requested, received or accepted) to be related to the server official act is quite far from being required to practice this official act for the configuration of the passive corruption crime, especially in the case a formal crime, such as the art. 317 of the Penal Code. Also to analyze the arguments about the loss of office as automatic effect of the judgment and, in the end, some light is shed on the penalty of forfeiture of retirement and the effects of criminal acquittal.

Keywords: Crimes against Public Administration. Passive corruption. Official act. Loss of office.

1 O QUE CONSTITUI CRIME?

Crime, gênero da espécie infração penal, é toda ação/omissão típica, antijurídica ou ilícita, culpável e punível.

Típica (tipicidade) e anterioridade implicam dizer que, para se punir o ato humano, a lei terá de descrever detalhadamente tal conduta e em momento bem anterior a ela. Exemplo: se “Y” causou a morte de “X”, com o intuito de acabar-lhe a vida, no dia 1º de janeiro de 1940, porém, somente em 3 de janeiro do mesmo ano é que a Lei Penal descreveu que quem causar a morte de alguém, na circunstância mencionada, pratica homicídio doloso, “Y” não poderá ser punido.

Antijuridicidade ou ilicitude implica dizer que, mesmo verificada a tipicidade a ação/omissão humana, só será crime se não for protegida pela lei. Ex.: se mato alguém, mas o faço em legitimidade de defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular do direito, não há crime.

Culpabilidade significa dizer que eu preciso ter consciência do que faço, sem qualquer outra interferência em minha vontade. Ex.: “X” lesiona dolosamente “Y”, mas é comprovado que “X” é absolutamente incapaz de saber o que estava fazendo, naquele momento, como no caso do absolutamente louco, mesmo tendo praticado uma ação/omissão típica e antijurídica ou ilícita,

ele não poderá cumprir pena privativa de liberdade (detenção ou reclusão).

Punibilidade, mesmo que a ação/omissão seja típica, antijurídica/ilícita e culpável, a lei pode dispensar o autor de se sujeitar a uma pena privativa de liberdade, como no caso do falso testemunho ou falsa perícia, se ele se retrata nos exatos termos do § 2º do art. 342 do Código Penal.

Na visão dos finalistas (teoria finalista), para que ocorra crime, basta que estejam presentes a tipicidade e antijuridicidade ou ilicitude. A culpabilidade e punibilidade seriam fases pós-crime, o que é discutível, mas não cabe aqui maior aprofundamento.

2 O QUE SIGNIFICA E CONSISTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA?

É o conjunto de agentes (pessoas jurídicas, serviços e órgãos instituídos) do Estado objetivando realizar a gestão de áreas de uma sociedade, como Segurança, Educação, Saúde etc., e, portanto, trabalhando em prol do povo.

Quem trabalha na administração pública tem enorme responsabilidade para com a sociedade, devendo atuar com transparência e de acordo com as normas legais. Quando esse incorre em uma prática ilegal contra os princípios da Administração Pública, o funcionário poderá ser processado e julgado por crimes e, se for o caso, também por improbidade administrativa, conforme a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, além de perder o cargo e indenizar os prejuízos que causar.

A administração pública brasileira é regida pelos princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, a saber, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, entre outros deles decorrentes. É dividida em direta e indireta:

direta, quando desempenhada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios e seus órgãos (Ministérios ou Secretarias), órgãos esses que não ostentam personalidade jurídica própria, cujas despesas inerentes à administração estão previstas nos orçamentos públicos; indireta, quando há transferência de atribuições pelo Estado a outras pessoas jurídicas, quais sejam autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, além de outros organismos privados que recebem subvenções do Poder Público.

3 O QUE SIGNIFICA FUNCIONÁRIO PÚBLICO? O CONCEITO NO ÂMBITO PENAL

O art. 327 e seu § 1º, do Código Penal, tratam do funcionário brasileiro, enquanto que art. 337-D e seu parágrafo único tratam do funcionário público estrangeiro. Após a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, foram introduzidos em nosso Código Penal os crimes previstos nos arts. 337-B a 337-D, praticados por particular contra a Administração Pública Estrangeira.

Com efeito, devemos considerar também a Administração Pública Estrangeira como protegida, no Brasil, pela prática de crimes contra ela praticados, considerando funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, conforme art. 337-D, do Código Penal, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades paraestatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

E, no parágrafo único do mesmo artigo, consta que se equipara a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas diretamente ou indiretamente pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

O funcionário público brasileiro, assim definido e equiparado no art. 327 do Código Penal, à semelhança do que prevê o art. 337-D, para o estrangeiro, pode ser autor de qualquer crime, *seja comum, ocasionalmente funcional ou tecnicamente funcional*.

Na visão da própria Constituição Federal de 1988, art. 37, II, os cargos a serem exercidos pelos funcionários públicos hão de ser providos por meio da competência do candidato, submetendo-se a rigoroso concurso público, de provas ou de provas e títulos e, especificamente para Juiz, de provas e títulos (art. 93, I), para não dever nada seu a ninguém, mormente no primeiro grau do Poder Judiciário, órgão que dá a última palavra sobre os destinos de um povo.

Excepcionalmente, todavia, o ingresso no serviço público é dado sem esse critério de comprovada competência/mérito, mas sim mediante indicação, como ocorre nos cargos em comissão (art. 37 da Constituição Federal) e dos ministros dos Tribunais Judiciários brasileiros.

Em nosso livro *Juizados federais virtuais cíveis* consta a abordagem do tema “O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza

mandamental”, em que é demonstrada a dificuldade para determinar a correta tipificação desse crime, seja no art. 330 ou no art. 319, ambos do nosso Código Penal.

Somente em face do art. 26 da Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009, que uma nova dimensão foi dada ao mandado de segurança, tanto individual como coletivo, em que, finalmente, a tipificação resultou clara no art. 330 do Código Penal, conforme nosso entendimento (MACHADO, 2009).

Registre-se, em face do princípio da especialidade, que no caso do art. 101 da Lei 10.741/2003, é crime deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida nas ações em que o idoso for parte ou interveniente.

Portanto, ressalvada a situação do idoso, somente quanto ao descumprimento de ordem expedida em “*writ*” é que o tipo penal passou a ser o do art. 330, do Código Penal, próprio de particular, ficando as demais hipóteses enquadradas no art. 319 do referido Código.

4 OS DIVERSOS CRIMES PRATICADOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Contra a Administração Pública Brasileira temos, no Código Penal, a definição de vários crimes, a saber:

- a) os crimes praticados por particular (arts. 328 a 337-A);
- b) os praticados pelos funcionários públicos (arts. 312 ao 326);
- c) contra a Administração da Justiça (arts. 338 ao 359);
- d) contra as Finanças Públicas (arts. 359- A ao 359-H), em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº101/2000.

No art. 3º, da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, constam os crimes semelhantes aos previstos pelo Código Penal, sendo eles, corrupção passiva, concussão, extravio de livro oficial, processo fiscal e advocacia administrativa e que, pelo princípio da especialidade, quando envolverem tributos, afasta-se a incidência do Código Penal para se aplicar essa Lei Especial.

E contra a Administração Pública Estrangeira, já vimos que estão tipificados nos arts. 337-B a 337-C.

Em nosso livro *Crimes funcionais comuns*, dizemos que **crimes funcionais comuns** são aqueles que só podem ser praticados, como autor, por servidor público, embora um particular possa ser coautor deles ou partícipe e, quando praticados por **agentes políticos**, são denominados de **crimes de responsabilidade**, vale dizer, aqueles praticados pelos Chefes dos Poderes Executivo Federal, Estadual e Municipal, Ministros do Estado, do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Secretários de Estado, previstos na Lei 1.079, de 10.04.1950, que regula o *impeachment*, a ser aplicado como penalidade político-administrativa, sem prejuízo da ação penal, e no Dec.-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, para os Prefeitos

Crimes não funcionais são aqueles em que o funcionário, ao praticá-los, se utiliza de algum modo do cargo ou da função pública ou dele se vale, como os previstos pelo Código Penal (art. 150, §§ 1.º e 2.º, falsificação de documentos do art. 297, § 1.º; art. 289, § 3.º, art. 290, parágrafo único, arts. 295 e 296, § 2.º), e que também poderá perder o cargo ou a função em caso de condenação criminal (art. 92, I, “a”, do Código Penal).

5 O ATO DE OFÍCIO NA CORRUPÇÃO PASSIVA NO JULGAMENTO DO COLLOR DE MELO, NO “MENSALÃO” E NO FUTURO “PETROLÃO”, ENTRE OUTROS

Não podemos deixar de registrar o ocorrido no histórico julgamento do ex-presidente Fernando Collor de Melo, o “caçador de marajás” perante o Supremo Tribunal Federal (AP 307-3/DF, DJ 13.10.1995, p. 34247, Ementário 1804-11/2104, RTJ 162-01/3), oportunidade em que foi debatida a polêmica questão da indispensabilidade ou não da chamada prática do ato de ofício também no caput do art. 317 do Código Penal, tipo penal chamado de menos grave, embora legalmente, na redação do Código Penal brasileiro, tal exigência só conste em seu § 1.º, chamado de tipo mais grave.

No referido julgamento, o ex-Ministro Sepúlveda Pertence foi o único que, com a devida vênia, divergindo dos demais ministros após fazer um minucioso levantamento de nossa legislação penal, desde a época do Império, e

também explorando os Códigos Penais de vários países, votou com bastante coerência pela condenação de Collor de Melo, mostrando que, para a consumação do chamado tipo simples (caput do art. 317 do Código Penal), não é indispensável a chamada prática do ato de ofício, eis que o § 1.º é mero exaurimento e, portanto, majoração do crime *in verbis*:

A questão é saber se o tipo exige, ou não, no seu elemento subjetivo específico, a predeterminação de um ato de ofício, como contraprestação da vantagem indevida, solicitada ou recebida pelo funcionário público.

Salvo num dos episódios já aqui se observou repetidas vezes, o da nomeação do Sr. Marcelo Ribeiro para a Secretaria Nacional dos Transportes é fato que as duas outras imputações concretas não identificam que ato, da competência do Presidente da República, se teria em vista com a vantagem que se pretende teria sido dada ou prometida. Por isso mesmo cuidei da questão, quando do recebimento da denúncia que deu origem a este processo, no Inquérito 705. [...]

[...] Disse então:

3. Imputa-se corrupção passiva em co-autoria a três dos denunciados, e as suas respostas expõem, com grande brilho, duas objeções à tipicidade, em tese, da imputação: a primeira, a falta de identificação, de determinação, do ato de ofício, de competência do Presidente da República, que tivesse sido a contraprestação oferecida ou objetivada pela corrupção; a segunda, a ausência de identificação ou, mesmo, de denúncia do eventual ou eventuais corruptores ativos.

4. A autoridade de seus subscritores, a inteligência e a elegância com que deduzidas as duas objeções impressionam, malgrado o brilho da réplica que lhes opôs o Sr. Procurador-Geral da República.

5. Ao final, porém, das reflexões que a polêmica me suscitou, vejo que, para mim, são ambas, com todas as vênias, fruto remoto do insistente complexo colonial, que às vezes ainda assalta os nossos melhores juristas e os leva a começarem a resposta a um problema de direito positivo brasileiro, não pela análise da lei positiva brasileira, mas da doutrina estrangeira; do que resulta, com frequência, a importação, como verdades universais, do que, na doutrina estrangeira, não é mais do que o corolário inafastável da letra inequívoca das normas positivas estrangeiras em torno das quais giram as obras doutrinárias.

6. Assim, Sr. Presidente, considero irresponsável, em sua subs-

tância, sem me comprometer com alguns pormenores do raciocínio, a demonstração da Procuradoria-Geral da República, na réplica às defesas, de que a exigência, no caso, da identificação precisa do ato de ofício presidencial, oferecido ou esperado como contraprestação da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida, parte do transplante de comentários adequados à lei penal italiana e à grande maioria das legislações penais estrangeiras, mas, *data vênia*, inadequadas à lei brasileira.

7. Bastaria, para tanto, demonstração gráfica, contida na réplica, da diferença substancial entre o art. 317, *caput*, do Código Penal brasileiro e o art. 318 do Código Penal italiano.

8. Define a lei brasileira: art. 317 (corrupção passiva) solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem [...].

9. Incrimina o Código Penal outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou italiano: “art. 318 (corruzione per un atto di ufficio) – il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del suo ufficio, riceve, per se o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli dovuta o ne accetta la promessa [...]”.

10. A diferença de textos – solicitar, receber ou aceitar promessa, em razão da função, no Brasil – ou – receber ou aceitar promessa para praticar um ato do seu ofício, na Itália – é de eloquência indistigável.

11. Impressiona de logo, com efeito, que a fórmula brasileira é singular, quase solitária, no Direito comparado. Tive a pachorra, hoje, de ler e anotar os tipos correspondentes de todos os códigos europeus reunidos na conhecida coletânea “Les Codes Pénaux Européens”, publicada em 1971, sob a direção de Marc Ancel, pelo Centre Français de Droit Comparé: a imensa maioria, a exemplo do referido art. 318 do Código italiano, põe expressamente como objeto da corrupção ativa um ato de ofício do agente público envolvido. Apenas para documentar, na mencionada versão francesa: Alemanha (§ 331: “pour exécuter un acte ressortissant de sa compétence”); Áustria (§ 104: “bien qu’exerçant sa fonction dans l’ordre de ses devoirs, mais pour l’exercer”); Bélgica (art. 104: “pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi”); Espanha (arts. 385 e 386: “ejecutar un acte relatif à l’exercice de ses fonctions”); Finlândia (cap. XL, § 1.º: “pour un acte de sa fonction”); França (art. 177, § 1.º: “faire ou s’abstenir de faire (un acte de ses fonctions)”); § 2.º: “rendre une décision ou donner une opinion”); Grécia (arts. 235 e 236: “un acte entrant dans ses fonctions”); Liechtenstein (art. 105:

“bien qu’exerçant dans l’ordre de ses devoirs mais, pour l’exercer”); Luxemburgo (art. 246: “pour faire un acte de sa fonction ou de son emploi même juste”); Mônaco (art. 141: idêntico a Luxemburgo); Noruega (art. 112: “pour l’exécution ou l’abstention d’un acte relevant de ses fonctions”); Holanda (art. 362: “pour l’engager à faire ou à ne pas faire un acte et sa fonction”); (art. 318: “afin d’accomplir un acte de sa fonction”; atualmente l Código de 1982, art. 422: “para praticar acto não contrário aos deveres do seu cargo”); Romênia (art. 254: “d’un acte concernant ses devoirs de service, ou [...] devoirs”); Suécia (cap. XX, art. 2: “pour un acte de ses fonctions”); Suíça (art. 315: “un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge”; art. 316: “un acte non contraire à leurs devoirs e rentrant dans leurs fonctions”); Turquia (art. 211: “pour exécuter ou ne pas exécuter les actes qu’ils sont tenues de faire également ou réglementairement”); União Soviética (art. 173: “un acte quelconque que le fonctionnaire était tenu d’accomplir ou pouvait en utilisant sa situation de fonction”). Elas por elas, em todas essas fórmulas legais, a mesma exigência típica de um ato ou abstenção funcional, determinados e compreendidos nas funções específicas do agente, como contraprestação da vantagem solicitada, recebida ou aceita pelo funcionário.

12. Em contraposição, Sr. Presidente, são pouquíssimas as variações da fórmula quase universal, que centra o objeto da corrupção na omissão ou prática de determinado ato de ofício.

13. Nos Códigos da Dinamarca (art. 144) e da Groenlândia (art. 27), o que se exige é apenas que o funcionário receba, exija ou aceite promessa de vantagem: “dans l’exercice d’une fonction ou d’une mission publique”; na Islândia (art. 128) “dans l’exercice de ses fonctions”; na Polônia (art. 290), que a aceitação se dê a “l’occasion de l’exercice de ses fonctions”; mais próximo do Brasil, o Código Tcheco (art. 160) “celui qui, en connexité avec la gestion des affaires d’intérêt général, aura accepté ou se sera fait promettre un présent donné en vue de corruption”. [...]

14. É inegável que, entre essas duas correntes, o Código brasileiro optou pela segunda, a minoritária, que não exige que a contraprestação do funcionário à vantagem cogitada seja um ato de ofício predeterminado, mas, somente, que haja uma relação genética, uma relação de causa e efeito entre a função do agente e o ato de corrupção visado, auferido ou prometido: ainda que não haja originariamente, no momento da oferta, do recebimento ou da solicitação, conexão com um ato específico, com um ato determinado a praticar. A diferença é extremamente significativa. Não é – data venia da brilhante réplica da

Procuradoria-Geral da República – que a diferença se situe em exigir ou não a prática do ato. Está, sim, na necessidade ou não de que a dação, a oferta, a contratação, a solicitação tenham por objeto um ato da competência específica, restrita, do funcionário corrompido. É claro que, na corrupção de contínuos, de mensageiros, a diferença prática é insignificante; é óbvio que no âmbito do funcionário subalterno, o que se compra, o que se pretende comprar, o que se oferece é um ato específico. Mas o mesmo não ocorre, quando se trata de altos dignitários, sobretudo na área fértil de oportunidades de corrupção, que é a da intervenção do Estado no domínio econômico; Presidente da República estou falando só em tese – Presidente da República não celebra contratos pelo BNDES, nem pela Caixa Econômica; o Presidente da República não põe em pauta projetos da SUDENE, nem os retira; o Presidente da República não dá licença de importação [...] grifos não constantes do original.

15. Parece indubitoso, Sr. Presidente – até como homenagem devida a esse monumento de técnica legislativa, que é o Código Penal de 40 –, que o legislador brasileiro conhecia, de sobra, a impressionante uniformidade da grande maioria das legislações penais estrangeiras.

16. E sem prejuízo de minha admiração intelectual ao estimado companheiro de tantas batalhas, que é o Dr. Evaristo de Moraes, não creio que o Código haja optado por diferença tão significativa na descrição uma questão de elegância de linguagem.

17. Há mais, Sr. Presidente, o legislador brasileiro do Código de 40, ainda que não conhecesse uma só lei penal estrangeira, certamente não ignoraria os próprios antecedentes legislativos do Brasil. E aqui, afora o Título LXXI do temível Livro V das Ordenações Filipinas – onde a caracterização – da peita se contentava com o recebimento de quaisquer dádivas ou presentes, que não fosse o recebimento, de parentes e amigos íntimos, de “pão, vinho, carne, frutas, e outras cousas de comer, que entre os parentes e amigos se costumam dar” – afora as Ordenações, repito, as leis penais brasileiras que vigeram antes do Código de 40, todas elas, seguiram a trilha da quase unanimidade das legislações penais estrangeiras, a que me referi. Sempre o objeto da corrupção era a prática ou omissão de ato de ofício.

18. Código Criminal do Império: “Art. 130. Receber dinheiro ou outro algum donativo, ou aceitar promessas directas ou indirectamente para praticar ou deixar de praticar algum acto de offlcio contra ou segundo a lei”.

19. Código Penal de 1890: “Art. 214. Receber para si, ou para outrem, directamente ou por interposta pessoa, em dinheiro ou

outra utilidade, retribuição que não seja devida; aceitar, directa ou indirectamente, promessa, dádiva ou recompensa para praticar ou deixar de praticar um acto do officio, ou cargo, embora de conformidade com a lei”.

20. Redação que subsiste no art. 240 da Consolidação das Leis Penais de 1932.

21. Não posso, assim, ignorar a ruptura do art. 317 do C. Penal de 1940, a um só tempo, com a quase unanimidade do direito comparado e com todos os antecedentes legislativos brasileiros, e continuar a reclamar, na interpretação da lei vigente, para caracterização da corrupção passiva, a predeterminação do ato de officio visado, como se nada se tivesse alterado no direito positivo brasileiro a aplicar.

Passava, eu, então, a tratar da segunda questão que perdeu relevo na discussão, neste momento.

Essas modestas reflexões, que tracei improviso, quando do recebimento da denúncia, receberam agora do eminente Relator e, particularmente, do eminente Revisor, que as transcreveu em seu voto, honrosa, mas vigorosa e enérgica réplica. Citaram-se, desde todos os juristas nativos ao grande Eugénio Raul Zaffaroni, em parecer emitido a pedido da defesa do ex-Presidente da República. Refleti muito, desde a leitura dos memoriais e dos pareceres oferecidos, de mente completamente aberta, sobre os argumentos que me foram trazidos em contrário à colocação por mim feita no julgamento liminar.

Não obstante, Sr. Presidente, não tenho alternativa senão reafirmá-la.

A posição da doutrina nacional, que ousei contrariar, eu já a reconheceria lisamente, quando do voto anterior. Mas, apesar do respeito a tão eminentes mestres, a partir do maior deles, Nelson Hungria, não me logrei desprender da clareza ofuscante da dicção do tipo legal. Ao invés de aludir, como a quase unanimidade das legislações estrangeiras, e como diziam todas as antigas legislações penais brasileiras, a que a vantagem indevida tivesse por objeto a “prática de ato de officio” ou expressão semelhante, só reclama o Código brasileiro que ela seja solicitada, recebida ou prometida, em razão da função. A alteração repisar é da maior eloquência, permitam-me. Mas, além dos argumentos de autoridade, um bem lançado parecer do Professor Julio e Renato Fabbrini tem sido trazido repetidamente como crítica arrasadora à minha posição. Não a tenho à mão no momento, mas creio que os Srs. Ministros estarão lembrados da sua repetida leitura. Parte o argumento fundamental do Professor Mirabete do cotejo entre os três tipos contidos no art. 317: o tipo básico, da corrup-

ção passiva simples – corrupção imprópria, na medida em que é indiferente a licitude, ou não, do comportamento visado – e os dos dois parágrafos. No parágrafo *primeiro*, a incriminação da chamada corrupção própria – já não o crime formal ou de consumação antecipada do *caput*, mas o crime material, qualificado pela prática, não apenas do ato ou omissão visado, mas pela prática do ato visado em contrário à determinação legal ou a omissão do ato devido.

E, no § 2.º, do mesmo art. 317, o que se tem chamado de tipo privilegiado da corrupção: “Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração do dever funcional, cedendo a pedido ou por influência de outrem”.

Argumenta-se, então, a partir de uma premissa: a de que tudo o que se contém no tipo simples estaria necessariamente contido no tipo qualificado ou no privilegiado. Nesses últimos, haveria apenas um *plus*, uma circunstância que se soma ao tipo simples, seja para exacerbar a sua gravidade, seja para diminuí-la e teremos, então, na primeira hipótese, o tipo qualificado e, na segunda, o tipo privilegiado.

Muitas vezes realmente é assim: homicídio simples é matar alguém; homicídio privilegiado é também matar alguém, mas se dá relevo, por exemplo, ao motivo de relevante valor social ou moral: o tipo base está, assim, compreendido no tipo privilegiado. Também nos vários tipos de homicídio qualificado, o núcleo é sempre o matar alguém do tipo simples: mas, por exemplo, se o motivo é torpe, ou se se emprega veneno, explosivo ou outro meio cruel, tem-se, com a adição dessa outra circunstância típica, um outro crime, qualificado, que, no entanto, tem por base a realização do tipo simples.

Mas, *data venia*, particularmente no art. 317, a universalidade desse pretendido axioma é desmentida. Ou, então, não se tem nos parágrafos do art. 317 – e isso é que me parece mais provável nem verdadeiro tipo qualificado nem um verdadeiro tipo privilegiado.

Com efeito, o que é o elemento característico básico, nuclear, da corrupção passiva? É a vantagem indevida; é “a venda da função pública”, como aqui já se disse repetidas vezes. Ora, que se tem na dita corrupção privilegiada, Srs. Ministros? O que se tem no chamado tipo privilegiado de corrupção, art. 317, § 2.º, é uma corrupção sem corrupção, porque nele sequer se cogita de vantagem indevida. Esse elemento nuclear do tipo simples é trocado ali por coisa inteiramente diversa: agir ou omitir-se, com infração de dever funcional, para atender pedido ou cedendo a influência de outrem. O que se tem, aí, na verdade, é algo muito

mais próximo da prevaricação do que da corrupção. Apenas se distingue da prevaricação pela intervenção de um terceiro, que pede ou exerce influência sobre o funcionário para determiná-lo a praticar determinada ação ou omitir-se dela contra o seu dever funcional. Cai por terra, assim, o axioma enunciado como verdade universal, da qual resultaria a consequência de ir buscar nos parágrafos um elemento que não está no *caput* e fazê-la penetrar no tipo simples, à base da premissa de que, se está no tipo qualificado ou no privilegiado, não pode deixar de estar no tipo simples. O paralogismo, com todas as vênias, é evidente. Ora, Sr. Presidente, o que é “em razão da função”? Felizmente, Zaffaroni trouxe a discussão para bem mais perto do que a Islândia – tão ironizada nos comentários a meu voto trouxe-a para o Direito espanhol e nele partiu de conhecida figura penal, da qual já se ocupava o notável Carrara (*Programma*, 1875, v. V/116, § 2552): anotou-o com efeito, mestre de Pisa, embora criticando a solução legislativa, que alguns códigos contemplaram expressamente o caso da doação feita ao funcionário, “non como premio esplicito di uo atto del suo ufficio”, “ma in génere per cattivarsi il favore”. E, prossegue, “lo hanno descritto con la fórmula” “regali fatti inragione dell’ufficio”.

Por conseguinte, desde Carrara, “em razão do ofício” implícito exatamente a não exigência de uma predeterminação de um ato de ofício prometido ou visado.

E é também o que recorda o parecer de Zaffaroni, ao mostrar que, “no Direito espanhol e nas suas derivações ibero-americanas, esta razão do ofício”, significava efetivamente coisa diversa da exigência típica de que a vantagem convencionalizada visasse à prática de um ato de ofício previamente acertado.

Recusa-se, no entanto, o renomado tratadista argentino a admitir que o mesmo ocorra no tipo brasileiro atual, porque não haveria explicação histórica para a adoção, no Brasil, da criação hispânica. Desnecessário dizer o respeito que merece, de todos os estudiosos ou simples curiosos, como sou eu, do Direito Penal, esta figura notabilíssima do penalista contemporâneo Eugenio Zaffaroni. Mas, *data venia*, o que não se explica é negar-se a ver e a ler a mudança radical da lei brasileira, não só em relação ao Direito comparado, mas em relação aos seus antecedentes legislativos próprios.

E não me convenci também que a explicasse outra inovação do Código pátria que é a incriminação da corrupção ocorrida quando o funcionário esteja fora da função ou antes de assumi-la. É manifesto, e a lógica do tipo o reclama, que, embora o agente não esteja exercendo a função naquele momento, haja

uma função determinada de que seja ocupante e de que esteja afastado ou que deva vir a ocupar. E, se há um cargo ou função determinados, é manifesto que há uma órbita de competência definida, e, conseqüentemente, não haveria nenhuma incompatibilidade, nenhuma impossibilidade de reclamar-se, como a lei anterior reclamava, a predeterminação de um ato daquela função da qual esteja afastado o funcionário ou daquela função que o funcionário virá a ocupar, porque já nomeado ou eleito. Se se contentou a lei com a cláusula “em razão da função”, é que efetivamente se entendeu de ampliar a moldura da figura típica do *caput* do art. 317 de nosso Código.

Outro argumento que causou impacto, extraído do parecer de Zaffaroni, é o de que, então, o tipo brasileiro seria mais rigoroso que o do sangrento Livro V das Ordenações Filipinas. “Est modus in rebus.” O tipo brandamente punido das Ordenações Filipinas não reclama conexão alguma com o cargo; consumava-se com o simples recebimento da dádiva pelo funcionário.

Reclamam-na sim, ao contrário, os antecedentes espanhóis e o art. 259 do atual Código argentino. O art. 317, como o entendo, para usar da expressão de Hungria, pune a venalidade em torno da função pública; a dádiva ou a promessa da vantagem são feitas na expectativa de uma conduta própria do ocupante da função pública, que pode ser, e frequentemente será, um ato de ofício determinado; mas não necessariamente esse ato de ofício determinado, de modo que a incriminação alcance também a vantagem solicitada ou recebida com vistas a provocar uma conduta ativa ou omissiva do funcionário, desde que na esfera de um poder de fato derivado da sua função e, por isso, em razão dela.

Este é o tipo do atual art. 259 do Código argentino, que pune: “el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo”.

Diz-se: mas, lá, na Argentina, a pena desse crime menor é reduzida em relação à do *cohecho*, que é a corrupção passiva, esta expressamente vinculada à previsão de um ato de ofício.

Data venia, o argumento, em si mesmo, é de menor impacto. Não é um argumento decisivo, sobretudo se se leva em conta a amplitude da escala penal do art. 317, no nosso Código, que vai de um a oito anos de reclusão, de tal modo a ampliar o tipo e deixar a avaliação em concreto da sua gravidade para o exame do caso concreto.

Ponderei, no voto de recebimento da denúncia, em passagem que li, como a fórmula mais ampla do art. 317, *caput*, ganha

eleva, na responsabilização de altos dignitários públicos, na medida mesma em que, com frequência, nas áreas de atividade governamental mais propícias à corrupção, não é o alto dignitário, não é o Presidente da República – nem mesmo o Ministro que exerce a tutela administrativa sobre dezenas de grandes empresas estatais –, quem pode praticar normalmente o ato temido ou o ato desejado, objeto da corrupção.

Dir-se-á que o problema se resolve em termos de coautoria: se o Chefe do Governo exerce a sua influência, seu poder de fato sobre o funcionário com competência específica para o ato seria coautor dele.

Nem sempre. Poderá sê-lo, se se tratar da comissão de um fato. Não o será se o que se visa é apenas a omissão pelo Presidente de ordens informais, que poderia emitir, sem praticar qualquer ato de seu ofício: por exemplo, a de “fechar as portas do Governo para determinada empresa”.

Todavia, contrariando o bem fundamentado, histórico e irresponsável voto do Ministro Sepúlveda Pertence, prevaleceu, todavia, naquela Corte, o entendimento segundo o qual, **qualquer que seja a corrupção passiva, “caput do art. 317” ou § 1.º do Código Penal, o crime só existirá se houver prova inequívoca da chamada *prática do ato de seu ofício por parte do funcionário público recompensando o particular corruptor***, conforme voto do relator e ex-Ministro Ilmar Galvão, seguido pelos demais Ministros, o que terminou propiciando a absolvição do Ex-Presidente Collor de Melo, por falta de prova *in verbis*:

O ex-Presidente Fernando Collor, Paulo César Farias e Cláudio Vieira foram acusados pela prática, em concurso de pessoas, do crime de corrupção passiva, previsto no art. 317, *caput*, do Código Penal.

Preceitua o referido dispositivo:

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem. (BRASIL, 1940, art. 317).

Como se vê, consiste a conduta típica do ilícito em o funcionário público solicitar ou receber a vantagem ou aceitar a promessa de receber.

Trata-se, portanto, de crime de ação múltipla, já que o tipo refere três

modalidades de conduta (DAMÁSIO DE JESUS, 1985), cada uma delas configuradora do ilícito, apresentando a particularidade de que somente a primeira se realiza de modo unissubjetivo, exigindo as outras duas receber a vantagem e aceitar a promessa – o concurso necessário de, pelo menos, duas pessoas, não obstante a segunda deva responder, não pelo mesmo crime, como preconizado no art. 29 do Código Penal, mas por crime diverso, no caso, o de corrupção ativa.

Com efeito, segundo o magistério da doutrina, “das modalidades de corrupção passiva previstas em lei, ao menos duas, receber e aceitar, importam a bilateralidade da conduta” (COSTA JR., 1989, p. 470).

Se assim é, parece indubitável que, em se tratando de qualquer dessas hipóteses em que a corrupção passiva ocorre mediante o concurso de pessoas, haveria a imposição do *simultaneus processus*, reunindo os crimes de corrupção passiva e de corrupção ativa, na forma prevista no art. 79 do Código de Processo Penal.

Obviamente, o princípio da unidade do processo não tem caráter absoluto, já que comporta as exceções previstas nos incs. I e II e §§ 1.º e 2.º, do referido dispositivo processual. Ademais, atribuiu o legislador, ao juiz, no art. 80 do mesmo diploma normativo, parte final, a faculdade de deixar de aplicá-lo, em face de excessivo número de acusados ou por outro motivo relevante que recomende processamento em separado.

De considerar-se, entretanto, que, afora as exceções de caráter objetivo contempladas nos incisos e parágrafos do art. 79, a que se poderia acrescentar a impossibilidade de identificação do agente corruptor, as demais foram postas não a *critério* do órgão acusador, mas do juiz.

Acontece que, em nosso sistema jurídico, o Ministério Público é o *dominus litis*, função que, perante o Supremo Tribunal Federal, é exercida de modo soberano pelo Procurador-Geral da República, resultando irremediavelmente, por isso, na eventual inobservância do princípio da indivisibilidade da ação penal nas denúncias por ele oferecidas.

Daí haver à jurisprudência desta Corte consagrado a orientação segundo a qual o princípio da indivisibilidade não se aplica à ação penal pública, podendo a denúncia ser aditada até a sentença final, para fim de inclusão de novos réus (cf. Inq. 392, Ministro Celso de Mello, HC 69.038, Ministro Moreira Alves, HC 68.730, Ministro Paulo Brossard, HC 68.449, Ministro Carlos Velloso etc.).

De assinalar-se, por fim, que para verificar o crime de corrupção passiva, não basta que a solicitação, recebimento ou aceitação da promessa de vantagem se faça pelo funcionário público em razão do exercício da função, ainda que fora dela ou antes de seu início. Indispensável se torna a existência de nexo de causalidade entre a conduta do funcionário e a realização de ato funcional de sua competência. Não obstante a opinião sustentada, o julgamento da admissibilidade da denúncia, com o brilho e a inteligência de sempre, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence de que

a existência, no caso, da identificação precisa do ato de ofício presidencial, oferecido ou esperado como contraprestação da vantagem econômica solicitada, oferecida ou recebida, parte do transplante de comentários adequados à lei penal italiana e à grande maioria das legislações penais estrangeiras, mas, *data venia*, inadequadas à lei brasileira (informação verbal). A doutrina e a jurisprudência pátrias nunca discreparam, e não discrepam, do entendimento de que a consumação do delito de corrupção passiva, se, de uma parte, prescinde da efetiva realização do ato funcional correspondente, de outra, exige que a prática ou omissão deste tenha sido a causa da solicitação, do recebimento ou da aceitação da vantagem ou da promessa de vantagem indevida.

É, com efeito, de Nélson Hungria, a lição – ditada com a autoridade que lhe confere não apenas a condição de um de nossos maiores penalistas, mas também a de ter integrado comissão elaboradora do nosso Código Penal – de que, *in verbis*:

A corrupção (*corruption, bribery, Bestechung, coeço, corruzione*), no seu tipo central, é a venalidade em torno da função pública, denominando-se passiva quando se tem em vista a conduta do funcionário corrompido, e ativa quando se considera a atuação do corruptor (HUNGRIA, 1959, p. 365).

Realmente, somente assim é que se compreende, no contexto do tipo fundamental, a inserção, como modalidade delitiva, da solicitação ou recebimento de vantagem indevida ‘ainda que fora da função ou antes de assumi-la’. Nessa última hipótese, é óbvio, não pode o corruptor passivo praticar ato funcional algum, mas pode, em razão do futuro retorno de sua próxima

ocupação, empenhar a sua realização, como forma de garantir a vantagem indevida. É que, do direito brasileiro, se excluiu a hipótese de punição, a título de corrupção passiva, das dádivas solicitadas ou recebidas, ou oferecidas e prometidas, assentando-se a corrupção, de modo real ou virtual, na existência de duas prestações recíprocas, a comporem um pseudossinalagma, que, no dizer do penalista luso Antonio Manuel de Almeida Costa, constitui o apanágio do suborno e consubstancia a lesão efetiva da 'autonomia intencional' do Estado, como bem jurídico tutelado pela norma que o sanciona.

Conforme mostrou o eminente Raul Zaffaroni, no parecer que, sobre o tema, preparou para a defesa, existe uma corrente ibérica que se separou do resto da tradição clássica, majoritária, tradicional ou romana, que tipifica expressamente uma figura de aceitação de dádivas ou de presentes sem vinculação com ato ou omissão alguma do funcionário, que vulnera bem jurídico diverso, seja a irreprochabilidade do funcionário ou a imagem ou credibilidade da administração, inexistindo qualquer razão histórica para pensar que nosso Código de 1940 seguiu o exemplo espanhol, o que levaria a ter de admitir que, nesse caso, o Código brasileiro pune a aceitação da dádiva de modo muito mais grave do que o Código filipino, o qual, não obstante tivesse a fama de sangrento, se contentava com pena de multa.

Por assim não entender é que Heleno Fragoso (1980, p. 438), que o crime de corrupção passiva “‘está na perspectiva de um ato de ofício, que à acusação cabe apontar na denúncia e demonstrar no curso do processo’, sendo indispensável que o agente tenha consciência de que recebe ou aceita retribuição por um ato funcional que já praticou ou deve praticar”.

O professor Julio Fabbrini Mirabete, no lúcido parecer trazido aos autos pela defesa do primeiro acusado, afasta qualquer dúvida acerca da essencialidade, no crime do art. 317, *caput*, de que a vantagem indevida, solicitada, recebida ou prometida esteja relacionada a um ato de ofício de competência do servidor público.

O ilustre penalista demonstra ser essa a opinião unânime de nossa doutrina, trazendo à colação lições, entre outros, de Magalhães Noronha, Bento de Faria, Helena Cláudio Fragoso, Néelson Hungria, Celso Delmanto, Paulo José da Costa Júnior e Damásio de Jesus.

No seu entender, *in verbis* (fls. 10.643/45, vol. 38):

A falta de menção expressa ao “ato de ofício” no *caput* do artigo

317, do Código Penal, que a ele só se refere nos parágrafos 1.º e 2.º, não exclui a imprescindibilidade da relação entre a conduta do agente e o ato funcional. É o que se conclui ao examinar-se, no conjunto, o crime de corrupção passiva tal como tipificado no Estatuto. O objetivo do legislador, ao elaborar tipos diversos no art. 317, foi o de diferenciar condutas diversas mais ou menos graves, sanções penais proporcionais de relevância penal de cada fato. Assim, estabeleceu, no parágrafo 1.º, um tipo em que a sanção penal é a mais severa porque o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

Tal crime de corrupção passiva qualificada é conhecido como ‘corrupção própria’ como assinalam Heleno Fragoso (op. cit.), E. Magalhães Noronha (op. cit.), Celso Delmanto (1986) e Damásio E. de Jesus (1989). O dano causado pelo agente é mais relevante penalmente porque, ou o ato que deveria ser praticado não o foi, ou foi retardado, ou foi praticado em desacordo com as determinações legais. Também previu a lei uma figura menos grave, no parágrafo 2.º em que o agente retarda ou deixa de praticar ato de ofício, com infração do dever funcional, não motivado por vantagem indevida, mas simplesmente por atender o pedido de *extraneus*. Trata-se, nesse caso por ser pacífico, de corrupção passiva privilegiada (cf. FRAGOSO, op. cit.; NORONHA, op. cit.; e outros). No *caput* do dispositivo a lei estabelece a figura básica, fundamental, da corrupção passiva, menos relevante que a forma qualificada e mais grave do que a forma privilegiada.

Ora, afronta a lógica que a lei preveja, no fato mais grave e no fato menos grave, a necessidade de relação da conduta com um ato de ofício e o dispense quando trata da espécie intermediária, ou seja, da corrupção passiva simples, ou, em outros termos, que seja ele indispensável no crime qualificado e no ilícito privilegiado e não no tipo básico. É sabido que as formas qualificadas e privilegiadas de um delito devem ser interpretadas em função da forma simples do ilícito. Nas primeiras há circunstâncias qualificadoras que revelam um fato mais grave que a forma básica, sendo necessária a cominação de pena mais severa; nas segundas, há causas de diminuição de pena, para um fato menos relevante que a forma simples. Os elementos básicos das infrações: simples, qualificada ou privilegiada são os mesmos e, no caso, o ato de ofício está contido implicitamente na descrição do art. 317, *caput*, do Código Penal, que tipifica a forma básica, como nas formas qualificada e privilegiada, em que

a menção ao ato funcional é expressa.

Recorrendo à interpretação histórica, o parecerista invoca o testemunho de Nélson Hungria, segundo o qual, o legislador pátrio, quanto ao delito em referência, “inspirou-se no Código Suíço, a que vieram também aderir à lei francesa de 08.02.1945, e o Código Espanhol de 1944 aduzindo, verbis (fls. 10.646/47):

E o Código suíço prevê exatamente as formas simples e qualificada da corrupção passiva, em tipos diversos, atendendo nesta última a maior gravidade do fato por ter o agente, omitido ou retardado o fato ou tê-lo praticado infringindo o dever funcional. Assim, no art. 316 prevê a corrupção do funcionário que, para realizar um ato não contrário a seus ‘deveres e de acordo com suas funções (‘pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions’) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção imprópria da qual se originou o art. 317, caput, do Código Penal brasileiro). No art. 315 prevê conduta daquele que para praticar um ato que implique uma violação dos deveres de seu cargo (‘pour faire un acte impliquant une violation des devoirs de leur charge’) solicita ou aceita a vantagem indevida (corrupção **própria**, da qual se originou o art. 317, parágrafo 1.º, do Código Penal brasileiro). No referido código, portanto, é de rigor a relação do fato com o ato de ofício em ambas as hipóteses. (HUNGRIA, 1959, p. 367).

E conclui:

Diante do testemunho do emérito doutrinador, a conclusão só pode ser uma: se o Código suíço foi o modelo em que se inspirou o legislador brasileiro para a definição do crime de corrupção passiva em suas modalidades, não há dúvida de que, na lei pátria, exige-se a relação do fato com ato de ofício do servidor para a caracterização de tal ilícito; mesmo na ação descrita no caput do art. 317 do Código Penal brasileiro. (loc.cit).

Atento, por fim, à divergência que se verifica entre os textos de nosso Código Penal e do Código Penal italiano, no que tange à descrição do crime sob apreciação, igualmente assinalada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, no douto voto acima mencionado, esclarece, por fim, o eminente professor paulista (fls. 10.650/51):

Explica-se a divergência do tipo penal. Inovando no assunto, a lei pátria faz referência, como sujeito ativo do crime, àquele que está fora de suas funções ou ainda não as assumiu. O legislador nacional, ao incluir tal agente, fez menção expressa à conduta praticada em 'razão' da função pública, entendendo desnecessário que se fizesse referência, com redundância, ao 'ato de ofício'. Na lei italiana a referência ao ato de ofício era de rigor já que a figura penal da corrupção passiva naquela legislação não contempla como sujeito ativo o *extraneus* que está fora da função ou ainda não a está exercendo. Já na lei brasileira, a expressão 'ato de ofício' era desnecessária diante da redação do dispositivo no que se refere ao servidor que não se encontrava no exercício de suas funções.

A jurisprudência não discrepa, valendo transcrever, a respeito, os seguintes acórdãos, que foram compilados por Alberto Silva Franco e outros:

A corrupção passiva exige para sua configuração a 'prática de atos de ofício, dando ensejo ao recebimento de vantagem indevida. E por ato de ofício, consoante uniforme jurisprudência, se entende somente aquele pertinente à função específica do (TJSP, RT 390/100) funcionário'. "Para a configuração do delito do art. 317 do CP, é pressuposto indispensável que o ato praticado seja legal e atinente ao ofício do funcionário" (TJSP, RT 374/164). "Corrupção passiva – Delito funcional – Ausência de ato de ofício definido que pudesse ser omitido mediante suborno – Acusação que não descreve crimes, sequer em tese, passíveis de serem imputados aos pacientes" (TJSP, R/TJSP 24/356-357). "A corrupção passiva somente se perfaz quando fica demonstrado, mesmo através de indícios, que o funcionário procurou alienar ato de ofício" (DFR, DJU 16.12.1982, p. 13.063). (FRANCO; STOCO, 1992, p. 1648).

Acrescente-se, ainda, serem unânimes, entre nós, a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que o ato de ofício objeto da transação seja próprio do desempenho da competência pública afeta ao agente.

Essa é a lição do já mencionado mestre Nélson Hungria (op. cit., p. 371):

O ato ou abstenção a que se refere deve ser da competência do *intraneus*, isto é, deve estar compreendido nas suas específicas atribuições funcionais, pois só neste caso pode deparar-se com

um dano efetivo ou potencial ao regular funcionamento da administração.

No mesmo sentido é o escólio de Bento de Faria: “A sua competência (do funcionário) deve ser apreciada, quer sob o aspecto territorial (circunscrição administrativa onde possa exercer a função), quer genérica ou especificamente”. (FARIA, 1943, p. 515).

De idêntico teor é a doutrina de Paulo José da Costa Jr. (1989).

Nesta trilha decidiu, aliás, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como se colhe desta ementa: “Para a configuração do delito do art. 317 do CP, é pressuposto indispensável que o ato praticado seja legal e atinente ao ofício do funcionário” (RT 374/164).

Assim, para configuração do crime do art. 317 do Código Penal, a atividade visada pelo suborno há de se encontrar abrangida nas atribuições ou na competência do funcionário que a realizou ou se comprometeu a realizá-la, ou que, ao menos, se encontre em uma relação funcional imediata com o desempenho do respectivo cargo, assim acontecendo sempre que a realização do ato subornado caiba no âmbito dos poderes de fato inerentes ao exercício do cargo do agente.

Que se aplique esse raciocínio aos réus humildes que também venham a ser acusados por corrupção passiva, na modalidade simples (*caput* do art. 317 do Código Penal), sem que tenham recompensado o corruptor ativo com o ato de seu ofício:

AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, *CAPUT*), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSÃO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 299). PRELIMINARES: INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILÍCITO E INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, A AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUÍDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPÚBLICA. 1. Crimes de corrupção passiva (art. 317, *caput*) atribuídos, em concurso de pessoas, ao primeiro, ao segundo e ao terceiro acusados, e que, segundo a denúncia, estariam configurados em três episódios distintos: solicitação, de parte do primeiro

acusado, por intermédio do segundo, de ajuda, em dinheiro, para a campanha eleitoral de candidato a Deputado Federal; gestões desenvolvidas pelo primeiro acusado, por intermédio do Secretário-Geral da Presidência da República, junto a direção de empresas estatais, com vistas à aprovação de proposta de financiamento de interesse de terceiros; e nomeação do Secretário Nacional dos Transportes em troca de vultosa quantia que teria sido paga por empreiteira de cuja diretoria participava o nomeado, ao segundo acusado, parte da qual teria sido repassada ao primeiro. 1.1 Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de microcomputador, obtidos por meios ilícitos (art. 5.º, LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5.º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.º, X e XI, da CF). 1.2 Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido. No que concerne ao segundo, pelo duplo motivo de não haver qualquer referência, na degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e utilizada com violação à privacidade alheia (art. 5.º, X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de microcomputador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5.º, X e XI, da CF). 1.2 Improcedência da acusação. Relativamente ao primeiro episódio, em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro acusado, mas também por não haver sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio como segundo, ao terceiro e ao quarto acusados. 2.1 Improcedência da denúncia referentemente ao crime do art. 343, posto não haver resultado demonstrado haverem os acusados dado, oferecido ou prometido qualquer vantagem às testemunhas apontadas,

nem, tampouco, que lhes houvessem eles sequer induzido a prestação de falso testemunho; ao do art. 344, face à ausência de prova de uso de violência ou de grave ameaça contra as ditas testemunhas, por qualquer dos acusados; e, no que tange ao do art. 305, não apenas por falta de prova da destruição de documentos (recibos de pagamento de aluguel de veículo), mas também da própria existência destes, aliada à circunstância de não serem eles indisponíveis.

3. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) de faturas e notas fiscais, atribuídos ao segundo acusado. 3.1 Improcedência da denúncia, nesse ponto, ante a ausência de prova, seja da materialidade, seja da autoria dos delitos.

4. Crimes de falsificação ideológica (art. 299) consistentes na abertura de contas correntes bancárias e movimentação de cheques em nomes fictícios, nas praças de Brasília e de São Paulo, atribuídos, em concurso de pessoas, ao segundo, a sexta, a sétima, ao oitavo e ao nono acusados. 4.1 Inconsistência da tese de haver-se esfumado, com a rejeição da denúncia pelo crime de quadrilha, a razão pela qual os ditos crimes, por efeito de conexão, foram incluídos na denúncia e, em consequência, atraídos para a competência do STF. Liame que, ao revés, está revelado por diversas circunstâncias, avultando a de haverem as mencionadas contas sido utilizadas como meio de viabilizar a transferência, para o primeiro acusado, das vantagens consideradas indevidas, com ocultação de sua origem. 4.2 Autoria comprovada, inclusive por confissão, do segundo acusado, como mentor, e da sétima acusada, como executora, relativamente à falsificação, ocorrida em Brasília e em São Paulo, das contas bancárias e dos cheques enumerados na denúncia; comprovação, por meio de perícia técnica, realizada em juízo, de que o oitavo acusado foi o autor do crime, relativamente à emissão de dois cheques (n. 773.710 e 773.704) e ao endosso de mais quatro (n. 072.170, 072.171, 072.172 e 072.173), do Banco Rural, todos apontados na denúncia; e de que o quinto acusado também o foi, relativamente à abertura das contas correntes n. 01.6173-0 e 01.6187, no Banco Rural. 4.3 Descabimento da pretendida descaracterização dos ilícitos, ao fundamento de ausência de prejuízo, ante a evidência de haverem sido praticados com o manifesto propósito de escamotear a verdade sobre fatos juridicamente relevantes (a existência, a origem e a destinação do dinheiro depositado nas contas abertas em nomes fictícios). 4.4 Desarrazoada, por igual, a alegação de que a sétima acusada agiu à falta de conhecimento potencial quanto à ilicitude dos atos praticados e sob sujeição de poder hierárquico. Primei-

ramente, por haver, ela própria, revelado o conhecimento da ilicitude de sua conduta, com o que afastou a ocorrência de erro de proibição, que se caracteriza pela absoluta inconsciência do injusto. E, em segundo lugar, diante da falta de comprovação de que as instruções recebidas de seu empregador, relativamente às contas fictícias que abriu e movimentou, vieram acompanhadas de ameaça de qualquer natureza; do caráter manifesta e reconhecidamente ilegal dessas instruções; e do fato de não se estar diante de relação hierárquica de direito administrativo, circunstâncias que afastam a segunda excludente.

4.5 Denúncia declarada improcedente, relativamente: a) ao nono acusado, por insuficiência da prova de haver falsificado os cheques n. 419.567 e 696.811, do Banco Rural; b) a sexta acusada, a ausência de prova de haver sido ela autora da falsificação do cheque n. 443.414, do Banco Rural, e da abertura da conta de depósito n. 01.6101-2, e por insuficiência de prova de ter falsificado os cheques n. 412.672, 412.674 e 412.679, do Banco Rural; e c) ao quinto acusado, por insuficiência de prova, no que tange à imputação de haver aberto a conta 01.6101-2, do Banco Rural, e contra ela movimentado cheques.

4.6 Reconhecimento da continuidade delitiva tão somente no concernente às falsificações verificadas na mesma praça. Orientação assentada no STF.

4.7 Reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, relativamente a todos os acusados. (BRASIL, 1995, AP: 307 DF, grifo nosso).

Em todos os votos dos ex-Ministros do STF, notadamente o do relator Min. Ilmar Galvão e do revisor Moreira Alves, a conclusão a que se pode chegar é a de que, *data maxima venia*, exceto o Min. Sepúlveda Pertence, os demais não foram felizes em suas interpretações quanto ao *caput* do art. 317 do Código Penal brasileiro (crime formal) ou de resultado antecipado.

A doutrina e a jurisprudência pátria que os ilustres ministros citaram em seus votos, naquela época, apenas afirmam, e o que é correto, que a vantagem indevida, solicitada, recebida ou aceita precisa estar **relacionada sim a um ato de ofício, ou seja, de competência do servidor corrupto**, o que é indubitoso.

Todavia, estar a vantagem indevida, solicitada, recebida ou aceita “**relacionada** ao ato de ofício do servidor” é quilometricamente distante de “**ser necessária** a prática desse ato de ofício”, mormente tratando-se de um crime formal, como é o caso do *caput* do art. 317 do Código Penal.

O § 1.º do mesmo artigo é que exige a prática do ato de ofício, mas para fins de majoração da pena, o que alguns chamam de exaurimento do crime previsto no caput.

Já que a Doutrina anterior à época do histórico julgamento, segundo afirmaram em seus votos os Ministros Ilmar Galvão (relator) e Moreira Alves (revisor) e os demais, era a favor dessa inusitada tese do STF, de que a exigência do ato de ofício está inserida não só no § 1.º, mas, também, no *caput* do art. 317 do Código Penal, vejamos a opinião em contrário, de um ilustre representante do Ministério Público de São Paulo, citando o nosso livro, no caso, Rogério Sanches Cunha, que leciona *in verbis*:

Lembra **Agapito Machado** que, no julgamento do ex-Presidente Fernando Collor de Mello, por crime de corrupção passiva, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, entendeu que só existe o tipo em estudo se houver a prática do ato de ofício do funcionário, recompensando o particular [Questões polêmicas de direito, 1998]. Tal interpretação [Rogério Sanches critica também a interpretação do STF no referido julgamento], *data venia, refoge completamente do sistema adotado pelo Código Penal pátrio, segundo o qual eventual retardamento, omissão ou prática do ato com infração de dever funcional, constituem formas qualificadas do crime de corrupção passiva (§ 1.º), realizando o corrupto a pretensão do corruptor.* (CUNHA, 2005, p. 59, grifo nosso)

Destarte, é complicado entender o raciocínio do antigo STF, notadamente na corrupção passiva em suas modalidades “solicitar” ou “aceitar promessa”, *crimes indiscutivelmente formais* que, **conforme pacífica doutrina pátria abaixo mencionada:**

- a) independem de qualquer resultado, sendo indiferente que o ato funcional venha a ser praticado ou não (COSTA JR., op. cit);
- b) bastando que a solicitação chegue ao conhecimento de terceiro (ANDREUCCI, 2008);
- c) na primeira modalidade o delito se consuma quando o agente efetivamente solicita a vantagem indevida (GRECO, 2008);
- d) a corrupção passiva é um crime formal, que independe da ocorrência do resultado e consuma-se com a simples solicitação da vantagem ou aceita-

ção da promessa, ainda que esta não se concretize (RT 173/387; RT 452/321, 465/341, 531/309, 648/265, 718/372);

e) sendo desnecessário que o ato funcional venha a ser praticado, omitido ou retardado (MIRABETE; FABBRINI);

f) trata-se de crime formal (que não exige resultado naturalístico) para a sua consumação, na modalidade “solicitar” (BITTENCOURT, 2007, p. 91);

g) em qualquer das modalidades típicas, *não é necessário que o agente pratique, deixe de praticar ou retarde a prática de qualquer ato funcional*, bastam a conduta, a solicitação, o recebimento ou a aceitação da promessa (TELES, 2006);

h) o crime é formal não exige que o funcionário pratique ou se abstenha da prática do ato funcional, se isso suceder haverá mero exaurimento. (CAPEZ).

Esta é a doutrina brasileira de ontem e de hoje.

A **jurisprudência brasileira** também não discrepa da doutrina de que a corrupção passiva, prevista no caput do art. 317 do Código Penal, é crime meramente formal, a não depender de qualquer resultado, consumando-se antecipadamente *in verbis*:

Tratando-se de crime formal, de mera conduta, ou de consumação antecipada, verifica-se a sua ocorrência no momento em que o agente *solicita* a vantagem indevida, *sendo irrelevante a concordância ou a aquiescência do indivíduo a quem dirigida a solicitação ou a entrega concreta e material daquilo que tenha sido solicitado”* (RT 718/372), TJSP: corrupção passiva. Consumação. Ocorrência. Hipótese em que só faltou a entrega do dinheiro. Conduta que, tratando-se de crime formal, integra a fase de exaurimento (JT 186/301). No mesmo sentido, TJSP: RT 452/321, 531/308, 648/265, RJTSP 4/259, 108/452; TJPR: RT 465/341. (MIRABETE, 2015, p. 1721).

Ainda bem que, mais recentemente por ocasião do julgamento da AP 470, conhecida como o “mensalão”, do Partido dos Trabalhadores, o atual STF restabeleceu a coerência e não mais exigiu a prática do ato de ofício como indispensável à configuração do crime de corrupção passiva, bastando a simples solicitação, recebimento ou aceitação de propina. Esse entendimento também é esperado para o “Petrolão”, “Lava Jato” entre tantos escândalos em que se envolveu o Governo Petista, além de parlamentares de outros partidos.

6 PERDA DO CARGO

Contrariamente aos doutrinadores pátrios, sempre defendemos que o servidor público federal condenado judicialmente, por crime funcional, em sentença transitada em julgado, a uma pena privativa de liberdade **inferior** a um ano, deve ser demitido, em razão de o art. 132 da Lei 8.112/1990 (lei especial) prevalecer sobre o art. 92, I, “a”, do Código Penal (lei geral), conforme diversas publicações feitas².

Quando o tema é complexo como esse, envolvendo o concomitante exame/interpretação de mais de um ramo do direito (penal e administrativo), veem-se poucos comentários específicos a respeito.

Esse é um típico caso de necessidade de interpretação sistêmica/cumulativa entre dois ou mais ramos do Direito: do art. 92, I, “a”, do Código Penal, diante do *Estatuto do Servidor Público Civil Federal* (Lei 8.112/1990, art. 132, I, II, VIII, IX e XI), do art. 935 do atual Código Civil e ainda, do próprio art. 12 do Código Penal (*Princípio da Especialidade*), além do princípio constitucional da moralidade pública.

O só especialista em Direito Penal, como o só especialista em Direito Administrativo, ou Civil, não consegue esclarecer, apenas em sua área, a polêmica. É preciso um exame detalhado não só de Direito Penal/Processual Penal, como também de Direito Administrativo e Civil, já que o Direito é unidade.

Os nossos penalistas seguem apenas opiniões/interpretações isoladas do art. 92, I, “a”, do Código Penal, sem fazer qualquer relação com o Estatuto do Servidor Público Civil (art. 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei 8.112/1990), exceto a visão de Cezar Bittencourt, como será demonstrado a seguir. E, na mesma linha de raciocínio, seguem apenas opiniões isoladas de parte de nossos administrativistas, sobre o Estatuto do Servidor Público Civil da União, sem qualquer relação com o referido art. 92, I, “a”, do Código Penal, exceto Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a que mais perto chegou de esclarecer a polêmica.

Sendo esse ponto de suma importância para demonstrar que não há autor, penalista ou administrativista, que aprecia o tema de modo a compatibilizar o preceito do art. 92, I, “a”, do Código Penal com a Lei 8.112/1990, mediante uma interpretação sistêmica, faz-se necessário repetir o posicionamento

2 *Direito penal acadêmico*. Rio de Janeiro: Andréa Ferreira & Morgado, 2008. p. 1.129-1.146 (publicado com vários autores professores), e no *Jornal Diário do Nordeste*, edição de 23 jan. 2005.

doutrinário de alguns juristas.

Segue de forma sucinta a apreciação de alguns dos mais renomados penalistas brasileiros sobre a matéria.

Rogério Greco (2008, p. 311-313) tece a seguinte opinião sobre os “efeitos específicos da condenação”: as hipóteses de específicos da condenação, previstas no art. 92 do Código Penal, como bem observado por Jair Leonardo Lopes, são “verdadeiras penas acessórias mascaradas de efeitos da condenação”.

As hipóteses tratadas pelo inciso I do art. 92 do Código Penal, conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt,

[...] não se destinam exclusivamente aos chamados crimes funcionais (arts. 312 a 327 do CP), mas a qualquer crime que um funcionário público cometer com *violação de deveres* que a sua condição de funcionário impõe, cuja pena de prisão aplicada seja igual ou superior a um ano, ou seja, a qualquer crime praticado por funcionário público, cuja pena aplicada seja superior a quatro anos.

A incidência do efeito extrapenal específico disposto no art. 92, I, “a” do CP, nada tem a ver com a efetiva execução de pena privativa de liberdade, mas com sua “aplicação” *por tempo igual ou superior a um ano*, nos crimes ali definidos, subsistindo, assim, a perda do cargo, ainda que tenha havido substituição da pena corporal (STJ, 6.^a T., 35427/MG, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 20.11.2006, p. 363). (BITENCOURT, 2007)

Fernando Capez orienta que

[...] nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a *pena aplicada for igual ou superior a um ano*; e quando a pena aplicada for superior a 4 anos, qualquer que seja o crime praticado (redação determinada pela Lei 9.268/1996). São efeitos que decorrem da prática de crimes funcionais, previstos no CP, arts. 312 a 326, desde que seja imposta pena igual ou superior a um ano. Ocorrem também na hipótese de a pena ser superior a 4 anos, qualquer que seja o crime praticado. De qualquer forma, dependem de o juiz declará-los motivadamente na sentença. São, portanto, necessários os seguintes requisitos: prática de crime no exercício da função pública, violação de deveres a ela inerentes, *pena igual ou superior a um ano* e declaração expressa e motivada do

efeito na sentença; ou prática de qualquer crime, pena superior a 4 anos e declaração expressa e motivada do efeito na sentença condenatória. No caso de crime de preconceito de raça ou cor praticado por servidor público, também ocorrerá esse efeito, se o juiz o declarar na sentença (art. 18 da Lei 7.716/1989). A condenação do agente pela prática do crime de tortura igualmente enseja a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada, independentemente da sua quantidade (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.455, de 7.4.1997). (CAPEZ, 2008, p. 511-512).

Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini são da seguinte opinião:

[...] dada nova redação ao art. 92, I, do Código Penal, pela Lei 9.628, de 1.º.04.1996, prevê-se como primeiro dos efeitos administrativos da condenação duas hipóteses de perda do cargo, função pública ou mandato eletivo. A primeira delas, prevista pela alínea “a”, ocorre “quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública”. Diminui-se, assim, o limite mínimo da pena privativa de liberdade aplicada (reclusão ou detenção) de mais de quatro anos para igual ou superior a um ano. Exige-se, porém, como na lei anterior, que o crime tenha sido praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Não sendo a perda do cargo ou função pública automática, como corolário da condenação, e determinando a lei que o juiz deve motivadamente declará-la na sentença, exige-se a apreciação da natureza e da extensão do dano e das condições pessoais do sujeito. Nada impede, porém, que, não entendendo o juiz cabível tal efeito da condenação, a Administração providencie o competente procedimento extrajudicial para a aplicação da medida administrativa prevista para a hipótese. (MIRABETE; FABBRINI, 2009, p. 337-338).

Importante observar que, na 18.ª edição de 2003 do mesmo livro, lecionam os dois grandes mestres penalistas *in verbis*: ““não exclui a responsabilidade penal o fato de ter sido o agente inocentado por órgão administrativo do Poder Executivo ou Judiciário, quando do procedimento necessário ao afastamento do cargo (RT 702/377)” (MIRABETE; FABBRINI, 2003, p. 305).

Damásio Evangelista de Jesus leciona que

[...] nesses casos, a condenação só produz efeito específico quando impõe pena privativa de liberdade por *tempo igual ou superior a um ano*. Na nova lei, cumpre distinguir: a) nos delitos funcionais típicos, com violação de dever funcional ou abuso de poder, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo resulta de condenação a pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano (art. 91, I, do CP) [...] Tratando-se, v.g., de condenação a *um ano* de reclusão por corrupção passiva simples, crime funcional típico descrito no art. 317, *caput*, do CP, opera-se a perda do cargo (alínea “a”). (JESUS, 2005, p. 649-650).

Paulo Jose da Costa Jr. defende a opinião de que

[...] são três os efeitos específicos enumerados pelo art. 92: o primeiro, de natureza administrativa e política; o segundo, de cunho civil; o último, de essência ainda administrativa.

1) A norma prevê, inicialmente, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo. Na disciplina anterior, era necessário, para incidência do referido efeito, além da prática de crime com abuso de poder ou violação de poder inerente à Administração Pública, que a pena aplicada fosse superior a quatro anos. A Lei 9.268/1996 deu nova redação ao aludido dispositivo, distinguindo duas hipóteses, que representam agravamento da situação do acusado, em relação à disciplina anterior. Assim, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo poderá ocorrer em duas hipóteses: quando aplicada pena privativa de liberdade por *tempo igual ou superior a um ano*, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, e quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos, nos demais casos... Como o preceito se refere à perda de função pública e não à perda da função pública, poder-se-á concluir que se trata da perda de qualquer função pública e não daquela exercida no instante do fato pelo agente...

Diversifica-se a perda de cargo ou função, referida no dispositivo em foco, da proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, constante do art. 47, I, aplicável a condenações a penas privativas de liberdade inferiores a um ano e de natureza temporária. (COSTA JR., 2008, p. 352-353).

Segundo Ney Moura Teles:

[...] o art. 92 do Código Penal cuida de outros efeitos da condenação, referentes a algumas espécies de crimes, que somente incidirão se a sentença condenatória estabelecê-los em decisão motivada. Somente se aplicarão para determinados crimes, e desde que o juiz os estabeleça, na sentença, dando as razões de sua aplicação, que deverá ser justificada.

Por essa razão, são chamados de efeitos específicos não automáticos. (TELES, 2006, p. 457-458).

Sobre a perda de cargo ou função pública, Teles expõe que que

[...] a Lei 9.268, de 01.04.1996, deu nova redação ao inciso I do art. 92, que ficou assim redigido: *“São também efeitos da condenação: I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a quatro anos nos demais casos.”*

Pelo sistema antigo, da reforma penal de 1984, se o agente tivesse praticado qualquer crime com abuso de poder ou violação de dever para com a administração, e o Juiz aplicasse pena de privação de liberdade superior a quatro anos, poderia também declarar, como efeito administrativo da condenação, a perda do cargo ou da função pública exercidos pelo agente.

Agora, nessa hipótese basta que a *pena seja superior a um ano* de privação de liberdade, e não mais a quatro, para que seja possível declarar a perda do cargo ou da função pública.

A outra novidade é que, nos crimes cometidos sem abuso de poder ou sem violação de dever para com a administração pública, o efeito poderá ser declarado apenas quando a pena for superior a quatro anos.

Doravante, se o crime tiver sido cometido com abuso de poder ou violação de dever funcional, o efeito poderá ser declarado se a *pena for superior a um ano*. Se o crime não tiver sido cometido com abuso ou violação de dever, a perda do cargo ou função só poderá dar-se se a pena for superior a quatro anos.

Na primeira situação, o efeito poderá ser aplicado nos casos de crimes definidos nos arts. 312 a 326 do Código Penal –, peculato, – concussão, corrupção passiva, prevaricação, violência arbitrária, etc. – bem assim em qualquer hipótese de crime prati-

cado por funcionário público durante o exercício de sua função, com abuso de poder e com violação de dever funcional, como homicídio, estupro, atentado violento ao pudor, furto, roubo, etc.

Policiais que praticam lesões corporais ou atentado violento ao pudor contra preso, *se condenados a pena superior a um ano*, poderão ver declarada na sentença condenatória a perda do cargo público.

A imposição desse efeito deverá ser fundamentada e dependerá da necessidade para a prevenção e reprovação do crime, devendo o Juiz levar em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Nos demais crimes cometidos sem abuso ou violação de dever funcional, a declaração da perda do cargo ou da função pública só será possível se a condenação for superior a quatro anos.

A perda de cargo ou função pública como efeito permanente da sentença condenatória, não se confunde com a pena restritiva de direito prevista no art. 47, I, do Código Penal, que é interdição temporária do exercício do cargo ou função pública ou do mandato eletivo. (loc. cit).

Guilherme de Souza Nucci argumenta que “trata de efeito não automático, que precisa ser explicitado na sentença, respeitados os seguintes pressupostos: a) nos crimes praticados com abuso de poder ou violação do dever para com a Administração Pública, *quando a pena aplicada for superior a 1 ano....*”(NUCCI, 2007, p. 472).

Cleber Masson menciona:Esses efeitos não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. Consequentemente, o magistrado precisa proceder à apreciação da natureza e da extensão do dano, bem como às condições pessoais do réu, para aferir seu cabimento no caso concreto. Na alínea “a”, além do conceito de funcionário público contido no art. 327 do Código Penal, deve ser analisado se o crime ocorreu no exercício das funções exercidas pelo agente, isto é, se ele se valeu das facilidades proporcionadas por sua função para praticar o delito. (MASSON, 2009, p. 752).

O único doutrinador penalista que terminou por enfrentar o tema, também à luz do Estatuto do Servidor Público Federal (*Perda de cargo ou função pública, por condenação criminal a pena inferior a um ano*), foi o ilustre Cezar Roberto Bitencourt que, a partir da 11.^a edição do seu livro e reafirma na 16.^a edição, assim se expressa *in verbis*:

O Código Penal prevê, em seu art. 92, com redação determinada pela Lei 9.268/1996, duas hipóteses de perda de cargo ou função pública, como efeito específico de condenação criminal, como acabamos de ver: 1) *Condenação superior a um ano, por crime praticado contra a Administração Pública*; 2) *Condenação superior a quatro anos, por qualquer outro crime*. Na primeira hipótese, é indispensável que a infração penal tenha sido praticada com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, função ou atividade pública; na segunda, será suficiente que a condenação seja superior a quatro anos de pena privativa de liberdade, independentemente de qualquer relação com cargo ou função pública exercidos.

Contudo, somente condenação à pena igual ou superior a um ano pode ter o efeito – automático ou não – de acarretar a perda de cargo ou função pública? *Afinal, condenação à pena inferior a um ano poderá, igualmente, ocasionar a perda de cargo ou função, quando, por exemplo, a infração penal tiver sido praticada com abuso de poder ou violação de dever a eles inerentes?* Pela dicção do Código Penal – arts. 91 e 92 – certamente não poderá resultar, como efeito da condenação criminal, a perda de nenhum cargo ou função pública nessas circunstâncias. No entanto, não se pode esquecer que o ordenamento jurídico brasileiro, embora extremamente complexo e amplo, é harmônico, universal e segmentado ao mesmo tempo. Assim, para se encontrar a resposta adequada à questão proposta dever-se-á, necessariamente, observar o *direito administrativo*, particularmente a legislação correspondente ao funcionalismo público (Lei 8.112/1990).

Com efeito, consultando esse diploma legal, em seu art. 132, constata-se a determinação de perda de cargo ou função pública a funcionário que sofrer *condenação inferior a um ano* de pena privativa de liberdade, por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever a ele inerentes. Nesse caso, como destaca o magistrado **Agapito Machado**, observando-se o *princípio da especialidade* da norma administrativa, fica afastada a omissão do Código Penal, que trata do tema genericamente. A generalidade da previsão do Código Penal torna irrelevante, inclusive, a alteração produzida pela Lei 9.268/1996, que não esgotou a matéria (grifou-se).

No entanto, acreditamos que será indispensável a instauração de *processo administrativo*, com as garantias devidas, para efetivar essa exclusão, em observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, posto que o Código Penal, para condenações mais graves (superiores a um e a quatro anos), exige a

motivação do juiz prolator da sentença condenatória, afastando a perda automática. Certamente, a *perda de cargo ou função pública*, em nenhuma hipótese de condenação penal, poderá ser automática. O diploma material penal exige a fundamentação expressa do prolator da condenação.

Concluindo, não resta dúvida de que o *princípio da especialidade* autoriza a aplicação da legislação administrativa, ignorando a legislação penal; contudo, enfatizamos, o procedimento deverá assegurar a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (processo administrativo). (BITENCOURT, 2007).

Data maxima venia do ilustre jurista Cezar Roberto Bitencourt, não tem sentido a instauração de inquérito administrativo, após a sentença criminal condenatória transitada em julgado, porque essa providência desconsidera o art. 12 do Código Penal e principalmente a regra do art. 935 do Código Civil, de que “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor, quando estas questões se acharem decididas no crime**”, norma essa idêntica ao do art. 1.525 do Código Civil de 1916.

O devido processo legal que resultará na perda de cargo do servidor já foi o criminal, não sendo necessário outro qualquer.

E se o chefe do funcionário condenado criminalmente, mesmo arriscando ser processado por crime de condescendência criminosa ou prevaricação, continuar sem instaurar o inquérito administrativo contra o réu, seu protegido? De que serviria, então, a condenação criminal transitada em julgado?

O devido processo legal em que o funcionário condenado teve ampla defesa foi o próprio processo judicial. Insisto: o inquérito administrativo não poderá decidir ou concluir diferentemente do que decidiu a instância criminal condenatória, com trânsito em julgado.

Ora, pelo Estatuto do Servidor Público Federal Civil (Lei 8.112/1990), o servidor perderá o cargo por faltas que nem crimes são considerados, como a reiterada ausência ao trabalho, embriaguez em serviço, incontinência ou má conduta etc., que não causam mal maior ao serviço público, e um criminoso, bandido mesmo, assim condenado, com trânsito em julgado pela Justiça Criminal, vai permanecer no serviço público? Ademais, como fica a regra incisiva do art. 935 do Código Civil de 2002, segundo a qual “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor, quando estas questões se acharem decididas no crime**”?

Os administrativistas, por sua vez, também não enfrentam o tema senão à luz apenas do Estatuto do Servidor Público Federal Civil, vale dizer, não fazem uma interpretação sistêmica em relação ao art. 92, I, “a”, do Código Penal, chegando a desprezar o próprio princípio da especialidade:

No livro de **Hely Lopes Meirelles**, os atualizadores afirmam que, para a demissão do servidor *vitalício*, a perda do cargo depende de ser motivada na sentença e:

quando a pena aplicada for igual ou superior a um ano, ou quando superior a quatro anos nos demais casos (CP, art. 92, I, ‘a’ e ‘b’, Lei 9.455, de 07.04.1997 – lei penal especial – art. 1.º, § 5.º) [...] e para a demissão do estável não precisa a Administração recorrer à Justiça, ainda que o fato sujeito a punição, configure crime... (MEIRELLES, p. 436).

Diógenes Gasparini, também sem enfrentar diretamente o art. 92, I, “a”, do Código Penal diante do art. 132, I, da Lei 8.112/1990, afirma *in verbis*:

Assim, o condenado na esfera criminal será condenado nas órbitas civil e administrativa, já que, nos termos do art. 935 do Código Civil, nas esferas civil e administrativa não são possíveis decisões contrárias, pois existe decisão criminal definitiva no que concerne aos fatos e à autoria, *não cogitando esse ilustre autor, como se vê, de condenação inferior a um ano*. (GASPARINI, 2001, p. 218).

José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar dos efeitos da decisão penal na esfera administrativa, embora afirme que a decisão condenatória terá **sempre** reflexo na esfera administrativa e, portanto, que **a instância penal obriga a instância administrativa**, termina também por não enfrentar diretamente o art. 92, I, “a”, do Código Penal diante do art. 132, I, da Lei 8.112/1990 (princípio da especialidade), como se pode observar da leitura de seus comentários sobre a condenação:

Em se tratando de decisão penal condenatória por crime funcional, terá que haver sempre reflexo na esfera da Administração. Se o juiz reconheceu que o servidor praticou crime e este é conexo à função pública, a Administração não tem outra alternativa senão a de considerar a conduta como ilícito também

administrativo. Exemplo: se o servidor é condenado pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), terá implicitamente praticado um ilícito administrativo. No caso da Lei 8.112/1990, o servidor terá violado o art. 117, XII, que o proíbe de receber propina ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições. A instância penal, então, obriga a instância administrativa. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 627-628).

Todavia, também chega a condicionar a demissão do servidor delinquente, a que o mesmo seja condenado à pena criminal igual ou superior a um ano, *in verbis*:

Assinale-se, ainda, que o Código Penal estabelece, como um dos efeitos da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública. Há também previsão de perda de função pública no caso de condenação por crime contra a probidade administrativa (art. 12, III, da Lei 8.429/1992). (loc. cit).

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello também não enfrenta o tema à luz tanto do Direito Penal quanto do Administrativo.

O inusitado condicionamento da instauração do competente inquérito administrativo para a demissão do servidor que cometeu crime contra a Administração Pública, ao término da decisão penal, que pode demorar anos para transitar em julgado, é algo impensável diante da independência das instâncias administrativa e penal, e contraria toda jurisprudência pátria, notadamente a do STF (MS 23.242, MS 22.055, Rel. Min. Carlos Velloso; MS 22.438, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 166/171, 191/151, entre outros).

A propósito, o Corregedor-Geral da União, no uso da competência que lhe conferem os arts. 4.º, 6.º e 10.º do Decreto 5.480, de 30 de junho de 2005, e o art. 15, I, do Decreto 5.683, de 24 de janeiro de 2006, resolveu editar o Enunciado 6, de 30 de agosto de 2012, conforme proposto pela Comissão de Coordenação de Correição, em sessão realizada em 23 de agosto de 2012, no portal da Imprensa Nacional, na forma que se segue: “DEMISSÃO. ART. 132, I, DA LEI 8.112/1990. A demissão de servidor pela prática de crime contra a administração pública deve ser precedida de condenação criminal transitada

em julgado.” (BRASIL, 2012, p. 23).

Sem dúvida que é uma incoerência a Administração Pública renunciar a independência de sua instância e esperar longos anos até que a decisão penal condenatória transite em julgado, ficando com o servidor corrupto recebendo seus proventos, com mal exemplo ao serviço. E mais: o entendimento desse enunciado implica verdadeira inversão de valores, eis que, se o funcionário público comete uma infração administrativa menor (que sequer seja crime), pode ser demitido administrativamente, enquanto outro que cometer um crime funcional, somente pode ser demitido após o processo criminal que demorará anos até transitar em julgado. Logo, é melhor cometer crime funcional do que uma infração administrativa menor, pois o funcionário terá a garantia de que ainda passará um bom tempo no serviço público.

No tocante à perda de função pública no caso de improbidade administrativa (art. 12, I, II e III, da Lei 8.429/1992), a condenação judicial é *civil*, como determina o seu art. 20, e após o trânsito em julgado, eis que a referida Lei 8.429/1992 não institui nenhum tipo penal propriamente dito. Essa é também a opinião de Hely Lopes Meirelles (op. cit.).

Portanto, não é razoável: a) interpretar, isoladamente, o art. 92, I, “a”, do Código Penal, que é destinado a quem exerce cargo/função pública; b) desprezar a unidade do direito; e c) o fato de que, tratando-se de servidor público federal, não se pode desprezar o princípio da especialidade inoculado na Lei 8.112/1990, art. 132, I, II, VIII, IX e XI (Estatuto do Servidor Público Federal), art. 12 do Código Penal e principalmente o art. 935 do atual Código Civil de 2002.

A sempre festejada administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro deixa transparecer, ao que entendemos, que, quando for caso em que o funcionário praticar crime contra a Administração Pública (art. 207 da antiga Lei 1.711/1952 e que hoje corresponde ao art. 132, I, da Lei 8.112/1990), a Administração Pública está obrigada a demitir o servidor, cumprindo a condenação criminal (aqui a referida autora não cogita sobre quantidade de pena, se inferior ou maior de um ano, como consta do art. 91, I, “a”, do Código Penal), *in verbis*:

Na esfera federal, ficou devidamente reconhecida a **dependência da** esfera administrativa em relação à criminal, quando o funcionário esteja indiciado apenas por **crime**. Com efeito, o

artigo 207 do Estatuto (Lei 1.711, de 28.10.1952) indicava as hipóteses de aplicação da pena de demissão, mencionando, no inciso I, “o crime contra a administração pública”. Pois bem, o DASP já definiu que “não pode haver demissão com base no inciso I do artigo 207 do Estatuto dos Funcionários, se não a precede condenação criminal” (Formulação 128). E justifica: “a única hipótese em que a Administração está adstrita a aguardar a prestação jurisdicional é a do inciso I do artigo 107, onde se fala genericamente do crime contra a Administração Pública. Em todas as outras, a Administração não necessita aguardar o desfecho do procedimento criminal, vez que a previsão do fato criminoso como ilícito disciplinar autônomo a autoriza a agir desde logo, aplicando a pena que o Estatuto cominar” (parecer no Processo 1.485, de 06.04.1967, apud José Armando da Costa, 1987:240). A Lei 8.112, de 1990, no artigo 132, I, repete a mesma norma que constava do artigo 207 do Estatuto anterior. (DI PIETRO, 2009, p. 501)

Portanto, em razão da unidade do Direito, que não tolera incoerências nem admite antinomias, e sim interpretação sistêmica, não podemos jamais ignorar a regra contida no art. 935 do atual Código Civil de 2002, segundo a qual “não se poderá questionar mais sobre a **existência do fato** ou quem seja o seu **autor**, quando estas questões se acharem decididas no crime”, norma essa idêntica ao do artigo 1.525 do antigo Código Civil (de 1916) e *que vigeu até antes do atual, de 2002*.

Apenas o **terceiro**, que poderá ser atingido pelo efeito natural da sentença penal condenatória transitada em julgado – e não o **réu** que foi condenado, salvo em ação revisional – poderá rediscutir a sentença, inclusive quanto à autoria e materialidade, como já ensinava a ilustre profa. Ada Pellegrini Grinover, muito antes da CF/1988, da reforma do Código Penal e do art. 935 do atual Código Civil, *in verbis*:

Ora, a interpretação a ser dada ao art. 74, I do CP, combinado com o art. 64 do CPP é exatamente essa: efeito secundário da condenação penal, diz a lei, é tornar certa a obrigação de indenizar o dano resultante do crime. Mas, evidentemente, a coisa julgada só pode atingir o réu do processo penal; não o responsável civil, alcançado apenas pela eficácia natural da sentença. Onde a conclusão inarredável de que, proposta a ação civil de reparação do dano contra o civilmente responsável (jamais

a execução, como já se disse), poderá ele discutir não apenas a sua responsabilidade civil, como também voltar, se o quiser, a suscitar as questões atinentes ao fato e à autoria. Questões, estas, que se revestem da autoridade da coisa julgada, por força do disposto do art. 74, I, do CP, mas só com relação a quem foi parte no processo penal. Contrariaria, essa interpretação, o disposto no art. 74, I, do CP? Não. *A obrigação de indenizar torna-se certa com relação ao réu do processo penal. Não com relação a terceiros, para quem aquela sentença condenatória é res inter alios.* (GRINOVER, 1978, p. 51)

Em razão mesmo dos princípios da unidade do Direito, da moralidade pública, da especialidade (Lei 8.112/1990 e art. 12 do Código Penal), da interpretação sistêmica, e, ainda, do art. 935 do Código Civil de 2002, que, uma vez condenado judicialmente por **crime funcional**, ou seja, por crime contra a Administração Pública (art. 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei 8.112/1990), o funcionário público federal deverá ser demitido, se antes não o foi em inquérito administrativo, independente da quantidade da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça criminal, após o trânsito em julgado.

A demissão será mediante simples portaria da autoridade administrativa competente, nos termos do Estatuto do Servidor Federal, em que, nos seus considerandos, será simplesmente invocada a condenação penal, transitada em julgado, a menos de um ano de pena privativa de liberdade ou, se condenado a mais de um ano, o juiz assim não tiver decretado na sentença, portanto, sem necessidade de inquérito administrativo algum, porque este poderia não ser instaurado, como já demonstrado e, se instaurado, não pode nem deve concluir diferentemente do que decidiu a instância criminal, conforme claramente dispõe art. 935 do novo Código Civil de 2002. É que o processo legal da demissão foi exatamente o que originou a condenação criminal do servidor, com trânsito em julgado.

Não há necessidade alguma da existência de dois processos legais para um mesmo fato, quando já estiverem devidamente comprovadas a autoria e a materialidade delitiva na instância criminal.

Não fosse essa a interpretação mais correta e lógica, para manter a unidade do Direito, não teria sentido a existência dos princípios da moralidade pública (CF/1988), da especialidade (art. 12 do Código Penal) e do novo Código Civil de 2002, em seu art. 935.

Ademais, insisto que, se assim não fosse, haveria enorme incoerência quanto ao aspecto de que, pelo mesmo Estatuto (Lei 8.112/1990), o servidor público federal civil perderá o cargo por faltas que nem crimes são consideradas, como a reiterada ausência ao trabalho, embriaguez em serviço, incontinência ou má conduta etc., que não causam mal maior ao serviço, enquanto um criminoso, bandidão mesmo, assim declarado, com trânsito em julgado, pela Justiça Criminal, permaneceria no serviço público?

Não se afasta totalmente a hipótese em que um mau administrador, mesmo se sujeitando a processo criminal por condescendência criminosa ou prevaricação e por improbidade administrativa, expondo-se, inclusive, a perder também o seu cargo, deixe de baixar a respectiva portaria demitindo o servidor protegido, que tenha sido condenado pela Justiça, em sentença transitada em julgado, por crime funcional, qualquer que seja a pena a ele aplicada. Se isso ocorrer, cabe ao Ministério Público buscar responsabilizá-lo e insistir na demissão do servidor condenado pela justiça criminal por meio de portaria.

Para evitar essa situação, penso que o verdadeiro juiz, ou seja, aquele que não é carreirista, subserviente, bajulador, rastejante, fazedor de média e que realmente cumpre a Constituição e as leis constitucionais que não elabora, no caso de condenação de funcionário público federal, por crime funcional, qualquer que seja a pena aplicada, logo pode decretar-lhe, na sentença, a perda do cargo, com base no art. 132 da Lei 8.112/1990, fundamentando que essa lei especial prepondera sobre o art. 92, I, “a”, do Código Penal, em face dos diversos princípios aqui já comentados, notadamente o da especialidade, previsto no próprio Código Penal (art. 12) e no princípio constitucional da moralidade pública.

Portanto, fica bastante claro que a regra do art. 92, I, “a”, do Código Penal é letra morta, quanto ao âmbito administrativo, quando se tratar de condenação criminal por crimes **tipicamente funcionais** (arts. 312 a 326 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/1990), servindo, no âmbito criminal, como coerente, apenas para os **crimes comuns eventualmente funcionais**, pois não são propriamente contra a Administração Pública (arts. 150, §§ 1.º e 2.º, 297, § 1.º, 289, § 3.º, 290, parágrafo único, 295, 296, § 2.º, todos do Código Penal), restando a letra “b” do mesmo artigo para ser aplicada aos crimes **verdadeiramente comuns sem relação com o cargo (homicídio, lesões, estupro, roubos etc.)**.

Pode-se concluir então que:

l) *Quanto aos crimes comuns* (alíneas “a” e “b” do art. 92 do Código Penal)

Para que ocorra a perda do cargo ou função pública, **é realmente necessário que o juiz criminal, de modo fundamentado, a decrete na sentença**, nos termos do art. 92, parágrafo único, do Código Penal, **tão somente nos seguintes casos:**

a) em **crime verdadeiramente comum**, vale dizer, aquele praticado por funcionário público federal (homicídio, roubo, furto etc.), ou seja, quando nenhuma relação tenha com seu cargo ou função, desde que a condenação criminal aplique pena privativa de liberdade superior a quatro anos, conforme art. 92, I, “b”, do Código Penal;

b) nos crimes comuns, em que o funcionário federal, todavia, o praticou com **violação dos seus deveres** (arts. 150, §§ 1.º e 2.º, 297, § 2.º, entre outros, do Código Penal etc.), desde que seja condenado à pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano, crimes esses que rotulo de **eventualmente funcionais**, conforme art. 92, I, “a”, do Código Penal. Aqui sim, nesses casos, o juiz poderá avaliar se a conduta do funcionário afetou ou não severamente os interesses da Administração Pública, eis que não há propriamente um crime contra ela, ou seja, tipicamente funcional, o que não impede a punição administrativa antes mesmo da ação penal, nos termos do mesmo estatuto.

II) *Quanto aos crimes funcionais* (alínea “a” do art. 92 do Código Penal)

Já nos **crimes tipicamente funcionais** (arts. 312 a 325 do Código Penal e art. 3.º da Lei 8.137/1990), **independente da quantidade da pena aplicada na sentença penal condenatória**, transitada em julgado, o funcionário público federal deverá ser **demitido**, se antes não o foi (art. 132, incisos I, II, VIII, IX e XI, do Estatuto do Servidor Público Civil da União).

Se, todavia, estiver inativo, terá **cassada a sua aposentadoria ou a disponibilidade**, se houver praticado o crime quando em atividade (arts. 134 e 132, I, II, VIII, IX e XI, da Lei Federal especial 8.112/1990), combinados ainda com o art. 935 do Código Civil de 2002, como veremos em tópico seguinte.

A perda do cargo também se dará em condenação nos crimes de Tortura (art. 1.º, § 5.º, da Lei 9.455/1997), de Abuso de Autoridade (Lei 4.898/1965) e de preconceito de raça (art. 18, da Lei 7.716/1989) e, em face da recente Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, se o funcionário público for condenado, em sentença transitada em julgado, **qualquer que seja a pena** como integrante de organização criminosa.

Se o servidor condenado pertencer ao Estado ou ao Município, deve ser examinado o que prescreve o seu respectivo Estatuto. E, se ainda não existir, como pode ocorrer em alguns pequenos Municípios, a demissão se dará por justa causa, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou alguma lei especial que disponha sobre o assunto.

E, para fins de *inelegibilidade legal em face de condenação criminal por crime funcional*, assim se pronuncia Rogério Sanches Cunha, *in verbis*:

A condenação criminal definitiva pela prática de crime contra a Administração pública, em prejuízo da suspensão dos direitos políticos, torna o funcionário público típico ou equiparado (art. 327 do CP), inelegível pelo prazo de 08 (oito) anos, após o regular cumprimento da pena (art. 1.º, I, “e”, itens 1 a 10 da Lei Complementar n.º 64/1990).

Enquanto a *suspensão dos direitos políticos* tem seu fundamento no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, a inelegibilidade, diferentemente, fundamenta-se no § 9.º do art. 14, de aplicação posterior ao término da suspensão dos direitos políticos, dirigida aos condenados pela prática dos crimes previstos no citado art. 1.º da Lei Complementar 64/1990, dentre os quais encontramos os delitos funcionais. (CUNHA, 2005, p. 106-107)

7 CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA E CONFISCO

Tanto na doutrina como na jurisprudência a questão da inconstitucionalidade ou não da pena de cassação da aposentadoria, mesmo no regime contributivo, instituído a partir da EC 3, de 17 de março de 1993, é rejeitada pelo STF, em diversos precedentes, entre os quais, no MS 23219 AgR/RS, Rel. Min. Eros Grau, DJ 19.08.2005, p. 4.

Pela constitucionalidade da pena de cassação da aposentadoria, o TR-F/2.^a Região, no julgamento da AC 200951010277573, 7.^a Turma, Rel. Des. Nobre Matta, DJ 16.02.2011, assim decidiu:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. REINTEGRAÇÃO. SUPERVENIENTE APOSENTADORIA. CASSAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE.

DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. I – No caso dos autos, a autora foi demitida “por se valer do cargo para lograr proveito pessoal e de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, improbidade administrativa, lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional”, mas conseguiu sua reintegração provisória pela via judicial. II – Tendo sido aposentada no decorrer do processo, porquanto ainda havia recurso a ser julgado, posteriormente sobreveio decisão final que concluiu pelo não cabimento da reintegração. III – Por consequência, já que a falta cometida pela apelante em atividade foi punida com a demissão, não havia outra medida a ser tomada que não a cassação da aposentadoria, consubstanciada no ato que anulou anterior ato de reintegração. IV – Não há que falar em violação ao princípio do devido processo legal. Como já assegurado, o ato que anulou a reintegração da autora decorreu de decisão judicial transitada em julgado que, ao final, concluiu que o Processo Administrativo Disciplinar no qual baseou-se a demissão da recorrente foi conduzido regularmente e sem nulidade. V – No que toca à alegação de inconstitucionalidade da penalidade de cassação de aposentadoria, registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 21.948/RJ, rejeitou tal alegação.

Nesse mesmo sentido, assim também decidiu o TRF da 5.^a Região (AC 200483020059042; Rel. Juiz Francisco Wildo, *DJ* 30.03.2010, p. 346).

Portanto, o STF entende que a penalidade de cassação de aposentadoria, aplicada ao servidor, qualquer que seja o seu tempo de serviço, tem previsão na CF (art. 41, § 1.º, II), sendo constitucionais os arts. 127, IV, e 134, da Lei 8.112, de 1990, não havendo que se falar de confisco, já que as contribuições vertidas no serviço público poderão ser contadas no regime do Regime Geral da Previdência Social (CF, art. 201, § 9.º), desde que atendido o disposto no art. 24, parágrafo único, da Lei 8.213, de 1991.

De acordo com a recente Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, que alterou alguns artigos do atual Código de Processo Penal e disciplinou as diversas medidas cautelares, permite-se agora a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais (art. 319, VI).

Bem melhor é o Projeto de Lei (PLS 156/2009), tratando do futuro Código de Processo Penal, já aprovado no Senado e em discussão ainda na Câmara que, dentre as medidas cautelares pessoais, prevê que o juiz poderá suspender

o exercício de função pública desempenhada pelo investigado ou acusado ao tempo dos fatos, com prejuízo da remuneração.

Muito embora não tenha o caráter nitidamente penal, o art. 20, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê o afastamento do Agente Público de suas funções, no caso de necessidade, para preservação da instrução processual.

8 A ABSOLVIÇÃO CRIMINAL E SEUS EFEITOS NO ÂMBITO FEDERAL

Conforme art. 376 do novo Código de Processo Civil, tal qual ocorria no de 1973, "a parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar".

Diante disso, como só somos obrigados a conhecer Leis Federais, nós nos limitaremos, aqui, a discorrer apenas em relação aos servidores públicos civis federais, portanto, em face da Lei nº 8.112/90.

Não é qualquer absolvição criminal que impede a reparação do dano, mas apenas aquelas que inocentam o réu.

E, em se tratando de funcionário público federal, só em dois casos previstos no art. 126 da Lei 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Civil Federal), ou seja, negativa "da existência do fato ou de sua autoria", é que o mesmo será considerado inocente e, por isso, além de não ser obrigado a nada indenizar, ainda terá o direito de retornar ao cargo do qual fora demitido administrativamente.

O art. 44 da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, é de grande relevância pelo fato de incluir o art. 126-A na Lei 8.112/1990, dispondo que "nenhum servidor poderá ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente por dar ciência à autoridade superior ou, quando houver suspeita de envolvimento desta, a outra autoridade competente para apuração de informação concernente à prática de crimes ou improbidade de que tenha conhecimento, ainda que em decorrência do exercício de cargo, emprego ou função pública", por conter altíssima dose de ética.

Uma das causas que impedia de se evoluir para evitar os desmandos administrativos praticados pelos altos escalões da Administração Pública brasi-

leira era a de não se propiciar ao servidor mais humilde essa possibilidade, que ele tanto queria, de poder denunciar sem receio de punição, além dessa nova luz se afinar com objetivo do crime de condescendência criminosa previsto no art. 320 do Código Penal, que não tolera a omissão no serviço público.

Atualmente, por força da Lei 11.690, de 2008, a redação do art. 386 do Código de Processo Penal ficou assim, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – **estar provada a inexistência do fato;**

II – não haver prova da existência do fato;

III – não constituir o fato infração penal;

IV – **estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;**

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1.º, do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação. (BRASIL, 1941, art. 386)

Portanto, os incisos I e IV acima do atual Código de Processo Penal, após nova redação dada pela **Lei 11.690, de 2008**, já encontravam correspondentes no citado art. 126 da Lei 8.112/1990, vale dizer, **“negativa de fato ou de autoria”**, únicas hipóteses, repita-se, que declaram um réu verdadeiramente **inocente**, e ensejando o seu retorno (reintegração) ao cargo, do qual fora demitido administrativamente, acrescida de todos os direitos, tais como receber os salários atrasados, desde a demissão, promoções, inclusive perdas e danos etc.

Nesses dois casos, há uma prevalência da instância penal sobre a administrativa³.

3

Conforme consta em *Direito penal acadêmico*, op. cit., p. 1.139-1.141.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, R. A. **Manual de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte 1**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Tratado de direito penal: parte especial 5**. Atualização até a Lei 11.466/2007. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Reforma do Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil – 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 1º jul. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5480.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto nº 5.683, de 24 de janeiro de 2006. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas da Controladoria-Geral da União, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jan. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5683.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez.

1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Imprensa Nacional. **Casa Civil da Presidência da República**. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=23&data=>>. Acesso em: 31 ago. 2012, p. 23.

_____. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, RJ, 12 abr. 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4898.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 6 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abr. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá

outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 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. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 8 abr. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm>. Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 11 out. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 3 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2008/L11690.htm>. Acesso em: 13 jun. 2016.

gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm> . Acesso em: 13 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 maio 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> . Acesso em: 14 jun. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal** – AP: 307 DF, Relator: Ilmar Galvão, data de julgamento: 13 de dezembro de 1994. Tribunal Pleno, 13 out.

1995. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/746845/acao-penal-ap-307-df>>. Acesso em: 14 jun. 2016.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal: parte especial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COSTA JR, P. J. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, vol. 3, 1989.

_____. **Curso de direito penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUNHA, R. S. **Direito penal: parte especial – crimes funcionais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

DELMANTO, C. **Código Penal anotado**. Freitas Bastos, 1986.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 22. ed. 2ª. reimp. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, B. **Código Penal brasileiro**. vol. V, 1943.

FRAGOSO, H. **Lições de Direito Penal**. vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FRANCO, A. S; STOCO, R. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 4. ed., São Paulo: RT, 1992.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, R. **Código Penal comentado**. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

GRINOVER, A. P. **Eficácia e autoridade da sentença penal**. São Paulo: RT, 1978.

HUNGRIA, N. **Comentários ao Código Penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. 9, 1959.

JESUS, D. E. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva. I.º vol, 1985

_____. **Código Penal anotado**. Saraiva, 1989.

_____. **Direito penal: parte geral**. 28. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1, 2005.

MACHADO, A. **Crimes funcionais comuns**. Forense, RJ, 2013.

_____. Juizados Federais Virtuais Cíveis. Santa Catarina: Conceito, 2009. p. 108-123.

_____. Nova desobediência judicial. **Jornal Diário do Nordeste**, Fortaleza, edição de domingo, 16 ago. 2009.

_____. **Questões polêmicas de direito**. Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

MASSON, C. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Gen/Método, 2009.

MEDINA, R. C. A. (Org.). **Direito penal acadêmico: parte geral**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008.

MIRABETE J. F. **Código Penal interpretado**. Atlas, 2015.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**, 22. ed.

_____. **Manual de direito penal, I. Parte geral: arts. 1.º a 120 do CP**.

18. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual de direito penal, I. Parte geral: arts. 1.º a 120 do CP.**
25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2009.

NUCCI, G. S. **Código Penal comentado.** 7. ed. 2. tiragem. São Paulo:
RT, 2007.

TELES, N. M. **Direito penal: arts. 1.º a 120.** 2. ed. São Paulo: Atlas,
2006.

_____. **Direito Penal – arts. 213 a 359-H.** 2. ed. São Paulo: Atlas,
2006.

RESENHA

Conflitos federativos: esperanças e frustrações – em busca de novos caminhos para a solução, de Fernando Rezende

João Gabriel Laprovitera Rocha¹

O Instituto Rui Barbosa, em parceria com a Editora Fórum, apresentou o primeiro livro da Coleção Fórum IRB, intitulado *“Conflitos federativos: esperanças e frustrações – em busca de novos caminhos para a solução”*, de autoria do professor Fernando Rezende, ex-presidente do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e atualmente pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV).

A obra trata de tema assaz relevante e mergulha fundo nos meandros da maior crise da história do federalismo brasileiro. As raízes dos conflitos entre os entes da federação são expostas e analisadas com muito critério e embasamento, no intuito de oferecer o diagnóstico correto dos problemas enfrentados e os subsídios necessários à elaboração de uma pauta que una os estados e os auxilie a retomar os trilhos do sistema federativo imaginado pelo constituinte.

No capítulo inaugural do livro, o autor resgata, com riqueza de detalhes, o percurso histórico do federalismo brasileiro. A história mostra que sempre houve um movimento pendular entre centralização e descentralização do poder no Brasil, sendo certo que, em momentos de governos mais autoritários, esse pêndulo se move em direção a um fortalecimento do governo central e, nas épocas de governos mais democráticos, a tendência é de maior repartição do poder em favor das entidades subnacionais. Todavia, o curioso é perceber que, no momento atual, pela primeira vez, assistimos a uma forte centralização do poder em plena democracia.

Outro dado importante que a história nos fornece é que, em termos de crescimento econômico, os resultados obtidos guardaram pouca relação

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Consultor Técnico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Professor do curso de Direito da Faculdade Farias Brito. E-mail: joaogabrielrocha@yahoo.com.br

com o regime político dominante. A rigor, o bom desempenho econômico experimentado pelo Brasil em alguns períodos, notadamente nas décadas de 1950 e 1970, pode ser atribuído, em parte, à existência de um projeto nacional de desenvolvimento apoiado na industrialização do país, que era objeto de efetivo planejamento e contava com burocracia competente para executá-lo.

De toda forma, com o advento da Constituição Federal de 1988, houve uma clara tentativa de descentralização do poder, com reconhecimento da autonomia política, administrativa e financeira dos estados e municípios, envolvendo ampla repartição das competências tributárias e uma distribuição mais significativa das receitas fiscais entre os entes da federação. Contudo, o autor faz um importante alerta no sentido de que essa *“descentralização fiscal deixa de ser medida relevante para aferir a descentralização do poder, pois o que importa é o controle que o governo central exerce sobre o uso dos recursos do Estado por meio de planejamento centralizado, vinculação de receitas, controle sobre os orçamentos e reprodução mimética da estrutura administrativa do governo federal nos estados, bem como nos municípios. A descentralização das receitas fiscais não é acompanhada da descentralização do poder para decidir livremente sobre o seu uso”*. Exemplo disso é a obrigatoriedade de aplicação de um determinado percentual da receita estadual e municipal de impostos na educação, revelando-se como medida que reforça a tese de que *“o controle do orçamento é forma mais efetiva de centralização do poder do que a centralização das receitas”*.

Desse modo, a preocupação com a saúde do federalismo brasileiro acentua-se, principalmente quando se relembra que a essência desse modelo passa pela noção de “unidade na diversidade”. Afinal, não se deve perder de vista os ensinamentos de José Luís Fiori², o qual aponta como o eixo do federalismo a *“preservação política simultânea da unidade de objetivos de um povo e da diversidade espacial de seus interesses, compatibilizados na forma de um pacto constitucional em que são, simultaneamente, definidos os espaços e os limites das duas soberanias. De maneira tal que a existência e o reconhecimento desse princípio último de solidariedade e identidade coletiva é que permitem a convivência das múltiplas integridades regionais”*.

Daí porque o livro em destaque resgata a ideia de que *“a unidade pode*

2 FIORI, José Luís. O federalismo diante do desafio da globalização. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares (Org.); SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *A federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: Fundap, 1995, p. 23.

estar ancorada na diversidade, a diversidade pode contribuir para a unidade, a unidade não deve dissolver a diversidade na homogeneidade, e unidade e diversidade não podem ser necessariamente vistas como contraditórias”.

Outro aspecto interessante apreciado na obra diz respeito ao atropelo que sofreu o federalismo pela nova agenda que o Estado brasileiro assumiu em relação à promoção dos direitos sociais consagrados na Constituição de 1988, à medida que o comando sobre essa agenda foi sendo progressivamente concentrado nas mãos do governo federal, em razão do controle acerca dos meios utilizados para financiar a implementação dessa agenda e da progressiva regulação das políticas adotadas.

Grande parte desses direitos passou a ser fomentada pelo orçamento da seguridade social, composto de recursos de todos os entes e das contribuições sociais, com expansão da previdência social, dos programas assistenciais, mormente os de transferência de renda diretamente a famílias pobres, e das políticas de saúde. Ocorre que a melhoria na redução das disparidades na repartição da renda familiar não foi acompanhada da diminuição das desigualdades regionais. Assim, na falta de nova política de desenvolvimento regional comandada pelo governo federal, o que sobrou aos estados foi o recurso a benefícios fiscais do ICMS para tentar atrair investimentos locais, recuperar as oportunidades de emprego em seus respectivos territórios e retomar o crescimento econômico, acendendo, contudo, o estopim da guerra fiscal.

A propósito, é mister ressaltar que o enfraquecimento dos estados na federação brasileira passa pela drástica redução da participação desses entes na repartição do bolo fiscal, causada pelo encolhimento da base do Fundo de Participação dos Estados (FPE) e pela estabilidade na carga tributária global do ICMS. Nessa linha, explica o autor que a *“desindustrialização do país concorre para reduzir o valor adicionado na economia e a base tributária nacional, afetando a todos. Em paralelo, o recurso a pesadas alíquotas tributárias incidentes sobre alguns insumos básicos (combustíveis, energia e telecomunicações) inibe o desenvolvimento, no país, de atividades terciárias que utilizam intensivamente esses insumos, o que elimina a possibilidade de a queda no valor adicionado pela indústria ser compensada por aumento do valor agregado pelos serviços”*. Não custa lembrar que o ICMS arrecada hoje, em porcentagem do PIB brasileiro, o mesmo que arrecadava na década de 1970, e isso após adicionar novas bases de tributação (serviços de transporte e comunicações, combustíveis, energia elétrica).

Tal cenário de prostração dos estados é agravado pela ascensão dos municípios na federação brasileira. Basta ver os números dos repasses voluntários da União aos demais entes federados. A forte queda nas transferências recebidas pelos estados foi acompanhada de movimento inverso em relação às recebidas pelos municípios. Nesse contexto, o autor insere uma pertinente observação: *“A concentração de grande parcela da população de baixa renda nas cidades, associada a uma política nacional de municipalização dos serviços sociais básicos e de combate à pobreza, por meio da expansão de programas de transferência direta de renda às populações pobres, aumentou a influência do governo federal nos municípios e repercutiu fortemente na política. Cresceram a importância e a influência dos prefeitos, aumentando a visibilidade e a repercussão das eleições municipais”*.

A respeito dessa ascendência dos municípios, o livro traz, ainda, evidências suficientes para mostrar que o processo de formação de uma rede urbana – que articula as principais cidades de todo o país – e a intensidade das relações econômicas, financeiras, administrativas e culturais entre elas contribuíram para gerar um *“quadro de disparidades entre segmentos do território ocupado pelas microrregiões nucleadas por essas cidades e parcela do território ocupada pelas demais microrregiões, em todas as cinco grandes regiões do país”*. Essas discrepâncias são demonstradas pelas estatísticas que medem os coeficientes de variação para PIB e renda per capita em cada um desses dois subconjuntos de microrregiões.

O ineditismo da presente obra reside fundamentalmente em trazer para o centro do debate sobre a crise federativa essa ampliação das disparidades intermunicipais, que cria quadro mais complexo de ser avaliado do que o velho paradigma que trata dos conflitos federativos à luz das discrepâncias entre as cinco grandes regiões geográficas do país. É que, consoante aponta o autor, a concentração do poder econômico e demográfico nos espaços ocupados pelas microrregiões das cidades que formam os principais nós da rede urbana nacional se reflete na política de três maneiras complementares: 1) na concentração espacial dos votos dos candidatos à Câmara Federal (a indicar que esse fato guarda relação com o processo de formação e consolidação da rede urbana, que concentra também renda, população e contingente de eleitores); 2) na influência dos partidos que vencem as eleições para o Executivo municipal nas eleições posteriores para a Câmara Federal e; 3) na atuação dos representantes dos estados no Congresso Nacional, os quais

se comportam de modo a favorecer suas bases eleitorais, conseguir acesso a recursos do orçamento federal (emendas parlamentares) e obter maiores vantagens tributárias e creditícias para suas respectivas microrregiões. Esses efeitos acabam por reforçar a centralização do poder, aumentar a fragilização dos estados no federalismo brasileiro e concorrer para a ampliação das disparidades intermunicipais.

Feito esse estudo minucioso sobre as causas e os desdobramentos da crise federativa, o livro lança uma provocação: por que a crise atual do federalismo requer transitar por caminhos diferentes dos adotados no passado? A resposta parece simples: porque o cenário atual é bem diferente dos anteriores. Não há mais espaço para redistribuir capacidade tributária ou receitas do governo federal para estados e municípios, pois o orçamento federal está quase totalmente comprometido com a agenda social e a estabilidade monetária. Os novos caminhos propostos pelo autor passam por estabelecer os contornos de um novo modelo de federalismo fiscal, baseado no princípio da cooperação federativa, a partir da consecução de algumas medidas imprescindíveis.

A primeira delas (uma velha solução para um renovado conflito) sustenta-se na retomada do protagonismo do governo federal no campo da política de desenvolvimento regional, por meio da elaboração e execução de planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, CF), que sejam capazes de reduzir disparidades e promover a coesão nacional, fincados no trinômio infraestrutura, tecnologia e educação. Nesse sentido, são válidas as ponderações de Guilherme Bueno de Camargo³, quando afirma que *“a competição intergovernamental hoje existente é pernicioso para todo o país e deve ser substituída por um novo modelo planejado de desenvolvimento para cada região, em que sejam levados em consideração vocação econômica e potenciais já existentes, investindo-se na qualificação dos fatores de produção, a fim de que a atração de investimentos não seja apenas por intermédio de renúncias fiscais e concessão de incentivos financeiros”*.

Outra medida necessária (nova solução para um velho conflito) consiste em enfatizar a coordenação como alternativa à centralização, para conciliar avanços sociais com descentralização de responsabilidades e de recursos

3 CAMARGO, Guilherme Bueno de. A guerra fiscal e seus efeitos: autonomia x centralização. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004, p. 219.

e equilíbrio federativo. A exigência por eficiência da gestão pública em todos os níveis de governo e qualidade dos serviços prestados pelo Estado leva ao binômio descentralização/coordenação, no sentido de que os encargos públicos e responsabilidades sejam, de forma coordenada, repassados às entidades subnacionais na proporção das receitas que lhes são destinadas, com os necessários ajustes no regime de transferências intergovernamentais de recursos.

A última providência (busca de solução para um novo problema) diz respeito ao tratamento de impasses que se acumularam em razão da combinação do rápido processo de urbanização com a fragilização da posição dos estados e o fortalecimento financeiro e político dos municípios. Para tanto, a proposta de harmonização da tributação de mercadorias e serviços abre espaço para que se retome a pretensão de se promover a universalização dos direitos sociais e o fortalecimento da federação. A diretriz traduzida é a de assegurar a isonomia de oportunidades de ascensão social a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de locais de nascimento e moradia.

À guisa de conclusão, na perspectiva recomendada de um novo modelo de federalismo fiscal, o autor destaca a necessidade de implantar um verdadeiro sistema tributário nacional, mais enxuto e coeso, evitando-se, por exemplo, que uma mesma base econômica seja onerada por tributos distintos; um regime mais equalizado de distribuição das receitas fiscais, de modo a possibilitar o atendimento eficaz, pelo ente responsável, às demandas prioritárias da população (vide crise de segurança pública enfrentada pelos estados, no contexto em que não há dinheiro suficiente no orçamento para suprir esse importante encargo) e uma nova política de desenvolvimento regional, aproveitando as vocações naturais de cada localidade.

Não há mais espaço para a guerra fiscal no modelo de federalismo cooperativo que se propõe, até porque, a partir das lúcidas reflexões de Evandro Costa Gama⁴, questiona-se: *“Como conceber, no federalismo de equilíbrio brasileiro, a existência de incentivos fiscais que estimulam a transferência de indústrias de uma região para outra, dentro do próprio território nacional? Como aceitar a diminuição no desemprego da população economicamente ativa do Estado que concede o incentivo se, em contrapartida, aumenta o desemprego na unidade federativa que perdeu o investimento? Como aceitar*

4 GAMA, Evandro Costa. A reforma tributária e a autonomia financeira das entidades subnacionais. In: CONTI, José Maurício (Org.). *Federalismo fiscal*. Barueri: Manole, 2004, p. 152.

a concessão de benefício fiscal se isso significa a diminuição da capacidade de investimento da pessoa política, com a inviabilização, às vezes, de investimentos públicos em setores sociais?"

A derradeira frase do livro reverbera com precisão o recado a ser ouvido, compreendido e praticado por todos os entes federativos no Brasil: *"É preciso interromper a marcha da insensatez e seguir os caminhos ditados pela razão"*.

Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle

A Revista Controle – Doutrina e Artigos - é uma publicação do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE). Os artigos devem abordar assuntos relacionados as seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade, Controle Externo, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Licitações e Contratos, Fiscalização das Organizações Sociais, Processo Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade Pública, Auditoria Operacional, de Gestão e de Processos e temas afins.

A Revista Controle recebe artigos para compor sua próxima edição, obedecendo às seguintes regras:

- Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.
- Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail revistacontrole@tce.ce.gov.br com o assunto **“Publicação Revista Controle”**.
- Título em português (e na língua original do artigo, para os textos escritos em língua estrangeira) e em inglês.
- O título em português deve estar escrito sem negrito, centralizado e em letras caixa-baixa. O título em inglês e/ou na língua original do texto deve estar abaixo do título em português, em itálico, centralizado, em letra caixa-baixa.
- Resumo e palavras-chave em português e em inglês (e na língua original do artigo). Cada resumo deve conter no máximo 250 palavras, devendo ser evitadas as abreviaturas. O resumo em língua estrangeira deve ser uma versão fiel do resumo em português, assim como as palavras-chave em língua estrangeira. Ao final de cada resumo devem constar 03 a 06 descritores ou palavras-chave para indexação.



• Texto (contendo introdução, desenvolvimento e conclusão, mesmo que os tópicos recebam designações diferentes). A estruturação do texto deve se adequar às exigências de um trabalho científico, contendo introdução, desenvolvimento, conclusão e referências alinhados à esquerda.

Formatação

Fonte

- Times New Roman
- Resumo 10
- Texto 12
- Citação longa 10
- Nota de rodapé 10
- Títulos
- Título do artigo 14 Caixa baixa - sem negrito
- Títulos das partes do artigo - 12 Caixa baixa negrito
- Subtítulos 12 Caixa baixa itálico
- Sub-subtítulos 12 Caixa baixa normal

Referências

- Fonte tamanho 12 (destaque para títulos das obras em negrito)

Margens

- esquerda: 3,0 cm
- direita: 2,0 cm
- superior: 3,0 cm
- inferior: 2,0 cm

- Os artigos deverão ter, no máximo, 20, e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5.

- As **citações e referências** devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002), respectivamente. As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo:

Citação direta

Segundo Fulano (ano, página), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (FULANO, ano, página).

Citação indireta

A teoria da ... (Cf. FULANO, ano, página), ou,

A teoria da ... (FULANO, ano, página).

Quanto às referências

- Ao final do artigo, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

- As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

- As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme os exemplos abaixo:

Monografias no todo

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas.

Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

Parte de monografia

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina . In: CONCURSO de Monografia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1, 2006 , Florianópolis. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina: contas públicas: transparência, controle social e cidadania. Florianópolis: TCE, 2006. p. 73-147.

Artigo ou matéria de revista, boletim etc.

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimação ativa para exigir quitação. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.31, n.83, p.19-21, jan./mar. 2000.

Trabalho apresentado em evento

Conflito de interesses: como identificar e prevenir. In: ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 5., 2004, BRASÍLIA. Ética na gestão. Brasília : ESAF, 2004. p. 93-104.

CABRAL, Analúcia Mota Vianna. Estudo de modelo de eficácia da gestão de obras públicas municipais. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, VII, 2002, Brasília. Disponível em: Acesso em: 23 de março de 2006.

Teses e dissertações

BUENO, H. Utilização da sala de situação de saúde no Distrito Federal. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2003.

Legislação

BRASIL. Lei nº 11.474 , de 15 de maio de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano 144, nº 93, 16 maio 2007. Seção I, p.1.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em: 8 maio 2006.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 016/2002-TCU-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de União**, 15 de fev. 2002.

- Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.
- Os artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não significando necessariamente a opinião do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e do Instituto Plácido Castelo.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTAS E GESTÃO PÚBLICA MINISTRO PLÁCIDO CASTELO

RUA SENA MADUREIRA, 1047 - CENTRO
CEP: 60.055-080 - FORTALEZA - CEARÁ



www.tce.ce.gov.br

