

Controle

Doutrina e Artigos



PREGÃO ELETRÔNICO: INSTRUMENTO DE GESTÃO DAS ADMINISTRAÇÕES PÚBLICAS

Amauri Domakoski / Denis Alcides Rezende / Anderson Catapan / Luci Michelon Lohmann / June Alisson Westarb Cruz / Roberta da Rocha Rosa Martins / Cláudio Marcelo Edwards Barros

O CONTROLE EXTERNO DAS OBRAS PÚBLICAS: UM PANORAMA SOBRE OS PRINCIPAIS ASPECTOS RELACIONADOS AO TEMA

Glinton José Bezerra de Carvalho Ferreira

LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS – EXCELENTE OPORTUNIDADE PARA INIBIR O MAU USO DO DINHEIRO PÚBLICO

Flavio C. de Toledo Jr.

MORA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: PREVISÃO CONTRATUAL, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA

Bruno Santos Cunha / Thiago Mesquita Teles de Carvalho

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume IX - 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

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiro Vice-Presidente

Pedro Augusto Timbó Camelo

Conselheiro Corregedor

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Teodorico José de Menezes Neto

Soraia Thomaz Dias Victor

Auditores

Itacir Todero

Paulo César de Souza

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

Procurador Geral

Rholden Botelho de Queiroz

Procurador de Contas

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo

Diretor-Presidente

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Presidente do Conselho Consultivo Pedagógico e Editor da Revista Controle

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

Diretor de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós Graduação

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Diretora Executiva

Maria Hilária de Sá Barreto

Coordenadora Técnica

Marcella Laura Leite Feitosa Camurça

Secretário Executivo

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Consultora Técnica

Fabíola Pinheiro Donsouzis Cruz

Assessor da Diretoria

Pedro Henrique Alves Camelo

Assessor da Diretoria

Fabício Bezerra Santos

Chefe do Núcleo de Pesquisa e Extensão

João Adeodato Neto

Chefe do Núcleo de Atividades Pedagógicas

Raylena Pontes Cruz

Chefe do Núcleo de Biblioteca

Márcia Bezerra Gadelha Lopes

Expediente

Conselho Editorial

Edilberto Carlos Pontes Lima (Editor)

Doutor em Economia, Conselheiro do TCE-CE

Alexandre Figueiredo

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

Alexandre Cialdini

Mestre em Economia, Secretário de Finanças do Município de Fortaleza

Alcimir Rocha Aguiar Neto

Mestre em Direito e professor da Unifor

Amandino Nunes

Doutor em Direito, professor do Uniceub

Antonino Fontenele de Carvalho

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

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Bernardo Mueller

Pós-doutor em Economia, professor da Universidade de Brasília

Carlos Mauro Benevides Filho

Doutor em Economia, Professor da CAEN UFC

César Barreto

Professor da Uece, Secretário-Geral do TCE-CE

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Mestre em Direito, Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará e professor da Universidade Federal do Ceará

Fernando Oliveira

Professor de Direito, Procurador-Geral do Estado do Ceará

Fernando Rezende

Mestre em Economia, Diretor da FGV

Filomeno Moraes

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

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

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

Jair do Amaral Filho

Pós-doutor em Economia, professor do CAEN-UFC

Jorge Katsumi Niyama

Pós-Doutor em Contabilidade, Professor de Contabilidade da UnB

José Oswaldo Cândido Júnior

Doutor em Economia, pesquisador do IPEA

José Roberto Afonso

Mestre em Economia, Economista do BNDES e do Senado Federal

Marcus Mello

Doutor em Ciência Política, professor da Universidade Federal de Pernambuco

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Doutor em Direito, Procurador-Geral do Município de Fortaleza-CE, 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 Unifor e da UFC

Jornalista Responsável

Salomão de Castro - CE 1272 JP

Colaboradores
Natália Quental
Cynthia Couto
Gessivando Alves

Revisão Ortográfica
José Romaico de Carvalho

Tiragem

2.000 exemplares - Distribuição gratuita

Nota do Editor

Com satisfação, apresentamos mais um número da Revista Controle. São 19 artigos, selecionados entre os muito trabalhos que foram enviados, que tratam dos mais diversos temas de interesse da administração pública, em geral, e do controle, em particular.

No primeiro, um grupo de professores e pesquisadores da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), liderados pelo professores Amauri Domakoski e Denis Rezende, analisam o pregão eletrônico, apontando-o como instrumento inovador na gestão pública. Para tanto, realizaram estudo de caso em um município do Paraná, onde observaram erros formais e limitações das pessoas envolvidas nessa modalidade de licitação, mas não deixaram de concluir que o pregão eletrônico contribui para maior transparência e competitividade das aquisições governamentais.

No segundo artigo, Glinton Ferreira trata do controle externo das obras públicas. É tema de grande relevância em face da retomada dos investimentos públicos nos últimos anos. Nele, além de apresentar um panorama geral, o autor aprofunda a função dos Tribunais de Contas na auditoria de obras, destacando o seu papel de defensor do erário e a preocupação ambiental.

Em seguida, o Dr. Flávio Toledo trata da Lei de Diretrizes Orçamentárias, norma que faz a ligação entre o plano plurianual e a lei orçamentária. O trabalho esmiúça o relevante papel que a LDO exerce para o planejamento governamental e para evitar desperdícios de dinheiro público.

Em sequência, o artigo dos procuradores Bruno Cunha e Thiago Carvalho explora a mora da administração pública em contratos administrativos, analisando as especificidades que envolvem o assunto, particularmente a necessidade de previsão nos editais e contratos.

Há diversos outros trabalhos de amplo interesse, tratando do controle social, do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), do orçamento público, do planejamento, da Lei de Licitações, entre outros temas relevantes. Não há espaço para comentá-los individualmente, mas destacamos a qualidade das reflexões.

Gostaríamos de agradecer as inúmeras manifestações de apoio e incentivo que a Revista Controle tem recebido. Correndo sempre o risco de incorrer em injusta omissão, registramos e agradecemos aos Senadores Eunício Oliveira e Inácio Arruda, ao Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça Gilberto Valente Martins, ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Raul Araújo, ao Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, aos

Conselheiros de Tribunais de Contas Severiano Costandrade, Wanderley Ávila, Edson José Ferrari, Honor Cruvinel de Oliveira, Eduardo Bittencourt Carvalho, Manoel Castro, Essen Pinheiro Filho, Edson Simões, Sebastião Helvécio, Luiz Roberto Herbst, Carlos Alberto Sobral de Souza, Antonio Carlos Caruso, aos Desembargadores Fernando Ximenes, Francisco Barbosa Filho, Vera Lúcia Correia Lima, Manoel Cefas, à Procuradora de Justiça Maria de Fátima Soares Gonçalves, ao Procurador do Ministério Público Especial Leonardo Marins, ao Reitor da Universidade Estadual Vale do Acaraú, Antônio Colaço Martins, à Presidente da Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, Professora Mônica Herman Salem Caggiano, à Diretora da Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade, Professora Maria Naiula Monteiro Pessoa, à Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da Unifor, Professora Gina Vidal Marcílio Pompeu, à Diretora do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Ana Lúcia Assunção Aragão. Inúmeras outras manifestações de apoio e incentivo foram recebidas, principalmente de forma oral. Pedimos desculpas por não registrá-las de forma específica, mas somos muito gratos por todas elas.

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

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

Sumário

Pregão Eletrônico: Instrumento de Gestão das Administrações Públicas

Amauri Domakoski e Denis Alcides Rezende e Anderson Catapan e Luci Michelon Lohmann e June Alisson Westarb Cruz e Roberta da Rocha Rosa Martins e Cláudio Marcelo Edwards Barros..... 11

O Controle Externo das Obras Públicas: Um Panorama Sobre os Principais Aspectos relacionados ao Tema

Glinton José Bezerra de Carvalho Ferreira..... 37

Lei de Diretrizes Orçamentárias – Excelente Oportunidade para Inibir o Mau Uso do Dinheiro Público

Flavio C. de Toledo Jr..... 65

Mora da Administração Pública em Contratos Administrativos: Previsão Contratual, Correção Monetária e Juros de Mora.

Bruno Santos Cunha e Thiago Mesquita Teles de Carvalho..... 79

Soluções Proporcionadas pelo RDC para a Política Desenvolvimentista do Governo Federal

Leonardo Teixeira Ramos..... 93

O Controle da Gestão dos Recursos Públicos: Bases Conceituais e o Falso Dilema “Regularidade Versus Resultados”

Paulo Roberto Simão Bijos..113

Cadastro Reserva em Certames Públicos: Mera Discricionariedade ou Vinculação Administrativa?

Richard Paes Lyra Junior.....139

Súmulas Relacionadas ao Controle Externo

Clayton Costa da Silva e Giovana de Albuquerque Andrade..... 149

Aspectos Polêmicos do Instituto da Readaptação Funcional no Âmbito da Administração Pública

Mário Sales Cavalcante.....171

Auditoria Operacional Ambiental: Instrumento para Efetivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente

Azor El Achkar.....193

Revisão Geral e Anual da Remuneração dos Servidores públicos: Subsídios Hermenêuticos para sua Redenção Gustavo Terra Elias.....	215
Medidas Cautelares como Meio de Garantia da Efetividade da Jurisdição de Contas Italo Viana Aragão e Ms. Felipe dos Reis Barroso e Ms. Raquel Ramos Machado (orientadora).....	235
Breves Reflexões sobre Controle Externo e Controle Social George Brasil Paschoal Pítsica.....	253
Brevíssimas Palavras sobre a Democracia Identificada e Estruturada como Princípio Eleitoral no Direito Brasileiro Murilo Ruiz Ferro.....	279
Finanças Públicas Municipais: do Arcabouço Teórico às Evidências Empíricas Luís Abel da Silva Filho e Willian Gledson e Silva e Adriano Olivier de Freitas e Silva.....	293
Licitações Diferenciadas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – O Adven- do da Lei Nº 13.706/2011 - Rio Grande do Sul Clayton Rebello da Silva.....	315
Novos Meios de Prova no Processo Civil e Administrativo no Brasil Ana Paula de Oliveira Gomes.....	353
Gestão da Qualidade em um Órgão Público Auxiliar do Poder Legislativo Estadual Napoleão Dieb Holanda Oliveira e Cora Franklina do Carmo Furtado.....	367
As Agências Reguladoras como Instrumento de Sinergia da Imersão Estatal Sueine Patrícia Cunha de Souza.....	399
Redações II Concurso Nacional de Redação “Prêmio Ministro Plácido Castelo” Tema: As Políticas Públicas e a Participação do Cidadão Carlos Mágnio Gomes Rocha..... Breno Oliveira da Silva..... Itaciara Silva de Carvalho.....	415 416 417

Pregão Eletrônico: Instrumento de Gestão das Administrações Públicas

Amauri Domakoski –

Mestre em Gestão Urbana.
Graduado em Ciências Contábeis.
Professor do Departamento de Ciências Contábeis – PUC/PR

Denis Alcides Rezende –

Doutor em Engenharia de Produção.
Mestre em Informática.
Graduado em Informática.
Professor do Mestrado e Doutorado em Gestão Pública – PUC/PR.

Anderson Catapan –

Doutorando em Administração.
Mestre em Contabilidade e Finanças.
Graduado em Ciências Contábeis e Engenharia Elétrica.
Professor do Departamento de Ciências Contábeis – PUC/PR.

Luci Michelin Lohmann –

Mestre em Engenharia de Produção e Sistemas.
Graduada em Ciências Contábeis.
Professora do Departamento de Ciências Contábeis – PUC/PR

June Alisson Westarb Cruz –

Doutorando em Administração.
Mestre em Administração.
Graduado em Ciências Contábeis.
Professor do Departamento de Administração – PUC/PR.

Roberta da Rocha Rosa Martins –

Mestranda em Administração.
Graduada em Direito.
Professora do Departamento de Ciências Contábeis – PUC/PR

Cláudio Marcelo Edwards Barros –

Mestrando em Contabilidade e Finanças.
Graduado em Economia.

Resumo: Uma nova opção de contratações públicas por meio de procedimento licitacional é o pregão eletrônico. Constitui-se este em uma inovadora modalidade licitatória, que oferece a possibilidade da desburocratização dos procedimentos de compras públicas, configurando-se em uma quebra de paradigmas na história do Brasil. Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a utilização do pregão eletrônico como instrumento inovador na gestão pública e suas contribuições para os atores públicos e sociais. A metodologia da pesquisa enfatiza um estudo de caso na Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré - PR, em face da complexidade da Lei

de Licitação, nº. 8.666/93. Com os resultados auferidos, foi possível observar erros formais e limitações técnicas dos colaboradores envolvidos nos processos de pregão eletrônico. Ao final, concluiu-se que a utilização desse instrumento de contratações públicas contribui para a transparência e economia na gestão dos recursos públicos, entre outros benefícios para o município.

Palavras-chaves: pregão eletrônico; gestão pública; licitação; inovação.

1. Introdução

Entre os anos de 1964 e 1967, as contratações públicas eram formalizadas para atendimento à Lei Complementar 4.320/64. Após o Decreto Lei 200/67 regulamentava as compras públicas, a contabilidade pública, entre outras atribuições, até o ano de 1993.

A partir de 1993, as compras públicas foram regulamentadas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos 8.666/93, oferecendo as modalidades de licitação utilizadas até os dias de hoje; são elas: convite; tomada de preços; concorrência; concurso; e leilão.

Entre as licitações realizadas na modalidade de pregão, a eletrônica, de acordo com diversos doutrinadores e legisladores, é a sexta modalidade de compras públicas. Ela foi instituída pela MP 2.026/2000, convertida na Lei 10.520/2002. Posteriormente, o pregão eletrônico foi regulamentado pelo Decreto Lei 5.450/2005.

O pregão trata-se de um procedimento para compras públicas, nas esferas federais, estaduais e municipais, cujo intuito é o aprimoramento na forma de aquisição de produtos e serviços por órgãos governamentais. Esta nova modalidade pode possibilitar o incremento da competitividade entre os licitantes interessados e a ampliação das oportunidades de participação dos mesmos nas licitações, contribuindo para a redução de custos de aquisição por parte dos órgãos públicos.

O pregão eletrônico também pode permitir agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação dos licitantes interessados e respectivos processos pertinentes.

De forma introdutória, o primeiro passo do pregão eletrônico é veri-

ficar a adequação das propostas de preços. O segundo é abrir a sala virtual de disputa; e o terceiro passo é analisar a documentação de habilitação do(s) licitante(s) de menor preço. Se a organização vencedora não apresentar todos os documentos cabíveis nos prazos legais previstos no edital de licitação, será desclassificada. E em seguida convoca-se a segunda organização colocada; se atendidas as exigências legais do edital, a organização é declarada vencedora do certame. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93), no seu art. 22, regulamenta as modalidades licitatórias tradicionais de compras públicas, no entanto já não oferece mais ao gestor público, de forma efetiva, segurança, transparência e economia nas contratações públicas, principalmente na aplicação dos princípios norteadores das compras públicas, inclusive, Barros reitera que (2009, p.133):

Somente com o a Constituição Federal de 1988 é que a licitação ganhou foro constitucional de generalidade e de aplicação obrigatória a toda administração pública, nesse conceito incluindo os fundos especiais e os entes privados controlados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Neste sentido, a utilização do pregão eletrônico surge como um possível instrumento facilitador nos trabalhos dos gestores públicos.

Complementa Justen Filho (2005, p. 22), dizendo que:

O pregão eletrônico, não só reduz custo para a organização fornecedora, mas principalmente para a gestão pública, uma vez que aumenta o número de participantes e a respectiva competição entre os interessados. Com a utilização desse instrumento, os riscos de fraudes e de formação de cartéis nos processos licitacionais podem ser reduzidos.

O uso da tecnologia da informação para as contratações públicas oferece aos cidadãos a possibilidade de poder participar do processo, seja como organização interessada, oferecendo produtos ou serviços, seja como pessoa física, acompanhando a transparência do referido processo, que é

uma sessão pública aberta, tal como evidencia Paula (2001, p. 2):

Nas últimas décadas, os brasileiros estiveram engajados no processo de redemocratização do país, buscando reformar o Estado e construir um modelo de gestão pública capaz de torná-lo mais aberto às necessidades sociais e participativas dos cidadãos brasileiros, mais transparente e voltado para o interesse público e mais eficiente na ordenação da economia e dos serviços públicos.

A Constituição Federal, em seu art. 37, elenca a necessidade da aplicabilidade da transparência como instrumento indispensável ao gestor público. Além disso, cabe ainda ao gestor promover na sua administração instrumentos que garantam o acompanhamento da sociedade em suas ações, de forma transparente, como é o caso, por exemplo, da gestão participativa da sociedade, de acordo com a Lei Federal 10.257/01, art. 43.

No que tange aos problemas relacionados com esse tema, os municípios brasileiros, em especial os de menor porte, vêm enfrentando uma série de dificuldades, entre elas, mão-de-obra pouco qualificada por parte dos atores públicos, limitações financeiras e demanda elevada por conta do aumento dos anseios da sociedade no que diz respeito à melhoria continuada da qualidade de vida de seus cidadãos.

Dessa forma, é exigida a atenção direcionada para o uso adequado do dinheiro público, principalmente no que tange às aquisições de bens e serviços para as prefeituras, em especial as dos pequenos municípios, onde os recursos físicos e humanos são limitados, desfavorecendo suas atividades públicas em detrimento ao atendimento dos anseios da sociedade.

Em consonância com essas dificuldades, acrescenta Justem Filho (2005, p. 45):

Uma das dificuldades do gestor municipal é atender o interesse público. Para atingir esse objetivo, em muitos casos, se faz necessário contratar outras organizações fornecedoras (particular ou terceiros), para a realização de bens e serviços comuns. No entanto, inversamente do que ocorre na iniciativa privada, o agente público não é

livre para contratar quem bem entender ou quem quer que seja, seus contratos, via de regra, dependem de um procedimento licitatório.

A gestão pública, em especial a municipal, deve ter como princípio contratar bem. E contratar bem não é apenas deixar registrado nos procedimentos de compra que a contratação foi feita pelo menor preço, mas também segundo um conjunto de regras e princípios aceitos pelo direito público. Exemplos disso são a transparência, a competitividade, a moralidade e a eficiência, entre outros, que garantam uma contratação saudável e legal. Nesse sentido, enfatiza Barros (2009, p.134):

A licitação, portanto, na sua evolução histórica, deixou o aspecto exclusivamente econômico para se transformar em instrumento que, embora continue visando outorgar tal benefício à administração pública, buscou também garantir a possibilidade de participação de todos os interessados sujeitando aquele a com comprometimento de obediência à lei e ao edital ao agir impessoal, moral e probo.

Assim, o objetivo geral deste artigo é analisar a utilização do pregão eletrônico como instrumento inovador da gestão pública, e suas contribuições para os atores públicos e sociais.

Como justificativa, observa-se que o Brasil vem vivenciando uma série de escândalos oriundos de problemas com contratações públicas e com gestão de contratos administrativos nas três esferas de governo, gerando desperdícios financeiros que poderiam ser minimizados com o uso dessa inovadora forma de contratar, o pregão eletrônico. Para Justem Filho (2005), a utilização do pregão eletrônico deve ser reconhecida como um instrumento seguro para inibir a formação de cartéis e fraudes e ainda para reduzir custos municipais; a lei anterior à 8.666/93 exige o atendimento a uma série de procedimentos.

O pregão, em especial o eletrônico, também chamado como nova modalidade de licitação, foi criado para ser utilizado nas contratações de

bens e serviços comuns por meio da internet, facilitando a rotina do gestor municipal. Isto porque obriga aos licitantes a apresentarem um número muito reduzido de documentos, contribuindo para que o processo licitatório seja mais ágil e competitivo e a rotina do administrador público seja modernizada.

O uso dessa ferramenta de compra, o pregão eletrônico, como instrumento de contratação na gestão municipal, pode garantir a manutenção de princípios indispensáveis no dia a dia do gestor municipal. Complementa Justem Filho (2003, p. 45), dizendo que:

“Permite um número maior de fornecedores participantes, com baixo investimento, já que o único investimento é possuir um computador conectado a internet para participar simultaneamente de vários pregões ao mesmo tempo, sem ter que se deslocar para outras cidades. Desta forma, não só reduz custo para o fornecedor, mais principalmente para a administração pública, uma vez que aumenta o número de participantes, aumentando assim a competição.”

O gestor público tem por função zelar pelo interesse da coletividade e do particular; nesse caso, em poder participar do certame de forma virtual. Para tanto, existem formalidades que devem ser atendidas. De acordo com Barros (2009, p.148):

“o pregão pode ser realizado por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, o chamado pregão eletrônico, diz ainda que o pregão, para melhor entendimento e em juízo de comparação, seria uma espécie de processo especial.”

Neste sentido, a utilização de instrumentos adequados na gestão pública, “em especial municípios de pequeno porte”, em processos de compras, pode trazer para as prefeituras resultados positivos relacionados com a sua economicidade.

Futuramente, com os recursos financeiros economizados ou não des-

perdiçados, pode-se elaborar novos projetos em benefício dos municípios, oferecendo melhorias na qualidade de vida da sociedade, resultado que poderá ser alcançado através de processos licitatórios que tendem a otimizar e agilizar os processos administrativos governamentais.

2. Fundamentação teórica

Esse capítulo resgata e define os principais temas que fundamentam a proposta desse artigo, caracterizando o pregão eletrônico como instrumento inovador para os gestores públicos, em especial nos municípios de pequeno porte.

2.1 Pregão eletrônico

O pregão eletrônico foi criado e regulamentado através da Lei 10.520/02 e do Decreto 5.450/05. Entretanto, os casos não previstos devem balizar-se na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei 8.666/93, e alterações posteriores a esta lei. O pregão eletrônico veio para diminuir o poder de barganha, ou seja, o tratamento de clientelismo do particular perante as administrações públicas, o que bem se verifica na Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré. Para Justem Filho (2004, p. 45):

O pregão eletrônico é a nova modalidade de licitação inovadora, trata-se de que é uma disputa pelo fornecimento de “bens e serviços comuns”, que acontece por meio da internet. Essa nova modalidade de licitação veio para facilitar e modernizar a rotina do administrador público. O “pregão eletrônico” vem preenchendo uma lacuna deixada pelas modalidades de licitação existente. Atualmente o país vem vivenciando fraudes na administração pública em processos licitatórios, para aquisição de bens e serviços.

A palavra licitação vem do latim *licitationem*, dos verbos *liceri* ou *licitari*, que querem dizer lançar em leilão, dar preço, oferecer lance.

O pregão eletrônico pode ser um grande diferencial para os gestores municipais nas atividades de aquisições de bens e serviços comuns. Caminha ao lado da tecnologia da informação, oferecendo transparência nos processos de compras, com o registro da novidade e modernidade, modernidade esta que garante uma grande evolução no que diz respeito às conquistas sociais. O pregão é a modalidade adequada para obtenção e fornecimento de bem ou serviço comum. Essa terminologia não constava da Lei nº. 8.666/93, mas retrata uma tendência na reforma da legislação pertinente (JUSTEM FILHO 2005, p. 21). Já para Fernandes (2004, p. 418):

Pregão eletrônico é uma nova modalidade de licitação pública, e pode ser conceituada como o procedimento administrativo por meio do qual a administração pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviços, visando à execução de objetivo comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública, reduzir o valor da proposta por meio de lances virtuais e sucessivos.

O funcionamento do pregão eletrônico se dá pela inversão das fases, ou seja, nas modalidades tradicionais o que acontece é que, primeiro, abrem-se os envelopes da documentação de habilitação e posteriormente ocorre a abertura do envelope de preços. O pregão eletrônico diferencia-se de forma significativa dos procedimentos de compras das modalidades tradicionais, garantindo agilidade nos processos e resposta mais rápida à sociedade, pois nesse tipo de licitação é analisada apenas a documentação do licitante com menor preço, vejamos:

Registro de habilitação	Sistemática da Lei nº 8.666/93 (art(s).27º a 32º);	Sistemática da Lei nº 10.520/02 (inciso XIII do art.4º);
Habilitação Jurídica	Todos os documentos previstos no art.28, exceto nos casos de convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega, em que parte dos documentos podem ser dispensados;	Documentos a serem exigidos no edital, de acordo com a avaliação dos agentes administrativos;
Regularidade Fiscal	Todos os documentos previstos no art. 29, exceto nos casos de convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega, em que parte dos documentos podem ser dispensados;	Regularidade perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso.
Especificação Técnica	Todos os documentos previstos no art.30, exceto nos casos de convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega, em que parte dos documentos podem ser dispensados;	Documentos a serem exigidos no edital, de acordo com a avaliação dos agentes administrativos.

Capacitação econômica Financeira	Todos os documentos previstos no art.31, exceto nos casos de convite, concurso, leilão e fornecimento de bens para pronta entrega, em que parte dos documentos podem ser dispensados;	Documentos a serem exigidos no edital, de acordo com a avaliação dos agentes administrativos.
Declaração	Declaração de cumprimento do inciso XXXIII do art. Da Constituição Federal;	Não deve fazer tal exigência, porque não está prevista na Lei nº 10.520/02.

Tabela 1 – Comparativo entre o método tradicional e o pregão eletrônico.

Fonte: Niebuhr (2006, p.131).

De acordo com Niebuhr (2006), o pregão veio para facilitar os trabalhos dos gestores públicos. Como podemos observar acima, a quantidade de documentos exigidos para habilitação dos licitantes na modalidade de pregão eletrônico é menor do que nas modalidades tradicionais.

2.2 Aspectos inovadores do pregão eletrônico

De acordo com Meirelles (2002, p. 27):

Com objetivo de reestruturar a administração pública, foi criada, através da Lei nº. 9.472/1997, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, marco legal que determinou a transformação do papel do Estado no Setor de Telecomunicações. A Lei 9.472 de 16.07.97, ao regulamentar as contratações da ANATEL, dispôs no art. 54 que a contratação de obras e serviços de enge-

nharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para administração Pública. Parágrafo único: para os casos previstos no caput, a agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão. E no art. 56º dita que a disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

A lei que criou o Pregão foi a lei 10.520/02, cujo preceito fundamenta-se na segurança jurídica fornecida ao gestor municipal; no entanto, para a aplicação do pregão eletrônico, fez-se necessária a regulamentação do Decreto 5.450/05. Esta modalidade veio para contribuir para a celeridade dos procedimentos de compras públicas.

As modalidades tradicionais de licitação, denominadas convite, tomada de preços e concorrência pública estão balizadas na lei de licitação e contratos administrativos, a 8.666/93. No entanto, estas modalidades licitatórias, muitas vezes, não permitem a agilidade necessária às atividades dos gestores municipais na escolha dos futuros fornecedores, devido ao excesso de burocracia, aspectos minimizados através da lei do pregão.

2.3 Bens e serviços comuns

O Decreto que regulamentou a utilização do pregão eletrônico como modalidade de licitação (nº 5.450/2005) é bastante recente, no que diz respeito à preferência de aplicabilidade nas contratações dos “bens e serviços comuns”, e modificou o cenário das licitações públicas, tornando possível evidenciar uma nova mentalidade no que se refere às aquisições governamentais.

Niebuhr (2006, p.59) define bens e serviços comuns como sendo tipo de expressão com larga fluidez semântica, cujo conceito costuma denominar-se de indeterminado, na medida em que pode variar de acordo com a subjetividade do interlocutor. Palavéri (2005, p. 127) acresce a seus comentários o caráter de modernidade proporcionado por essa maneira de realiza-

ção de licitação, apregoando que:

Este procedimento, inicialmente previsto nas medidas provisórias do pregão, e depois na Lei 10.520/2002, nada mais é que reflexo da modernidade, sendo prova de que os meios eletrônicos definitivamente passaram a fazer parte integrante da vida cotidiana do poder público [...].

Palavéri (2005, p. 167) complementa, destacando que são inúmeras as inovações, como:

Modificações quanto aos prazos e formas de proceder-se à impugnação e prestar esclarecimentos, conforme preconiza os art.s; Possibilidade de enviar lance inferior, por parte do licitante, com relação ao último por ele oferecido, o que estimula a concorrência pelas demais colocações no procedimento; Viabilização da possibilidade de realizar contratação de Serviços de Engenharia, através do Pregão Eletrônico.

Os bens comuns são todos aqueles objetos que se encontram à disposição no mercado sem maiores dificuldades; a título de exemplo, os veículos, ou aqueles bens que sua produção acontece de forma contínua sem maiores detalhes na sua configuração, algo comum de se encontrar no mercado. Já os serviços comuns são definidos como sendo um tipo de trabalho que, de maneira geral, qualquer pessoa que tenha o mínimo de conhecimento seja capaz de executar, como serviços de jardinagem ou de lavanderia. Bens e serviços comuns são produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa (TCU, 2006, p. 37).

Outra novidade importante quanto à uso deste instrumento é a utilização dos meios tecnológicos para realização de compras municipais, oferecendo acesso livre e gratuito a qualquer pessoa interessada, para acompanhar em tempo real todas as fases do processo de compras públicas, podendo, dentro dos prazos legais, interpor recursos administrativos e registrarem

suas alegações e eventuais dúvidas.

Através do processo de licitação estudado, verifica-se a importância da gestão eficiente da informação, que, de acordo com Rezende (2007), é um recurso efetivo e inexorável para as organizações, principalmente quando planejada e disponibilizada de forma personalizada, com qualidade inquestionável e preferencialmente antecipada, para facilitar as decisões.

3. Aspectos metodológicos

Este item descreve os procedimentos metodológicos que foram utilizados para a realização da pesquisa. De acordo com Santos (2006, p. 24):

“A pesquisa científica pode ser definida como atividade intelectual que visa responder a duas necessidades humanas. A primeira responde à capacidade dos seres humanos de pensar e a segunda à sensação de insatisfação. A combinação delas dá como resultado, a formulação de perguntas que precisam de repostas. Dentro da pesquisa científica encontra-se a pesquisa acadêmica, que é antes de tudo, exercício de preparação.”

A pesquisa é um processo formal e sistemático de desenvolvimento do método científico. Nesse sentido, método utilizado pela pesquisa pode ser definido como o caminho que esta segue para cumprir o que foi proposto pelo trabalho (GIL, 2002, p. 25). No caso da presente pesquisa, esta se caracteriza como um estudo de caso. Segundo Yin (1994), o estudo de caso é um dos caminhos para a realização de pesquisa de ciência social. Entretanto, a parte empírica da pesquisa consistiu na investigação do modo como vem sendo tratado o tema pesquisado numa realidade prática, a fim de validar os resultados obtidos a partir da pesquisa bibliográfica.

Segundo os objetivos, esta pesquisa é de caráter exploratório, pois o tema não tem sido muito aprofundado no âmbito acadêmico. Tecnicamente existem algumas referências, mas é um campo amplo ainda a ser trabalhado (GIL, 2002). A pesquisa é exploratória na medida em que se utiliza do levantamento bibliográfico e de campo. Também é descritiva, quando relata as características gerais e particulares dos casos analisados (REZENDE, 2002).

Quanto à forma da abordagem do problema, esta pesquisa teve uma abordagem quanti-qualitativa (REZENDE, 2002; SILVA; MENEZES, 2005), pois relatou as questões numéricas e textuais da análise da utilização do pregão eletrônico como instrumento de gestão municipal e suas contribuições para a Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré.

Segundo Lüdke e André (1986, p. 45), a pesquisa qualitativa tem o ambiente natural como sua fonte direta de dados e o pesquisador como seu principal instrumento; os dados coletados são predominantemente descritivos; a preocupação com o processo é muito maior do que com o produto; o 'significado' que as pessoas dão às coisas e à sua vida são focos de atenção especial pelo pesquisador; a análise dos dados tende a seguir um processo indutivo.

Quanto à natureza da pesquisa, caracteriza-se como uma pesquisa aplicada, que possibilitou gerar conhecimentos práticos direcionados ao gestor municipal no que tange ao tema pregão eletrônico e sua aplicação prática em prefeituras (MARCONI; LAKATOS, 1996; SILVA; MENEZES, 2005).

3.1 Amostra e unidade de observação

A amostra está direcionada para um determinado município da Região Metropolitana de Curitiba. Foi uma parcela convenientemente selecionada do universo ou população, como um subconjunto do universo da pesquisa (MARCONI; LAKATOS, 1986). Foi definida em função da acessibilidade por conveniência (GIL, 2002, p. 104), direcionando a pesquisa para uma análise baseada em uma revisão bibliográfica, relacionando-a com variáveis estabelecidas no protocolo para análise da pesquisa. Quanto à realização da pesquisa, foram observadas, por amostragem, realizações de certames licitacionais, nas modalidades de pregão eletrônico e das demais modalidades tradicionais, fazendo-se presente durante as sessões, pelo menos em uma sessão de cada modalidade, a fim de observar os procedimentos adotados e se estes estão em conformidade com a legislação vigente. A unidade de observação foi enfatizada pela análise documental.

As informações foram levantadas por meio de entrevistas, as quais fo-

ram realizadas com colaboradores das prefeituras diretamente ligados às atividades dos processos licitatórios, incluindo o Pregoeiro Oficial, Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Secretário da Comissão Permanente de Licitação, representante legal da Secretaria de Planejamento, Secretário de Administração e Previdência e outros colaboradores da Secretaria de Assuntos Jurídicos, bem como da Secretaria de Fazenda e de Governo.

3.2 Procedimentos de pesquisa

Tal como a construção de uma edificação, a pesquisa científica também passa por diversas fases, ou seja, para construir uma casa, primeiro deve-se executar o projeto, rico em detalhes, e posteriormente persegue-se de forma incansável a edificação, fase em que, de forma organizada, busca-se o produto final. A pesquisa científica é prioritariamente atividade intelectual, cujo resultado mais importante é a produção de conhecimento. A coleta de dados, embora envolva atividade braçal, é um momento de construção de conhecimento (SANTOS, 2006, p. 89). Portanto, esta pesquisa é de cunho intelectual, cujo foco concentra-se na produção e na construção de conhecimento. Desta forma, os métodos de pesquisa são relatados na metodologia do trabalho, que se constitui em fases, as quais contemplam os objetivos da pesquisa realizada e respondem à problemática evidenciada pelo autor (REZENDE, 2002; SILVA; MENEZES, 2005).

4. Análise do pregão eletrônico

Este capítulo descreve as análises referentes aos processos de compras, o pregão eletrônico, na Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré entre os anos de 2005 e 2010.

4.1 Município pesquisado

O município de Almirante Tamandaré está sediado no estado do Paraná, mais precisamente no sudeste do estado do Paraná, do lado norte da capital, pertence à Região Metropolitana de Curitiba. Limita-se com os mu-

nicípios de Campo Magro, Colombo, Curitiba, Itaperuçu e Rio Branco do Sul. Entre seus potenciais, encontra-se a atividade extrativa mineradora, com cerca de 37 indústrias extrativas de cal e calcário, três fontes produtoras de água mineral e 422 indústrias de transformação (IBGE, 2005). Almirante Tamandaré abriga cerca de 93.055 habitantes em uma extensão territorial de 188 km². (IBGE, 2006).

4.2 Análise dos aspectos inovadores

A disciplina que instituiu o pregão, em especial o pregão eletrônico, determina sua aplicação no Distrito Federal, o Decreto 5.450/05. No caso do município de Almirante Tamandaré, foi instituído pelo Decreto Municipal 31/2005, oficializando a utilização da nova ferramenta por meio dos recursos da tecnologia da informação, de forma facultativa, para aquisição de bens e serviços comuns.

O pregão eletrônico é uma nova opção que Almirante Tamandaré vem utilizando para a realização de contratações de bens e serviços comuns, realizado por meio da utilização de recursos relacionados à tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela internet.

Uma das grandes inovações em Almirante Tamandaré, com a utilização do instrumento de compras públicas pela internet, é, sem dúvida, a inversão dos procedimentos na fase externa da licitação, ou seja, enquanto nas licitações tradicionais analisa-se a documentação de todos os licitantes, no pregão eletrônico, analisa-se inicialmente a documentação do licitante que arrematar a licitação ou o lote.

Desta forma, percebe-se um processo com maior agilidade e qualidade, tendo em vista a diminuição da possibilidade dos responsáveis do setor de compras e licitações do município de Almirante Tamandaré cometer falhas involuntárias ao analisar a documentação de habilitação, uma vez que, no pregão eletrônico, o volume de documento restringe-se apenas à empresa de menor valor ofertado.

A inversão de fases acontece simplesmente porque no pregão eletrônico primeiro se conhece os preços finais de todos os licitantes participantes da sala de disputa, denominados arrematantes.

4.2.1 Aquisição de medicamentos

No ano de 2005, a prefeitura realizou licitação para aquisição de medicamentos na modalidade tradicional, denominada concorrência, para fornecimento de medicamentos para farmácia básica do município, doze postos de saúde, e o posto vinte e quatro horas, situado no interior do único hospital da iniciativa privada no município.

A referida licitação continha 230 lotes; participaram do processo licitatório 45 empresas. Desta forma, a comissão de licitação da época analisou a documentação exigida em edital de todas as licitantes, tais como a documentação de habilitação, documentação técnica e envelope de proposta de preços; o prazo de conclusão foi de seis meses.

4.2.2 Documentação de habilitação

Esses foram os documentos de habilitação exigidos:

- a)** Prova de quitação com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, do domicílio ou sede da empresa, ou outra equivalente na forma da lei;
- b)** Prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; (INSS e FGTS);
- c)** Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ação, acompanhados de documentação de eleição de seus administradores e a comprovação da publicação pela imprensa da ata arquivada;
- d)** Declaração da licitante de que cumpre o disposto no Inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, (do trabalhador menor);
- e)** Declaração de idoneidade para licitar e contratar com a administração pública;
- f)** Apresentação de atestado(s) de capacidade técnica(s), passado por pessoa jurídica de direito público ou privado, compatível com o objeto desta licitação (deverá apresentar procuração em conformidade ou outro documento hábil, em se tratando de procuração por instrumento público).

4.2.3 Documentação técnica

Esses foram os documentos técnicos exigidos:

- a)** Laudo de análise deverá apresentar o laudo de análise emitido por laboratórios integrantes da Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (Reblas). E deverá contemplar o seguinte: identificação do Laboratório; especificações (valores aceitáveis), e resultado das análises dos produtos; identificação do responsável técnico, incluindo o número de inscrição no conselho profissional correspondente; lote e data de fabricação; assinatura do responsável; data de emissão do lote; resultado. (O laudo de análise deve ser exigido par cada lote a ser fornecido. As especificações de cada produto devem estar baseadas em referências farmacopéticas oficialmente reconhecidas. A Portaria nº 116, de 22/11/95, trata da questão das referências farmacopéticas, em que cada medicamento, bem como cada forma farmacêutica apresenta suas especificações);
- b)** Autorização de Funcionamento emitida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA/MS em plena validade; (Autorização de funcionamento para psicotrópicos e entorpecentes, emitidos pela ANVISA/MS, em plena validade);
- c)** Para o distribuidor, deverá apresentar Alvará de Funcionamento expedido pelo órgão da Vigilância Sanitária Estadual da sede da distribuidora para exercer atividade de comercialização e venda de medicamentos;
- d)** Certificado de responsabilidade técnica junto ao Conselho Regional de Farmacêuticos Estadual deverá ser apresentado pelo licitante distribuidor;
- e)** O Licitante distribuidor deverá apresentar a Declaração dos laboratórios credenciados à distribuidora para a comercialização de seus produtos;
- f)** A distribuidora ou representante deverá entregar os documentos do laboratório fabricante, informando que o produto e lote específicos foram fornecidos à distribuidora ou ao representante em questão para venda a terceiros;
- g)** Apresentar registro dos medicamentos, que deverá apresentado pelo distribuidor em cópia perfeitamente legível e autenticada do registro do medicamento na ANVISA/MS, ou da publicação do Diário Oficial da União, em conformidade com o art. 14 , parágrafo 4º, do Decreto nº 79.094, de 05 de janeiro de 1977;

h) Certificado de “Boas Práticas de Fabricação”, que deverá ser apresentado pelo distribuidor; cópia do Certificado emitido pela ANVISA/MS, relativo ao Programa Nacional de Inspeção em Indústrias Farmacêuticas e Farmoquímicas (PNIIF), atestando que as empresas fabricantes de todos os produtos que ele está cotando utiliza “Boas Práticas de Fabricação”;

i) Tanto para os “fabricantes”, quanto para os “distribuidores”, que estão “desobrigados” da apresentação de documentos exigidos neste edital, deverão apresentar “declaração” de justificativa, bem como a “comprovação”, juntamente com as demais documentações, que serão analisadas pela comissão de recebimento.

Como se pode ver, o volume de documentação a ser analisado é bastante grande, considerando principalmente o número de participantes. Desta forma, a grande inovação, com o uso do pregão, é justamente analisar a documentação apenas da licitante de menor preço e não das demais empresas. E posteriormente novas empresas, caso a licitação apresente licitantes inabilitados, o que é bastante comum, tendo como consequência a convocação do segundo colocado, e assim sucessivamente.

4.2.4 Envelope de proposta de preços

O envelope de propostas de preços contemplou:

a) A proposta de preços, que indicava o “preço global de cada lote”, considerando todas as informações do Edital.

b) Inclusão, no preço proposto, de todas as despesas necessárias para a execução do objeto, tais como despesas de impostos, seguros, transporte, encargos etc.

No ano de 2007, a prefeitura municipal realizou o mesmo procedimento, na modalidade denominada pregão eletrônico, com o registro de 270 lotes, com o registro de 20 empresas vencedoras, tendo como exigência os mesmos documentos descritos. Todavia a licitação do ano de 2005 findou com 150 dias. Já a do ano de 2007, findou com 45 dias.

Considerando que no pregão eletrônico analisa-se apenas a documentação das licitantes de menor preço, inclusive as amostras, quando for o caso, pode-se afirmar que a utilização do pregão eletrônico é instrumento

indispensável ao gestor municipal, oferecendo aos processos de compra agilidade, transparência, preços competitivos e resultados econômicos satisfatórios. A garantia da facilidade de participação dos interessados em todo o território nacional, com a utilização da tecnologia da informática, por si só garante e justifica sua utilização, e ainda permite que todos os atos aconteçam pela internet, facilitando as negociações e dinamizando os processos de compras, oferecendo redução de custo inclusive para os licitantes.

A publicidade inicialmente acontece pela internet, trazendo para dentro do processo de compras do município de Almirante Tamandaré um aumento significativo dos interessados em participar das licitações, conforme o apresentado na tabela abaixo, um comparativo de algumas licitações entre os anos de 2005 a 2010.

Objeto	Modalidade Tradicional		Pregão Eletrônico	
	Ano	Quantidade	Ano	Quantidade
Aquisição de uniformes escolares	2005	04	2006	38
Aquisição de kits escolares	2005	03	2006	72
Aquisição de tênis escolares	2005	05	2006	95
Serviços de roçada	2006	02	2007	28
Manutenção dos equipamentos de odontologia e enfermagem	2006	01	2009	32
Fornecimento de pedrisco	2006	04	2010	52

Tabela 2 – Demonstrativo de publicidade

Processos licitatórios são documentos públicos, ou seja, qualquer pessoa interessada poderá pedir vistas ao processo, desde que oficialize o pedido, sem que seja necessário motivá-lo ou fundamentá-lo.

O pregão eletrônico oferece esta abertura, facilitando a vida do administrador público, sendo desnecessária a investidura do gestor municipal para atender eventual solicitação do ator social, uma vez que é disponibilizada na internet.

Qualquer pessoa interessada poderá acessar a internet e consultar o processo licitatório de seu interesse, mesmo que este esteja homologado,

bem como as licitações em andamento e até mesmo acompanhar o certame e todos os atos do procedimento. Por fim, poderá ainda, o ator social, visualizar os pregões que findaram na condição de revogados ou anulados.

Outra inovação está relacionada com o registro de recurso administrativo. Nas modalidades tradicionais, para cada ato da Comissão Permanente de Licitação, (avaliação da documentação de habilitação, avaliação da proposta de preços, se houver, análise das amostras e análise da documentação técnica), deve-se respeitar o prazo de cinco dias úteis para o contraditório, salvo as licitações na modalidade de convite, na qual a Lei exige dois dias úteis, (art. 109, parágrafo 6º da Lei 8.666/93).

Já para o pregão eletrônico, apenas no momento em que o Pregoeiro declara vencedor do certame, ou seja, após a análise documental a arrematante, declarando este vencedor, é que os licitantes devem registrar em campo próprio no sítio do Banco do Brasil, imediatamente interesse em impetrar recurso contra a decisão do Pregoeiro, sob pena de decaimento do direito.

Caso o faça, abre-se o prazo de três dias úteis para apresentação do recurso administrativo (art. 26 . do Decreto 5.450/05), caso contrário segue a licitação para a sua conclusão. No município de Almirante Tamandaré, muito provavelmente motivado pelo princípio da razoabilidade, aguarda-se 24 horas para o registro da intenção de recurso no sítio do Banco do Brasil.

Vislumbra-se, através do advento do pregão eletrônico em Almirante Tamandaré, outra vantagem relacionada ao processo de licitação: a possibilidade de oferecimento de lances por parte dos licitantes após a apresentação de propostas escritas.

As contratações por meio do pregão eletrônico são indispensáveis para o gestor do município de Almirante Tamandaré, em atendimento ao princípio da economicidade, uma vez que, com ela, quase sempre é alcançada uma redução considerável de despesas, contribuindo, dessa forma, para a aplicação do emprego da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC nº 101/2000).

5. Conclusão

A Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré utiliza-se do pregão

eletrônico desde o ano de sua regulamentação (2005) como instrumento de gestão municipal, de forma mais acentuada nos anos 2008, 2009 e 2010, conforme tabela abaixo:

Ano	Total das Licitações	Pregão Eletrônico	Porcentagem
2005	86	27	31 %
2006	81	48	59%
2007	81	64	79%
2008	32	28	88%
2009	62	57	92%
2010	61	55	91%

Tabela 3 – Demonstrativo de uso do pregão eletrônico em Almirante Tamandaré.

Entretanto, a Prefeitura vem enfrentando algumas dificuldades em tornar essa inovadora ferramenta de compras, o pregão eletrônico, obrigatória para a contratação de bens e serviços comuns, seja por resistência dos atores públicos envolvidos ou por limitação legal, já que o Decreto Municipal 31/05 declara facultativo o seu uso.

A utilização dessa nova forma de contratação, o pregão eletrônico, oferece maior segurança, transparência, economia e competitividade, já que acontece por meio da internet, entre outros benefícios nos trabalhos do gestor municipal e dos atores públicos envolvidos, como inibição de formação de cartéis, garantia da manutenção da transparência, da competitividade, da economicidade, entre outros.

A principal limitação vivenciada no decurso da presente pesquisa foi a ausência de estudos acadêmicos apropriados na nova modalidade de licitação denominada pregão eletrônico, que possivelmente permitiriam um alinhamento histórico. No entanto, adoção do pregão eletrônico na Prefeitura Municipal de Almirante Tamandaré vem suprimindo em parte as dificuldades existentes na Lei de Licitação e Contratos Administrativos a Lei 8.666/93, que regulamenta as modalidades tradicionais, como excesso de burocracia, baixo índice de economicidade, de competitividade, de transparência, entre outras.

E ainda, o novo dispositivo legal, o Decreto Federal 5.450/05, ofere-

ce limitações, uma vez que só é possível a contratação de bens e serviços comuns. Além disso, em Almirante Tamandaré, há uma outra limitação, visto que o Decreto Municipal 31/05, que oficializa o uso do pregão eletrônico, não o torna obrigatório para todas as contratações de bens e serviços comuns.

Apesar de terem sido identificadas algumas situações de falhas nos procedimentos licitatórios, tratam-se de falhas sanáveis, sem prejuízo ao erário público. Ressalta-se que, nos processos de pregão eletrônico, os benefícios proporcionados pela tecnologia da informação (internet) são de extrema importância, o que garante, entre outros aspectos, a transparência, economia considerável, bem como a garantia do registro da publicidade em larga escala e a competitividade.

Portanto, essa ferramenta inovadora, por ora, é a melhor opção de compra para o município de Almirante Tamandaré, evidenciando também a manutenção de processos lícitos, inibindo a corrupção, um desejo que permeia a nação brasileira, abrindo um campo de possibilidades no atendimento à probidade administrativa.

Finalmente, como recomendações para trabalhos futuros, sugerem-se análises e discussões a partir das idéias propostas neste artigo, bem como a partir das limitações encontradas, vislumbrando, portanto, um universo de pesquisas relacionadas a novas tecnologias de informação para auxílio à gestão pública. Desta forma, para que haja continuidade e melhoria nas proposições do presente artigo, algumas recomendações são sugeridas: ampliação do campo de atuação da pesquisa e estudo de outras ferramentas tecnológicas para auxílio à gestão pública.

Referências

BARROS, W. P. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**. Saraiva, 1988. Atualizada até a Emenda Constitucional nº. 40, de 29-05-2003. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRESSER, L. C. **Reforma do estado para a cidadania**. São Paulo: Enap, 1998.

BRESSER, L. C. P. **Desenvolvimento e crise no Brasil**: história, econômica política de Getúlio Vargas a Lula. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, J. U. J. **Sistemas de registro de preços e pregão**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

IBGE. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Dados censo de 2005**. Rio de Janeiro: 2005.

IBGE. Instituto Brasileiro De Geografia E Estatística. **Dados censo de 2006**. Rio de Janeiro: 2006.

JUSTEM FILHO, M. **Comentários a Legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEM FILHO. M. **Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª . ed. São Paulo: Dialética, 2005.

Lei Ordinária do Município de Almirante Tamandaré 1.217/06

LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. 3. ed. São Paulo: EPU, 1986.

NIEBUHR, J. M. **Pregão presencial e eletrônico**. 4. ed. Curitiba: Zênite 2006.

PALAVÉRI, M. **Pregão nas licitações municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PAULA, A. P. P. Administração pública gerencial e construção democrática no Brasil: uma abordagem crítica. In: XXV Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 2001, Campinas. XXV Encontro Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração. Campinas e Rio de Janeiro : ANPAD, 2001. p. 1-15.

REZENDE, D. A. Alinhamento do Planejamento Estratégico da Tecnologia da Informação ao Planejamento Empresarial: Proposta de um modelo de verificação da prática de grandes organizações brasileiras. **Tese Doutorado**. Florianópolis: EPS-UFSC, 2002.

REZENDE, D. A. Alinhamento e Contribuições e Relações da Tecnologia da Informação com Planos e Planejamentos Municipais: Survey em Prefeituras Brasileiras. **RAUSP – Revista de administração pública da Universidade de São Paulo**. v.42, n.4, p.454-567

SANTOS, A. R. **Metodologia científica: a construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

SILVA, E. L.; MENEZES, E. M. **Metodologia da pesquisa e elaboração da dissertação**. 4. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

TCU - Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientação básica**. Revista atualizada e ampliada, Brasil, 2006.

YIN, R. K. **Case Study Research**. Sage Pub., London, 1994.

O Controle Externo das Obras Públicas: Um Panorama Sobre os Principais Aspectos Relacionados ao Tema

Glinton José Bezerra de Carvalho Ferreira

Engenheiro Civil (UFC) / Advogado (UNIFOR)

MBA em Gestão Empresarial – FGV/RJ

MBA em Gerenciamento de Obras e

Tecnologia da Construção – UNIP/SP

Analista de Controle Externo, Assessor Técnico

em Gabinete de Conselheiro (TCE/CE)

Resumo: O forte avanço das obras públicas nos dias atuais se constitui em elemento propulsor da economia nacional, contribuindo para o desenvolvimento da infraestrutura e favorecendo o crescimento do país. Na contramão da história, permanecemos ainda contaminados pela ganância de alguns gestores, que se utilizam indevidamente do poder público para a satisfação de interesses particulares, quando deveriam administrar buscando a proteção do patrimônio público e do interesse social, haja vista estar sob a responsabilidade coletiva o pagamento dos tributos que garantem a receita estatal. Os mecanismos de controle surgem como uma das esperanças da sociedade para manter a predominância do interesse público sobre o particular. No âmbito do controle externo, os Tribunais de Contas começam a ganhar maior notoriedade e respeito social, em razão do trabalho técnico, ético e fundamentado com que avaliam os atos dos gestores concernentes aos dispêndios públicos realizados, em especial no que se refere às obras públicas, em razão das vultosas cifras aplicadas. Neste contexto, o presente trabalho pretende mostrar um panorama dos principais aspectos relacionados à atuação do controle externo na fiscalização das obras públicas.

Introdução

A Administração Pública, sujeita ao princípio constitucional da eficiência, tem tido dificuldade em responder adequadamente às demandas e desafios atuais, uma vez ser necessária a presença de agentes preparados para lidar com problemas complexos e uma estrutura que permita gerir di-

ferentes funções.

A busca pela eficiência não pode prescindir de atender aos preceitos legais e não pode causar dano ao erário. Neste contexto, os Tribunais de Contas perfazem sua atuação como órgãos de controle externo mediante a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional dos entes administrativos sob sua tutela, visando lhes avaliar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos.

Entre as linhas mestras de atuação das Cortes de Contas, está o controle externo das obras públicas. Acerca destas, percebe-se a má qualidade técnica das construções e os constantes problemas de sobrepreços e fraudes em licitações, além de irregularidades de toda ordem, incluindo o desrespeito para com o meio ambiente.

Tais evidências, que levam as obras públicas a serem consideradas piores do que suas equivalentes, realizadas para a área privada, estão em desacordo com as necessidades do Estado e da própria sociedade.

Para alterar esta situação, vale um esforço conjunto, combinando uma atuação criteriosa dos órgãos de controle a uma participação social mais presente, para que, mesmo aos poucos, possa-se direcionar a Administração Pública a cumprir sempre o interesse público.

Procura-se, aqui, contribuir para uma reflexão que ajude a gerar nos partícipes sociais um desejo de entender a missão dos entes de controle e os auxiliar a terem uma atuação mais profícua, enfatizando as obras públicas e sua importância no desenvolvimento do país.

1. O Controle Externo inserido no Sistema de Controle da Administração Pública

Conforme Aguiar, Albuquerque e Medeiros (2011), por ser o controle uma atividade inerente ao ser humano, emerge de fundamental importância o seu conhecimento como suporte para a manutenção do equilíbrio da vida em sociedade com fins ao bem comum.

Outrossim, entende Moreira Neto (2009) que, quanto à ação estatal, tanto na gestão dos interesses sociais como em relação aos seus próprios interesses, esta ação deve sempre se pautar de modo vinculado ao que vem

definido pela ordem jurídica como interesse público.

Portanto, no dizer de Zymler (2008), controlar a gestão pública significa acompanhar a evolução de determinada atividade, confrontando o desempenho observado com padrões anteriormente definidos, e, caso seja detectado algum desvio em relação a esses padrões, deverão ser adotadas medidas tendentes a corrigi-lo, e ainda, caso encontrada irregularidade, poderá haver a punição dos responsáveis por esse desvio.

Neste diapasão, torna-se imprescindível um maior aparelhamento dos órgãos de controle, com o consequente reconhecimento do corpo técnico envolvido, de modo a suprir cada vez mais e melhor a demanda que lhe é direcionada, entendendo pela relevância da função institucional que a estes cabe, muito mais pela reta e justa observância do interesse público que pelo poder sancionador derivado desta atividade, considerando ainda que, no controle exercido, vislumbra-se vários aspectos, como a conduta do gestor, os resultados por este obtidos na concretização das políticas públicas, além da boa e regular utilização dos recursos públicos sob sua responsabilidade.

No que se refere ao controle externo, segundo Meirelles (2000), consiste naquele que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade desta e a regularidade na guarda e no emprego de bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento.

Sobre o tema, segue importante ensinamento, abaixo enunciado:

O objeto do controle externo são os atos administrativos em todos os poderes constituídos nas três esferas de governo e atos de gestão de bens e valores públicos. O controle externo da Administração Pública, realizado pelas instituições a quem a Constituição atribuiu essa missão, é exigência e condição do regime democrático, devendo, cada vez mais, capacitar-se tecnicamente e converter-se em eficaz instrumento da cidadania, contribuindo para o aprimoramento da gestão pública. (LIMA, 2008, P. 9)

Examinando a definição anteriormente dada por Meirelles (2000),

qualquer órgão pode efetuar o controle externo, caso tenha a incumbência de controlar a atividade desenvolvida por outro que não esteja na mesma estrutura de poder. É neste sentido que Aguiar, Albuquerque e Medeiros (2011) esclarecem que o sistema de freios e contrapesos pode ser considerado uma espécie de controle externo, considerando as funções administrativas atípicas dos Poderes.

Em relação ao controle exercido pelos Tribunais de Contas, este tem por base os dispositivos constitucionais dispostos no §1º do art. 31 e no caput do art. 71, conforme segue:

Art. 31. (...)

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...).

Ressalte-se que o termo auxílio não corresponde à subordinação. De acordo com Pascoal (2007), os Tribunais de Contas são órgãos autônomos e colegiados, cujos membros possuem as prerrogativas da magistratura judiciária. Possuem natureza administrativa e atuam junto ao Poder Legislativo na consecução de suas competências determinadas constitucionalmente, através dos incisos disciplinadores do art. 71.

Neste sentido, pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal na ADI nº 1.140-5, Relator Min. Sydney Sanches:

Não são, entretanto, as Cortes de Contas órgãos subordinados ou dependentes do Poder Legislativo, tendo em vista que dispõem de autonomia administrativa e financeira, nos termos do art. 73, caput, da Constituição Federal, que lhes confere as atribuições previstas em seu art. 96, relativas ao Poder Judiciário.

Entretanto, de acordo com Aguiar, Albuquerque e Medeiros (2011), a relação entre o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas deve ser simbiótica: aquele orienta a atuação deste através do arcabouço legal, e este leva ao conhecimento dos parlamentares as informações necessárias a fim de que a Administração Pública possa ser aperfeiçoada.

Acerca da evolução do sistema de controle externo, Citadini (1995) infere que, na atualidade, é praticamente inconcebível uma fiscalização de ato administrativo ater-se somente ao julgamento da legalidade. Procura-se, agora, incorporar novas técnicas de auditoria que permitam a apreciação das contratações e execuções de obras e serviços de modo mais abrangente, incluindo o exame da economicidade, eficiência, legitimidade e resultados, e superando, em última análise, a mera fiscalização formal.

Destarte, o controle moderno não o permite ser entendido como “inimigo” do gestor público, muito ao contrário, está ao lado deste para integrar e favorecer todas as ações de gestão, de modo que não haja o desperdício de recursos, ao mesmo tempo em que se possa elevar a possibilidade de alcance das metas pretendidas, com efetividade, em favor de todos.

2. As Obras Públicas e suas Especificidades

De acordo com Altounian (2009), o quantitativo de recursos pertencentes à sociedade despendidos na execução de obras públicas deve receber especial atenção por parte dos gestores responsáveis por sua aplicação, não somente pelas vultosas cifras relacionadas e peculiaridades de cada obra, mas também pela normatização a ser obedecida, com destaque para a Lei nº 8.666/93, que rege as licitações e contratos administrativos.

Adverte Oliveira (2010) que a contratação e a execução de obras públicas envolvem inúmeros procedimentos e providências, os quais nem sempre são de conhecimento dos responsáveis por estas funções. Desta forma, tais obras somente serão adequadamente executadas se o gestor público tiver a preocupação com o planejamento, a elaboração de criteriosos projetos e orçamentos, além de contar com um corpo técnico habilitado e capacitado para realizar as respectivas atribuições.

Sobre o tema, Bonatto (2010) afirma não ser novidade a reflexão de

que as obras e os serviços de engenharia, desde sua licitação até a entrega do objeto, quando esta ocorre, podem padecer de vícios que impliquem excessiva onerosidade aos cofres públicos. Os defeitos iniciam na fase interna, no planejamento apressado, em projetos de engenharia e arquitetura de qualidade duvidosa, com consequentes orçamentos imprecisos, cujo resultado, fatalmente, não trará o retorno social esperado pelo bom administrador.

Destarte, quando o gestor público pretender realizar uma obra pública, muitas vezes para se mostrar com maior evidência perante a sociedade, deve visar, na realidade, a melhoria da qualidade de vida da população, sendo para isso necessário planejar bem a obra, verificando a qualidade dos projetos concebidos e fiscalizando os aspectos técnicos e ambientais, sempre com a observância da legislação correlata.

Em razão da constatação de graves irregularidades na gestão de recursos canalizados para a área de obras públicas, como superfaturamento, direcionamento em licitações, abandono dos empreendimentos, entre outros tantos problemas dos mais variados tipos, somados ao grande volume de obras decorrentes do forte desenvolvimento da infraestrutura nacional nos últimos anos, percebe-se modernamente uma atuação mais efetiva no setor por parte dos órgãos de controle externo.

Com efeito, conforme salienta Altounian (2009), a área de obras públicas sempre se destacou no grupo de investimentos realizados no âmbito da Administração Pública, quer pela sua materialidade, quer pela importância social da conclusão dos empreendimentos.

As peculiaridades inerentes à execução de uma obra transformam cada empreendimento em um objeto singular, diferentemente de produtos e serviços padronizados. Cada projeto possui características ímpares que os diferencia, como o padrão de acabamento, a concepção estrutural, os custos de material e mão-de-obra locais, os diferentes tipos de solo, os prazos para conclusão, entre outras.

Portanto, não é raro o surgimento de falhas que parecem inicialmente de pequena monta, mas que causam efeitos ou prejuízos de grande dimensão. Além disso, complementa Altounian (2009), a implementação de uma obra exige a correta administração, muitas vezes, de diversos contratos e procedimentos licitatórios distintos, como: a elaboração do projeto básico,

a execução da obra, a implementação das instalações especiais, a aquisição de equipamentos, a supervisão, a compra de materiais etc. Assim, somente com a perfeita concatenação de todos, será possível o sucesso materializado no objeto final.

A par disso, os diversos ramos de engenharia estão suficientemente desenvolvidos sob o prisma técnico para assegurar a conclusão das obras sem desvios significativos em relação ao projeto original. Contudo, os técnicos responsáveis pela condução da contratação devem, cada qual dentro de sua competência, assegurar que as normas estão sendo cumpridas e que profissionais habilitados estão à frente da gestão e da execução dos empreendimentos.

No que tange ao elemento conceitual, verifica-se uma sutil diferença entre obra pública e serviço de engenharia. Aquela consiste em toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem sob o domínio público, podendo ser executada de forma direta, quando o órgão ou entidade da Administração a faz por seus próprios meios, ou de forma indireta, modo mais comum, principalmente para os grandes empreendimentos, quando a Administração contrata a execução com terceiros por meio de licitação.

Já os serviços de engenharia se classificam em atividades nas quais o emprego de mão-de-obra e equipamentos prepondera sobre a aplicação técnica. Portanto, fazem parte desta classificação as atividades de demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais, entre outras.

Furtado (2007) entende que, para se distinguir esses dois contratos (obras e serviços), o critério que se utiliza é a análise da tangibilidade, da materialidade de seu objeto. Será obra o contrato que crie nova materialidade, como uma reforma que possa ampliar a edificação anterior ou mudar sua feição. Neste caso, será licitada e contratada a execução de uma obra. Ao contrário, continuando no exemplo, na conservação ou manutenção predial, nenhum aspecto material visualmente novo será criado. Logo, está-se diante de um serviço.

Esta distinção só passou a ganhar maior importância na prática com

o advento do pregão e a evolução da jurisprudência, quando esta passou a aceitar a utilização daquela modalidade licitatória para a contratação de serviços comuns de engenharia.

Por fim, Fernandes (1999) lembra que as obras e serviços somente são considerados de engenharia desde que pertençam ao rol das atividades que exijam a responsabilidade de um profissional vinculado ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), haja vista que somente os profissionais vinculados ao sistema CONFEA podem ser responsabilizados pela sua execução, conforme a Lei Federal nº 5.194/66.

Com relação à ação de planejar, esta é absolutamente fundamental em qualquer atividade que se execute, considerando que sua ausência provavelmente tornará errado na origem todo o percurso que se buscará a frente, gerando grandes problemas, alto custo, tempo despendido e até graves ilegalidades.

No seio da Administração Pública, o planejamento é uma necessidade, muito antes de ser uma exigência. A presença de instrumentos legais, como o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, a Lei Orçamentária Anual e a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como o Plano Diretor e de Saneamento Básico no âmbito municipal, são exemplos normativos que informam a necessidade de regulamentação prévia da despesa a realizar, priorizando os programas governamentais dentro dos limites legais e orçamentários.

Com relação às obras públicas, a fase de planejamento jamais deve ser ignorada. Ensina Oliveira (2010) que o planejamento da obra significa a adoção de uma série de providências que visam dotar a Administração de informações e dados que possibilitam o desempenho de suas funções com segurança, ao tempo adequado, com otimização de recursos e resposta aos anseios da sociedade. Ademais, o planejamento deverá resultar em um Plano de Gerenciamento do Projeto, não muito usual na gestão pública, mas de extrema relevância para o adequado acompanhamento da execução da obra, e possui alguns instrumentos, como o programa de obras, o estudo de viabilidade técnica e econômica, o planejamento de recursos financeiros e a correta elaboração de projetos, da licitação e da execução.

Reconhece-se um gestor público sábio quando este se utiliza de um

bom planejamento para resolver inúmeras situações que envolvam obras públicas, a fim de impedir que efeitos desagradáveis ocorram no futuro. Mesmo assim, ainda se constata um grande número de obras com sérios e graves problemas decorrentes da negligência desta etapa fundamental.

A conclusão de obra pública é evento que depende de uma série de outras etapas, que se iniciam muito antes da licitação propriamente dita e se constituem em passos fundamentais para a garantia de sucesso do empreendimento. O cumprimento ordenado dessas etapas leva à obtenção de um conjunto de informações precisas que refletirão em menor risco de prejuízos à Administração. Para facilitar a visualização dessas etapas, recorre-se à tabela abaixo:

Etapas de Desenvolvimento das Obras Públicas

Etapa 1	Etapa 2	Etapa 3	Etapa 4	Etapa 5
Fase preliminar à licitação	Fase interna da licitação	Fase externa da licitação	Fase contratual	Fase posterior à contratação
* Programa de necessidades * Estudos de viabilidade * Anteprojeto	* Licenciamento ambiental * Projeto básico * Projeto executivo * Recursos orçamentários * Edital de licitação	* Publicação do Edital * Comissão de licitação * Recebimento de propostas * Procedimento da licitação	* Contrato * Fiscalização da obra * Recebimento da obra	* Operação * Manutenção

Na fase preliminar de licitação, a importância consiste em estabelecer parâmetros que sirvam para a tomada da decisão de licitar. Busca-se identificar necessidades, estimar recursos e escolher a melhor alternativa para fazer frente aos anseios sociais. Assim, ultrapassar esta fase sem a correta dimensão da viabilidade do empreendimento, por exemplo, pode resultar em desperdício de recursos públicos.

Segundo Altounian (2009), o primeiro passo para qualquer empreen-

dedor na área de obras é definir um programa de necessidades, tendo em mente os recursos disponíveis. O objetivo é eliminar alternativas inviáveis sob o aspecto técnico, econômico e social, priorizando aquelas que apresentarem melhor conteúdo de oportunidade e conveniência, haja vista a presença de um componente político de investimento em setores distintos.

Os estudos de viabilidade objetivam eleger o empreendimento que melhor responda ao programa de necessidades, sob o enfoque legal, econômico, social e ambiental. Para cada alternativa, haverá o estabelecimento dos custos estimados, prazos de execução e benefícios de implantação. Não se trata de uma noção precisa, mas com critérios suficientes para definir a escolha, garantindo que as demais etapas evoluirão a contento.

Após a definição do empreendimento a executar, passa-se à elaboração e representação técnica da solução aprovada através do anteprojeto. Neste, deve-se apresentar os principais elementos - plantas baixas, cortes e fachadas – de arquitetura, da estrutura e das instalações em geral, além de determinar o padrão de acabamento e o custo médio do empreendimento. Embora não contenha todos os detalhes de projeto necessários à licitação, o anteprojeto estabelece diretrizes a seguir, e sua importância é ainda maior em obras de grande porte.

Na fase interna da licitação, importa, de início, verificar que as exigências ambientais para executar uma obra pública não diferem daquelas para uma obra particular. Sob este prisma, a Constituição da República, em seu art. 225, estabelece:

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.

Conforme Bonatto (2010), ao executar uma obra pública, a Administração, dos três entes federativos, deve agir de toda maneira que não cause dano ao meio ambiente, não só pelo exemplo, mas também pela consciência e pelo dever, devendo ser o devido licenciamento ambiental o marco

inaugural da fase interna à licitação.

Entretanto, em face do art. 10 da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, verifica-se que não são todas as situações em que é exigido o licenciamento ambiental. Apesar disso, quase todas as obras públicas de maior vulto estarão submetidas ao preceito normativo enunciado, posto que o legislador se preocupou em alcançar todas as obras efetiva e potencialmente poluidoras, inclusive as que possam causar algum tipo de degradação ambiental, com a exigência do licenciamento.

Destarte, nenhuma obra ou serviço de engenharia potencialmente causador de significativa degradação ambiental poderá ser licitado sem que antes se elabore e aprove o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) e sem que antes se obtenha, no mínimo, a licença ambiental prévia, sob pena de anulação do procedimento licitatório.

No tocante ao projeto básico, este não é sinônimo de projeto simples, muito ao contrário, representa a base gráfica e descritiva da obra pública e consiste no elemento mais importante para a sua execução. Isto porque se houver falhas em sua concepção, os fins almejados pela Administração estarão seriamente comprometidos.

O projeto básico é o conjunto de desenhos, memoriais descritivos, especificações técnicas, orçamento, cronograma e demais elementos técnicos necessários e suficientes à precisa caracterização da obra ou serviço a ser realizado. Além disso, deve atender às normas técnicas e legislação vigente e, ainda, ser elaborado com base em estudos anteriores que assegurem a viabilidade e o adequado tratamento ambiental do empreendimento.

Um projeto básico que atenda essas exigências deve ter dimensões, especificações e quantidades de serviços e de materiais dos empreendimentos, permitindo a definição de orçamento detalhado e de métodos construtivos, além da elaboração de cronograma.

Convém ressaltar que os componentes necessários à instrução desses elementos, bem como seus níveis de detalhamento, variam de acordo com a natureza, tipo, porte e complexidade da obra ou serviço. A Resolução nº 361/91 do CONFEA determina que os custos dos quantitativos de serviços inseridos no projeto básico assegurem uma aproximação de mais ou menos

15% em relação ao custo total real da obra.

No que concerne ao projeto executivo, o ideal é que este seja elaborado antes da licitação da obra pela Administração ou pela empresa contratada para tal fim por meio de licitação própria, de modo a evitar futuras alterações e, conseqüentemente, aditivos ao contrato. Ademais, um projeto executivo bem elaborado antes da licitação auxilia a Administração no perfeito conhecimento da obra como um todo, permitindo a avaliação do seu custo com maior precisão.

Apesar disso, conforme explica Altounian (2009), o projeto executivo tem como peculiaridade a possibilidade prevista em lei de ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços, desde que assim autorizado pela Administração.

Ensina Oliveira (2010) que o projeto executivo nada mais é do que o projeto completo com o detalhamento construtivo (complementando o projeto básico), executado segundo as diretrizes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Destarte, constitui-se na solução definitiva do projeto, com todas as interferências dos projetos complementares, definidas, incorporadas e compatibilizadas com o projeto arquitetônico, além do detalhamento específico de todos os elementos construtivos e áreas de maior complexidade, possuindo informações necessárias à perfeita execução das obras.

A análise acerca dos projetos permite antever fatores de risco que precisam ser eliminados para a perfeita execução das obras públicas. Entre estes fatores, destacam-se a ausência de memorial descritivo, especificações, plantas, estudos geotécnicos e topográficos, falta de anotação de responsabilidade técnica, imprecisão nos orçamentos, entre outros.

Sobre este último fator de risco mencionado, importa ressaltar a extrema importância de um orçamento detalhado compatível com a obra pública, de forma a servir de fiel paradigma para o custo real a ser efetivado. Este orçamento é formado pelos custos diretos com o acréscimo percentual de uma taxa denominada BDI.

Neste contexto, os custos diretos da obra se apresentam como o somatório do produto “quantitativo x custo unitário” de cada um dos serviços necessários para a execução do empreendimento, nele estando inclusos

materiais, equipamentos e mão-de-obra, específicos para a realização dos serviços, com a adição dos encargos sociais da mão-de-obra, além de outros custos originariamente indiretos, como administração local, instalação de canteiro e acampamento, almoxarifado, instalações provisórias de água e energia, placas de obra, mobilização e desmobilização etc., que, no entanto, devem constar detalhadamente na planilha orçamentária como custos diretos, visando a dar maior transparência ao orçamento.

Já as despesas indiretas se relacionam com o gerenciamento externo da obra, incluindo o pagamento dos tributos, a administração do escritório central da empresa contratada, com o seu corpo técnico e equipamentos de apoio, gastos com consultorias, laudos, entre outras.

A estes componentes relativos às despesas indiretas, une-se o lucro a ser auferido pela empresa contratada para a execução da obra pública ou serviço de engenharia, formando uma taxa percentual a incidir sobre os custos diretos totais do empreendimento, conhecida pela sigla BDI ou LDI (Bonificações ou Lucros e Despesas Indiretas). Com base nestes elementos, conforme anteriormente mencionado, forma-se o orçamento ou preço da obra, que pode ser expresso pela seguinte relação: $\text{Preço} = \text{Custos Diretos} + \text{BDI}$.

A verificação dos preços das obras públicas assenta-se no controle da licitação de origem, pois é neste momento que o preço do contrato é fixado por meio da proposta vencedora. É também nesta fase que se define o objeto do contrato, que outro não é senão o demonstrado em projeto básico. É importante salientar que o demonstrativo analítico da taxa de BDI utilizada no orçamento-base da licitação também deve constar da documentação do procedimento licitatório.

No que tange aos tributos, é vital que somente sejam incluídos na taxa do BDI aqueles pertinentes, não devendo constar do cálculo os de natureza direta e personalística, caso do IRPJ e da CSLL, que oneram pessoalmente o contratado e que, por esta razão, não devem ser repassados à contratante, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 644/2007 – Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 18 abr. 2007).

A fase interna da licitação ainda deve considerar aspectos relacionados aos recursos orçamentários e ao edital do certame. No contexto dos recur-

sos orçamentários, verifica-se a necessidade de cumprimento dos requisitos legais de responsabilidade fiscal (arts. 15, 16 e 17 da Lei Complementar nº 101/2000 – LRF), com o objetivo de que ocorra uma gestão pública transparente e planejada, cuja indicação do recurso próprio para a despesa pública é procedimento indispensável, conforme estipulado no art. 38, caput, da Lei nº 8.666/93.

Vale lembrar que não é suficiente que haja previsão dos recursos necessários à obra pública, é preciso também que haja provisão de recursos para o seu futuro funcionamento.

Outro ponto fundamental consiste em que o órgão contratante preveja os recursos necessários ao pagamento da obra ou serviço, dentro do mesmo exercício financeiro, com base no cronograma físico-financeiro estabelecido no projeto básico. Porém, se a execução ultrapassar um exercício financeiro, a Administração não poderá iniciá-lo sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade. Além disso, só podem ser autorizados serviços para os quais existam os créditos orçamentários correspondentes, devidamente empenhados, em conformidade com os arts. 58, 59 (caput) e 60 (caput), da Lei nº 4.320/64.

Em relação ao edital da licitação, trata-se de documento de regulamentação do procedimento licitatório e deve estar de acordo com o art. 40 da Lei nº 8.666/93. As informações contidas devem estar prévia e minuciosamente analisadas, haja vista que, após a publicação, qualquer alteração posterior representará atraso no respectivo processo administrativo. Ademais, o edital influenciará na condução do empreendimento até o final.

Destarte, cuidados devem ser tomados para que o edital evite restringir a livre concorrência, e, ao mesmo tempo, permita afastar empresas sem condições técnicas e financeiras para executar a obra. Para isso, faz-se mister a atuação da procuradoria jurídica do órgão no sentido de examinar e aprovar o documento editalício.

A fase externa da licitação começa com a publicação do edital de licitação e termina com a assinatura do contrato para execução do empreendimento. O objetivo de licitar é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Entretanto, as obras e serviços de engenharia só poderão ser licitados quando estiverem presentes os “quatro pilares de sustentação”, a saber: projeto básico, devidamente aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados; orçamento detalhado em planilha que expresse a composição de todos os seus custos unitários; recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações do exercício em curso, de acordo com os respectivos cronogramas; e o produto esperado da execução da obra ou serviço de engenharia deve estar contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso (funcionalidade).

A publicação do edital de licitação objetiva alcançar o maior número possível de licitantes e deve ser feita com base no art. 21 da Lei de Licitações (nº 8.666/93). Já a comissão de licitação tem como objetivo promover o processo licitatório em todas as suas fases, elaborando, publicando e divulgando o edital de licitação, prestando esclarecimentos aos licitantes, recebendo e analisando as propostas, possuindo os participantes a responsabilidade solidária pelos seus atos, salvo registro individual justificado e lavrado em ata.

O art. 43 da Lei nº 8.666/93 define a sequência de procedimentos que ocorrem após o recebimento das propostas. Vale destacar que a abertura dos envelopes de habilitação e proposta de preços não pode ser feita de forma simultânea. Primeiro é aferida a qualificação dos licitantes, depois se classificam os preços, eliminando os inexequíveis e os que ultrapassarem o valor global do orçamento paradigma ou apresentarem valores unitários superiores aos critérios de admissibilidade definidos pela Administração para estes.

Segue-se à fase de recursos, a homologação e a adjudicação do vencedor, quando, então, passa-se à etapa contratual.

A fase contratual se inicia com a assinatura do contrato e a emissão da ordem de serviço e se encerra com o recebimento da obra. Para que a empresa vencedora da licitação possa efetivamente iniciar os serviços, faz-se necessário que a seguinte documentação seja providenciada: anotações de responsabilidade técnica (ARTs) dos responsáveis pela obra pública, registrada no CREA do Estado onde se localizar o empreendimento; licença ambiental de instalação obtida no órgão ambiental competente, quando for o caso; alvará de construção, obtido na Prefeitura Municipal onde a obra se

encontrar; certificado de matrícula da obra de construção civil, obtido no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), no prazo de 30 dias contados do início das atividades; e ordem de serviço da Administração autorizando o início dos trabalhos.

Qualquer alteração posterior à assinatura do contrato em projetos, especificações técnicas, cronograma físico-financeiro e planilhas orçamentárias, deverão ser justificadas por escrito e previamente autorizadas pela autoridade competente para celebrar o contrato. No caso de alterações de especificações técnicas, é preciso atentar para a manutenção da qualidade, garantia e desempenho requeridos inicialmente para os materiais a serem usados.

Um aspecto de grande relevância nos contratos administrativos diz respeito aos limites legais para alterações por meio de termos aditivos. Nesse ínterim, a Lei de Licitações (nº 8.666/93) fixou em seu art. 65, os casos em que os contratos poderão ser alterados, sempre com as devidas justificativas.

Conforme bem se posiciona Oliveira (2010), as deficiências de planejamento são fruto de ações governamentais apressadas, e o descumprimento dos aspectos exigidos para elaboração do projeto básico são fatores motivadores de aditivos que incluem até itens não previstos originariamente, permitindo que novos preços sejam “fixados” entre as partes. Destarte, de maneira indevida, as contratações ocorrem já antevendo o permissivo legal e não são considerados outros mandamentos igualmente importantes na confecção dos aditivos, como a real fundamentação e a imprevisibilidade do evento.

No que tange à fiscalização, destaca-se inicialmente o comando do art. 67 da Lei nº 8.666/93, que determina ser de responsabilidade da Administração acompanhar e fiscalizar os contratos de obras e serviços de engenharia sob sua tutela.

O representante da Administração, denominado fiscal do contrato, deve se valer do livro “Diário de Obra” para registrar os problemas e definições ocorridos no decorrer dos serviços, como início e fim das etapas de trabalho, alterações, paralisações, imprevistos, decisões, recomendações, sugestões, advertências, reuniões técnicas, solicitações etc.

Ademais, sob sua alçada deve ser realizada uma atividade de grande

responsabilidade, que consiste na medição dos serviços executados conforme estipulado em contrato, registrando nos boletins de medição as quantidades efetivamente executadas por unidade, se o contrato for de empreitada por preço unitário, ou por etapas, se for por preço global.

A fiscalização é uma atividade de muita responsabilidade a ser exercida de maneira sistemática pela Administração, e nela, entre outros aspectos, devem ser observados: códigos, leis, decretos, portarias e normas dos entes federais, estaduais e municipais, inclusive normas de concessionários de serviços públicos; instruções e resoluções dos órgãos do Sistema CONFEA/CREA; e normas técnicas da ABNT e do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).

Para cada atividade realizada na construção civil, existe um grande contingente de recomendações que devem ser observadas pela fiscalização, cuja estipulação deve constar na especificação técnica e se exigir o cumprimento pelo contratado, o que corrobora ao entendimento de que a atividade de fiscalização precisa cada vez mais atuar em quantidade e qualidade suficiente para atender às exigências técnicas demandadas.

Previamente ao recebimento da obra, a empresa responsável por sua execução deve providenciar as ligações definitivas das unidades previstas em projeto, tais como água, esgoto, gás, energia elétrica e telefone, estando também a seu cargo o agendamento, junto aos órgãos federados e concessionárias de serviços públicos, de vistorias com vistas à obtenção de licenças e regularização dos serviços e obras concluídos (Habite-se, Licença ambiental de operação etc.). Conforme também estipulado no edital de licitação e no contrato, o contratado deverá entregar o “as built” da obra, a fim de subsidiar futuras intervenções a título de manutenção ou reformas. Ratifica-se que a Administração deve rejeitar, no todo ou em parte, obra ou serviço executado em desacordo com o contrato e com a legislação pertinente.

Executado o contrato, o seu objeto deve ser recebido nas condições preconizadas pelo art. 73, incisos I e II da Lei nº 8.666/93, ou seja, de forma provisória e, depois, definitiva. Cabe ressaltar que, conforme o art. 69 do mesmo diploma legal, o contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da

execução ou de materiais empregados.

Consoante lembra Bonatto (2010), o recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil da contratada pela solidez e segurança da obra, assim como pelos materiais, não a eximindo de sua responsabilidade ético-profissional.

Após o recebimento definitivo do empreendimento, inicia-se a fase relativa à sua utilização – fase posterior à contratação – onde estão incluídas a sua operação e as intervenções necessárias à manutenção das condições técnicas definidas em projeto, de modo que a sua vida útil e, consequentemente, seus benefícios, sejam prolongados o mais possível.

Segundo Altounian (2009), existe um conjunto de intervenções realizadas em obras públicas com o objetivo de manter as condições técnicas e operacionais originais. Não se trata de reparos relativos à garantia da obra, pois estes se constituem em obrigação contratual da contratada, mas, sim, atividades que visam a inovar qualitativamente a infraestrutura concebida, como serviços de conservação, recuperação, melhoramentos e manutenção.

A questão importante que se apresenta consiste na necessidade de que a obra pública se mantenha em boas condições, a fim de que os custos de sua operação se comportem de forma a propiciar a razoabilidade desta e a redução de dispêndios para o ente estatal.

Acerca do tema, o Tribunal de Contas da União adverte:

É dever da Administração contratante aprimorar os procedimentos de fiscalização e supervisão das obras de manutenção e recuperação de rodovias sob sua gestão, de modo a evitar a entrega e o respectivo pagamento de serviço de má qualidade ou que não atendam aos normativos técnicos aplicáveis. (Acórdão nº 1973/06)

O art. 45 da Lei Complementar nº 101/2000 (LRF) também indica que a lei orçamentária e as de créditos adicionais só incluirão novos projetos após adequadamente atendidos os em andamento e contempladas as despesas de conservação do patrimônio público, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

Portanto, apesar de existir referida previsão legal, o que acontece acin-

tosamente na prática é o desrespeito a essa regra, pelo próprio Poder Público, que mantém uma enorme quantidade de obras paralisadas, principalmente por falta de recursos, enquanto, talvez por decisões políticas, novos projetos são incluídos no orçamento.

Conforme esclarece Bonatto (2010), o ideal seria que tudo ocorresse a contento, desde a decisão, passando pelo planejamento, licitação, até a execução de uma obra pública. Porém, nem sempre as coisas acontecem assim. A experiência mostra que não são poucas as irregularidades que acontecem. Primeiro porque, muitas vezes, a decisão é tomada por uma só pessoa, a qual não discute nem internamente com a equipe de governo, e muito menos externamente, com a população envolvida, que é a maior interessada pela obra.

Entre as diversas irregularidades passíveis de se encontrar em obras públicas, destacam-se o “jogo de planilhas” e as obras emergenciais “fabricadas”.

De acordo com Bonatto (2010), “jogo de planilhas” ou “jogo de preços” é um artifício utilizado pelos proponentes para manipular os preços unitários da planilha orçamentária com o intuito de maximizar os ganhos. Geralmente, ocorre a partir de informações privilegiadas que o licitante obtém através de servidor público, acerca de projetos ou orçamentos.

Para que tal situação possa ser inibida, faz-se mister que os projetos sejam muito bem elaborados, com todos os detalhes necessários à perfeita execução da obra, devendo o projeto executivo ser concluído, inclusive, antes da licitação e da contratação. Ademais, devem ser estabelecidos no instrumento convocatório do certame, critérios de aceitabilidade dos preços unitários, evitando, de plano, qualquer possibilidade de sobrepreço.

No que concerne às obras emergenciais, Oliveira (2010) cita vários motivos pelos quais estas são fontes de irregularidades e desvio de recursos públicos: a contratação com dispensa de licitação facilita a formação de conluio entre empresas; possibilidade de contratação direta de empresa sem capacidade técnica-financeira, influenciando consideravelmente na qualidade dos serviços; necessidade e urgência são fatores que contribuem para a elevação dos preços por parte dos interessados; liberação de grandes volumes de recursos em decorrência da comoção social que algumas situações

ocasionam; falta de adequados levantamentos e estudos do local (topografia, classificação dos materiais etc.); falta de fiscais capacitados e éticos para acompanhar as obras, e, muitas vezes, inúmeras obras; falta de equipamentos e infraestrutura para fiscalização (laboratório, ensaios, veículos etc.); irresponsabilidade do Poder Público quando repassador, com a liberação regular dos recursos, o que enseja motivo à inclusão de artifícios para que o contratado possa suportar esses costumeiros atrasos; e irresponsabilidade do Poder Público quando executor, com a previsão de recursos de contrapartida, o que produz atrasos e encarecem a obra.

Enfim, pode-se ter em mente que as irregularidades em obras emergenciais ocorrem desde a caracterização irregular da dispensa de licitação, passando por processos administrativos repletos de atecnias, até falhas em medições e aditivos “fabricados”, gerando, por conseguinte, obras sem qualidade técnica, pouco duráveis e excessivamente onerosas.

As obras inacabadas e paralisadas também têm sido uma séria preocupação do controle externo e da sociedade. A questão não é simples, haja vista envolver um número extremamente elevado de empreendimentos em todos os níveis: federal, estadual e municipal.

3. O Controle Externo das Obras Públicas

Conforme Motta (2010), o controle externo brasileiro é constituído de 34 Tribunais de Contas, cada qual com legislação e regimento próprios, específicos e independentes entre si. Esta inexistência de um “sistema” formal e hierárquico resulta em uma significativa diversidade nas formas de sua atuação e nos entendimentos acerca de temas similares.

Na busca por um tratamento mais equânime a problemas comuns, esforços estão sendo feitos atualmente para formação de consensos mínimos e uniformização dos procedimentos de auditoria entre os órgãos de controle externo, com respeito às regras individuais autônomas.

Na área de obras públicas, onde a atuação das cortes de contas é mais recente, existem especificidades no exercício do controle externo, intensificadas pelo crescimento da economia e da infraestrutura do país, que urge uma atuação firme e aperfeiçoada das instituições de controle externo para

garantir a regular execução dos empreendimentos.

Quanto à atividade de controle em si, importa o entendimento de que o interesse coletivo supera o particular, e no que se referem aos recursos públicos, um bom controle é uma condição básica para o fortalecimento de uma sociedade justa, democrática e igualitária.

No caso específico das obras públicas, atingir metas de custo, prazo e qualidade é obrigação complementar ao conceito de cidadania. Se não houver a busca por estes objetivos, o esforço coletivo de pagar tributos se torna inócuo aos seus fins, trazendo os efeitos das ineficiências à companhia das irreparáveis mazelas da corrupção.

A cultura da falta de planejamento, acompanhada da inexistência de bons projetos e orçamentos fidedignos, é a causa maior da paralisação de obras, de sua má qualidade e de preços exorbitantes. Ademais, há décadas as estruturas técnicas de engenharia estão sucateadas e incapazes de atender às demandas fundamentais da população.

Em função desta realidade, quando o controle externo atua de forma eficiente, estas deficiências estruturais se revelam, e, num certo momento, tentou-se deslocar o foco dos problemas para possíveis excessos de rigor dos entes de controle externo, sem a justificativa adequada para tais ilações. Destarte, o entrave não está localizado nos entes de controle.

O entendimento da sociedade sobre este ponto é vital no apoio às ações empreendidas pelos órgãos de controle externo, especialmente agora, em que se busca uma modernização estrutural nas Cortes de Contas, com destaque para uma melhor auditoria nas obras públicas.

Busca-se formar uma rede de intercâmbio nacional através de fóruns de discussão e eventos técnico-científicos. Nestes, são apresentados estudos de caso, artigos e palestras com autoridades da área, além de debates tratando dos diferentes temas atinentes ao controle e fiscalização das obras e serviços de engenharia, sempre com a intenção principal de promover o avanço prático dos assuntos tratados.

Os Tribunais de Contas estão se modernizando através de um programa nacional específico (Promoex) e o Instituto Brasileiro de Obras Públicas (Ibraop), desde 2006, emite orientações técnicas (OTs), de adoção voluntária, que versam sobre temas relevantes, passíveis de uniformização

de entendimento.

A atuação isolada dos diversos Tribunais de Contas em época de tão forte interatividade digital pode ser um grande entrave ao alcance dos objetivos constitucionais do controle externo. Por isso, ocorrem seminários anuais para unir os entendimentos e discutir matérias importantes acerca de como otimizar o controle externo das obras públicas.

No tocante à auditoria de qualidade técnica, percebe-se que as obras públicas padecem de problemas das mais diversas origens. Há fraudes em licitações, emprego de materiais de baixa qualidade, uso de técnicas inadequadas, obras paralisadas ou inacabadas, além de sobrepreço e pagamentos por serviços não realizados e materiais não empregados.

Embora nem sempre seja possível quantificar a verba pública inadequadamente empregada em cada tipo de irregularidade relacionada à execução de obras públicas, é certo que um dos maiores problemas nas construções financiadas pela Administração está na qualidade dos empreendimentos.

Obras construídas com má qualidade apresentam pouca durabilidade, oferecem riscos à população, frequentemente provocam acidentes, que implicam em indenizações a serem arcadas pelo erário, além de demandarem novos investimentos em curto prazo.

Para combater este mal, impõe-se a adoção de auditorias específicas na qualidade técnica das obras públicas e serviços de engenharia, com ênfase no acompanhamento paralelo das obras, no seu criterioso recebimento e em inspeções posteriores à conclusão.

Muitos dos problemas em obras públicas já se anunciam na fase de projeto, decorrentes de erros no seu detalhamento ou na sua concepção. Infelizmente, muitos órgãos públicos entendem o projeto básico como apenas um elemento para que ocorra a licitação. Em outros casos, utilizam-se projetos antigos em versões obsoletas e irreais para, após revisões superficiais, viabilizar o certame e o investimento público.

Talvez fosse possível primar pela qualidade já nesta etapa inicial se houvesse a possibilidade de uma auditoria de comprovação técnica acerca da fidedignidade dos projetos e de sua qualificação. Entretanto, sabe-se que isto é difícil atualmente, dada ainda à pequena estrutura do controle face à

demanda de obras e todas as peculiaridades dos projetos, que exigirão dos auditores um domínio acentuado de conhecimentos técnicos.

Destarte, a forma de melhor aferir a qualidade técnica das obras públicas na fase de projeto é efetivar a verificação de como o empreendimento está lançando as suas bases iniciais e acompanhar periodicamente a relação construtiva ao que foi projetado.

Na fase de execução, deve-se levar em conta a especificação técnica e comparar se a atividade que está sendo executada guarda similaridade ao exigido. É possível surgir problemas relacionados aos materiais empregados ou em relação aos processos construtivos.

Portanto, embora considerando extremamente relevante a auditoria de obras para a verificação de preços e quantidades pagas aos contratados pelo Poder Público, torna-se de suma importância também que se atente para a qualidade técnica da obra, no que tange aos materiais utilizados e procedimentos de execução empregados.

A fase de manutenção também é importante no contexto da qualidade. Ao se iniciar o uso de uma obra pública, há uma tendência natural à sua deterioração, em decorrência do próprio uso, do envelhecimento, da exposição às intempéries, da poluição, das variações de temperatura, entre outros fatores.

Assim, inspeções posteriores ao término da obra têm grande importância e devem ser procedidas por diversos motivos. Inicialmente, é vital que haja uma inspeção logo ao fim da obra, de modo a se verificar a plena adequação entre a obra entregue e os projetos e contratos. Inspeções posteriores também são necessárias, especialmente antes do término do prazo de garantia da obra, para impor a responsabilização ao construtor, se for o caso.

Utilizando as palavras de Meirelles (2000), a sofisticação dos métodos construtivos atuais, a ampla regulamentação da profissão de engenheiro, o próprio progresso da Engenharia e das ciências exatas, tudo isso afastou o construtor contemporâneo dos antigos construtores e mesmo dos construtores de algumas décadas atrás. Exige-se, hodiernamente, do profissional de engenharia, muito mais do que a simples perícia prática do passado, mas também e principalmente a perícia efetivamente técnica, vez que a construção civil moderna é processo técnico de alta especialização.

Corolário natural do que se afirma acima consiste na responsabilidade profissional, ética e legal dos engenheiros da empresa contratada quanto à perfeita execução da obra pública, dentro dos padrões de segurança e durabilidade, executando-a com toda a diligência necessária que requer o interesse público.

A obra é o resultado certo e determinado que se deve apresentar sólida, segura, sem máculas e em perfeitas condições de uso e funcionamento. A obra perfeita é aquela que, construída de acordo com o projeto, não apresenta defeitos ou vícios, aparentes, ocultos ou funcionais, além de se prestar ao que foi projetado, ou seja, possui a funcionalidade requerida.

Os consultores e projetistas também podem ser responsabilizados pelos problemas construtivos em obras públicas, desde que haja a prova de culpa destes profissionais e, quando não for razoável à construtora, detectá-los, haja vista que a responsabilidade desta é objetiva, principalmente no prazo de garantia quinquenal, enquanto a daqueles é subjetiva.

Os administradores públicos que gerem recursos relacionados a obras públicas têm por obrigação não só a correta aplicação de recursos públicos durante a contratação e execução das obras, mas também após a entrega das mesmas. O fato de ser uma obra, e.g., superfaturada e de qualidade, certamente trará menor prejuízo à população e ao Poder Público contratante que uma obra com preços compatíveis e sem qualidade. Não se está aqui a defender o superfaturamento de obra, mas, executada esta sem qualidade, o potencial de causar prejuízo ao erário é muito maior do que causaria o “simples” fato de ser superfaturada.

Defende-se a tese considerando que uma obra sem qualidade implica custos associados à correção de seus defeitos, contratações emergenciais de soluções paliativas, acidentes (e indenizações) envolvendo particulares, e, muitas vezes, uma nova execução de toda a obra.

Dessa forma, o gestor público que deixa de acompanhar o desempenho da obra que contratou e deixa de acionar o construtor pelas garantias a que este último está obrigado, perpetra ato de improbidade e é incurso nas penas previstas pela Lei nº 8.429/92. Assim, o administrador, ao deixar de responsabilizar o construtor, contribui para que o mesmo enriqueça ilícitamente e causa lesão ao erário com a sua omissão. Garantias relacionadas a

obras públicas não podem ser negligenciadas pela Administração, face aos princípios da economicidade, da legalidade e da probidade administrativa.

Outra grande preocupação que se deve ter ao se efetuar a auditoria de obras públicas reside na questão ambiental. Esta questão se torna cada vez mais presente nas discussões relativas ao desenvolvimento econômico, não apenas pelo princípio da qualidade de vida, consubstanciado nas ações relativas à preservação, proteção, conservação e restauração dos recursos naturais, mas também face aos reflexos incidentes de uma deficiente gestão ambiental do Estado.

A experiência demonstra que a forma tradicional de gerenciamento de obras públicas considera as preocupações ambientais como fatores que impedem ou dificultam a implementação do empreendimento. O gestor público tem dificuldades em compreender a realidade de que há um não tão recente paradigma de desenvolvimento, que exige uma série de mudanças na sua forma de pensar, agir e decidir.

Dentre as medidas que podem convencer o gestor público a pensar mais seriamente a respeito do tema ambiental, estão as auditorias especializadas sobre o meio ambiente, que o norteariam acerca das restrições e exigências ambientais a serem observadas por empreendimentos públicos impactantes.

A atuação dos Tribunais de Contas dificulta os abusos na Administração Pública pela chamada “expectativa do controle”, tendo as auditorias a função pedagógico-preventiva inibidora de irregularidades. Dessa forma, cada vez mais os órgãos públicos se veem forçados a utilizar corretamente os recursos públicos, condicionando-os às exigências ambientais presentes na legislação em vigor.

Particularmente, para obras públicas com repercussão ambiental, o exame da relação custo/benefício é essencial, pois, se as perdas ambientais são desconsideradas nessa relação, os resultados podem apontar para a viabilidade de um empreendimento ambientalmente inadequado. Se obras públicas forem mal conduzidas, estejam elas em fase de projeto, implementação ou operação, há enorme possibilidade de danos ao meio ambiente. E se os órgãos responsáveis pelo empreendimento não contemplarem ações ambientais ou se estas forem meramente formais, os danos podem ser mais

consideráveis ainda.

A auditoria de obras é uma das formas que as Cortes de Contas devem constantemente usar para zelar pelo patrimônio público, pois, por meio desta, pode-se verificar a malversação de recursos públicos que podem se dar, inclusive, pela prática de atos ilegais ou antieconômicos. Da mesma forma, a auditoria ambiental de obras públicas, realizada oportunamente, pode inibir o dano ao meio ambiente que determinada obra possa causar.

Portanto, a auditoria ambiental de obras públicas que se vislumbra é o conjunto de procedimentos de avaliação do tratamento dispensado ao meio ambiente quando do planejamento, implantação e operação de determinado empreendimento público. Essa atitude consiste em detectar atitudes contrárias à legislação ambiental em vigor, propondo medidas corretivas, e em examinar se os recursos estão sendo utilizados de forma a não causar riscos potencialmente negativos ao meio ambiente.

A insuficiência das ações fiscalizadoras dos órgãos ambientais e a falta de maior compromisso ambiental dos empreendedores reforçam a necessidade de haver um acompanhamento pelos Tribunais de Contas do desenrolar das etapas do procedimento para o licenciamento ambiental de obras públicas, sendo a auditoria neste campo um adequado instrumento para evidenciar as falhas e propor as correções a tempo de impedir que danos ao erário e ao meio ambiente se concretizem e possam se tornar, em certos casos, irreversíveis.

Considerações Finais

O controle da Administração Pública é uma atividade necessária, que precisa estar em constante transformação e aperfeiçoamento, visando a alcançar o seu desiderato, ou seja, ajudar a cuidar bem do patrimônio público.

Atualmente, a tendência de um controle mais atuante é positiva, em razão da capacitação dos servidores, da prática de uma gestão mais moderna, seguindo os passos da iniciativa privada, da transparência dos atos, da integração entre os órgãos de controle, do aumento da informação e de uma atitude voltada para a educação dos gestores públicos, da conscientização de técnicos, servidores, autoridades e do povo em geral, na busca por uma

sociedade mais isonômica.

Ainda há muito a fazer, pois a corrupção continua se alimentando da ganância de poucos, mas uma atuação conjunta e profícua da grande maioria certamente modificará este panorama e trará desenvolvimento e justiça às ações do Estado, que foi concebido pelo povo e para o povo, sendo este o sentido que rege a democracia e o interesse público em geral.

No que tange às obras públicas, o estudo aprofundado acerca dos meios para bem realizar o controle externo é assunto de extrema importância para os dias atuais. Embora não se tenha objetivado esgotar a matéria neste trabalho, não obstante os esforços empreendidos para bem delinear os aspectos pertinentes ao tema, buscou-se gerar uma reflexão na sociedade para entender a missão institucional dos órgãos de controle e elevar o cuidado que a coletividade deve ter para com o patrimônio público.

Por serem as obras públicas, em virtude dos altos valores inseridos nos contratos dos empreendimentos, alvo costumeiro de atuação maliciosa por parte de muitos gestores públicos, urge que os mecanismos de controle da Administração Pública, e não somente o controle externo, estejam bem preparados para absorver a demanda que se lhes apresenta, de modo a assegurar a boa e regular utilização dos recursos pertencentes à sociedade.

Outrossim, vale realçar e enaltecer toda tentativa que objetive realizar o exercício do controle externo de modo vigorante sobre as obras públicas, considerando também a técnica de qualidade empregada na execução destas e a sustentabilidade que deve decorrer de qualquer construção.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALTOUNIAN, Cláudio Sorian. **Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BONATTO, Hamilton. **Licitação e contratos de obras e serviços de enge-**

nharia. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CITADINI, Antônio Roque. **O controle externo da Administração Pública.** São Paulo: Max Limonad, 1995.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo:** teoria, legislação, jurisprudência e mais de 450 questões. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** Forense, 2009.

MOTTA, Cezar Augusto Pinto. O controle externo das obras públicas no Brasil – **Revista TCMRJ**, n. 44, maio 2010.

OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. **Obras públicas:** tirando suas dúvidas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PASCOAL, Valdecir. **Direito Financeiro e Controle Externo.** 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Obras públicas:** recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas. 2. ed. Brasília. 2009.

ZYMLER, Benjamin. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Lei de Diretrizes Orçamentárias – Excelente Oportunidade para Inibir o Mau Uso do Dinheiro Público

Flavio C. de Toledo Jr.

Assessor Técnico do Tribunal de Contas do
Estado de São Paulo

Resumo: Todo ano editada, a lei de diretrizes orçamentárias constitui momento privilegiado para criar-se regras que inibam o mau uso do dinheiro público; isso, além dos conteúdos que, por força da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal, devem perfilar-se naquele diploma. Aproveitando-se da celeridade própria das leis do ciclo orçamentário, pode o Executivo ou Legislativo propor, na LDO, regras para transparecer gastos sujeitos a desvios (propaganda, publicidade, precatórios judiciais, valores adiantados a servidores, representação); proibir despesas ilegítimas e antieconômicas (ex.: obras cujos preços superem indicadores de mercado; compra de automóveis de luxo; aquisição de empresas pertencentes a servidores) e, também, impedir que entidades da administração indireta sirvam como válvula de escape para vedações de último ano de mandato. Aliás, é bem isso o que faz, de há muito e com pleno êxito, o Governo da União, mostrando, de forma concreta, que a lei de diretrizes orçamentárias é a melhor norma própria de direito financeiro.

Palavras-chave: Norma própria de Direito Financeiro; Despesas Legais mas que não se coadunam com o interesse público; LDO do Governo Federal.

1. Apresentação

Inovação da Carta de 1988, a lei de diretrizes orçamentárias – LDO apresenta-se essencial na boa gestão do dinheiro público; tanto é verdade que não pode o Legislativo entrar no recesso de julho, caso não aprove aquela peça do ciclo orçamentário nacional (art. 57, § 2º da CF).

Faz a LDO a vital ligação entre o planejamento estratégico do plano plurianual – PPA e a programação operacional da lei orçamentária anual – LOA, daí evidenciando as metas de trabalho para o ano seguinte; do con-

trário, o gasto de expansão é tido não autorizado, irregular e lesivo ao patrimônio público (art.15 da Lei de Responsabilidade Fiscal).

Além disso e visando sempre o orçamento anual, sinaliza a LDO as políticas alusivas a tributos, gastos com pessoal e agências oficiais de fomento à economia¹.

Sobreditas finalidades estão ditas na Lei Maior; art. 165, § 2º e art. 169, § 1º, II.

Depois, veio a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelecer outros conteúdos para as diretrizes orçamentárias, fundamentais, diga-se de passagem, no combate ao déficit e à dívida pública; entre tantos sobressai a meta de resultado primário², número hoje tão indispensável quanto o da inflação ou do crescimento da economia (PIB).

O mencionado diploma fiscal também quer que a LDO, todo ano, regule 10 (dez) outros pontos decisivos de responsabilidade fiscal. Entre eles se destacam os que seguem:

Modo de conter o gasto frente à queda na receita esperada; é a limitação de empenho, antídoto contra a nociva superestimativa do orçamento, que gera o déficit financiado, irregularmente, por Restos a Pagar sem cobertura de caixa (art. 4º, I, “b” c.c. art. 9º).

O tamanho da provisão para absorver despesas imprevistas, a chamada reserva de contingência (art. 5º, III).

Critério para ajudar financeiramente instituições privadas de fins não lucrativos; as organizações não-governamentais – ONGs (art. 4º, I, f).

Autorização para o Município auxiliar no custeio de despesas próprias do Estado e da União (Ex.: gastos do Tiro de Guerra; art. 62, I).

Método para o Executivo estabelecer a programação financeira mensal, nela incluída os demais Poderes estatais (art. 8º, caput, LRF).

Além de prescrever as sobreditas exigências constitucionais e fiscais, a lei de diretrizes orçamentárias afigura-se como espaço ideal para o ente político dizer, todo ano, suas próprias normas financeiras, compatíveis, óbvio,

¹ Eis alguns exemplos de agências financeiras oficiais de fomento: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES; Banco do Brasil; Caixa Econômica Federal; Agência de Fomento do Paraná – AFPR; Agência de Fomento do Estado do Amazonas – AFEAM.

² Economia que faz a Administração para saldar os juros e o principal da dívida.

com as normas gerais da Constituição, Lei 4.320/64 e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não é demais recordar que se faculta ao Estado-membro legislar, con-
correntemente, sobre direito financeiro (art. 24, I da CF), sendo cabível ao
Município suplementar, no que couber, a legislação federal e estadual (art.
30, II da CF).

Ante o fato de o plano plurianual limitar-se à expectativa quadrienal
de projetos governamentais e à vista do orçamento anual constituir-se do-
cumento sintético, codificado, restrito a cifras de receita e despesa³, nesse
modelo constitucional, a lei de diretrizes orçamentárias é peça bem mais
detalhada, analítica, descritiva, motivada e, por isso, acessível ao entendi-
mento do leigo, vindo isso a possibilitar envolvimento por parte do cidadão
e do parlamentar.

É por isso que a feitura da LDO é o melhor momento para a participa-
ção dos segmentos organizados da população⁴.

Além disso, todo ano, é editada uma nova lei de diretrizes, o que faci-
lita ajustes em face do diploma anterior. Em sentido diferente, a revogação
de uma lei comum, não-orçamentária, requer processo bem mais compli-
cado e moroso. Disso faz prova a LDO-2011 do Estado de São Paulo ao
determinar que 9,57% do ICMS financiem as 3 (três) universidades estaduais
(USP, UNICAMP e UNESP); se excessivo ou insuficiente o percentual, bem
mais fácil uma nova indicação na próxima LDO do que iniciar projeto de lei
despojado da celeridade própria das leis do ciclo orçamentário.

A propósito, a LDO da União exemplifica, à farta, que tal instrumento
é excelente oportunidade para inibir desvios e desperdícios com o dinheiro
recolhido da sociedade.

De fato, aquela LDO não se limita aos teores constitucionais e fiscais;
de igual modo, ordena saudáveis normas próprias de direito financeiro; eis

³ Em face do princípio orçamentário da exclusividade; art. 165, § 8º da Constituição, com somente duas
exceções: margem para créditos suplementares e operações de antecipação de receita – ARO.

⁴ Não é demais recordar que, sob a Lei de Responsabilidade Fiscal, os três planos orçamentários (PPA,
LDO, LOA) haverão ser debatidos, em audiência pública, com a sociedade; sem isso, o art. 44 do Estatuto
da Cidade impede a aprovação legislativa da Câmara dos Vereadores.

os preceitos para transparecer gastos sujeitos a desvios (*propaganda, publicidade, precatórios judiciais, valores adiantados a servidores, representação*); da proibição de fazer certas despesas (ex.: *compra de automóveis de luxo; festas de confraternização de servidores*); da maneira de o Tribunal de Contas da União fiscalizar obras públicas; dos critérios para o Executivo solicitar créditos adicionais por tendência de excesso de arrecadação.

Ressalte-se ainda que, na União, a LDO vem suprimindo, de forma bem satisfatória, a não-edição da lei que, a teor constitucional⁵, substituirá a de número 4.320/64.

Não bastasse isso, a LDO federal interpreta artigos controversos da Lei de Responsabilidade Fiscal, orientando, de forma objetiva, os órgãos e entidades que se perfilam naquele governo, sem embargo de subsidiar a doutrina e a jurisprudência, tendo em vista a boa qualidade dos orçamentistas que, de há muito, ocupam postos efetivos em Brasília.

No caso mais recente, a LDO federal para 2012, com seus 132 artigos, oferece várias razões para afirmar que, nos demais níveis de governo, tal instrumento pode vir a ser a melhor norma própria de direito financeiro.

De outro lado, tem-se visto que, no mais das vezes, produzem Estados e Municípios LDOs vagas, genéricas, pouco detalhadas, apresentando, todo ano, o mesmo texto.

Feitas essas considerações, o objetivo deste trabalho é propor determinados conteúdos para a lei de diretrizes orçamentárias de Estados e Municípios, os quais, em nome da boa gestão do dinheiro público, poderiam inibir desvios, desperdícios, sobreposições, abusos e fraudes.

Assim se fará adaptando passagens da LDO federal para 2012⁶ à realidade dos outros entes estatais, sobretudo dos Municípios.

Este artigo, também comentará a interpretação que confere a LDO da União ao artigo mais polêmico da LRF: o de número 42.

2. Metas e Prioridades

Somente neste caso, mostrou-se bem pobre a LDO da União; restrin-

⁵ Art. 165, § 9º da CF.

⁶ Lei federal nº 12.465, de 12 de agosto de 2011.

giu-se a priorizar, em 2012, um superávit primário de R\$ 139,8 bilhões.

De outro lado e tal qual antes se consignava nas LDOs federais, poderia noticiar-se, de forma clara, que o Estado ou o Município vai priorizar a melhoria do ensino público, por meio de intenso aperfeiçoamento dos professores ou, talvez, a geração de emprego e a garantia de maior segurança pública, ou, ainda, a melhoria dos serviços de saúde, de modo que, em 5 (cinco) anos, a mortalidade infantil caia 20%.

Necessário esse destaque, posto que, em grande parte das vezes, falta capacidade financeira para o governo desenvolver todos os projetos elencados no anexo de metas e prioridades.

Assim saberá o contribuinte, de antemão, em que setor o dinheiro público será aplicado com mais vigor, fato que prestigia, e muito, o hoje fundamental princípio da transparência.

3. Exclusivas Categorias de Programação

Sujeitos à restrição legal ou mais vulneráveis a desvios, certos gastos deveriam comparecer, no orçamento, em exclusivas categorias de programação, evitando confundirem-se em rubricas genéricas, inespecíficas, abrangentes, a impedir qualquer controle, seja o social ou o executado pelos Tribunais de Contas.

A modo de exemplificar, o elemento *“Outros Serviços de Terceiros”* abriga diversificados tipos de despesa, tais como *fretes e carretos; locação de imóveis; locação de equipamentos; seguros em geral; serviços de asseio e limpeza; serviços de divulgação; impressão; despesas com congressos; vale-transporte; vale-refeição; auxílio-creche; software*⁷.

Nesse diapasão, as LDOs de Estados e Municípios poderiam determinar categorias especiais, para identificar, de modo cabal, os seguintes gastos:

1. Publicidade Institucional⁸

⁷ Conforme Portaria STN/SOF nº 163, de 4 de outubro de 2001.

⁸ Segundo o art. 12 da LDO do Estado de São Paulo para 2011, “as despesas com publicidade deverão ser destacadas em atividade específica na estrutura programática, sob denominação que permita a sua clara identificação”.

2. Propaganda dos Feitos Governamentais.
3. Despesas com Previdência Complementar.
4. Obras Iniciadas em Orçamentos Pretéritos.
5. Novas Obras.
6. Obras Decorrentes do Orçamento Participativo.
7. Pagamento de Precatórios Judiciais e Concessão de Subvenções e Auxílios a ONGs; isso, na hipótese de, sob a classificação econômica, o gasto vir detalhado somente até a modalidade de aplicação, não descendo até o elemento de despesa⁹.
8. Adiantamentos para despesas de pronto pagamento.
9. Adiantamento para viagens.
10. Gastos de representação.

Vital a individualização dos gastos de publicidade e propaganda; assegura que sejam facilmente visualizados em orçamentos e balanços, nisso considerando que a Lei Eleitoral restringe propaganda e publicidade frente ao gasto do ano anterior ou dos 3 (três) últimos exercícios; o que for menor (art. 73, IV). Sem essa especificação programática, fica impossível o monitoramento, visto que, como já se viu, o item *Serviços de Terceiros* recepciona várias espécies desse objeto de despesa.

Quanto a item próprio para valores adiantados a servidores¹⁰, notória a necessidade de mais subsídios para o controle desse regime de despesa, considerando os riscos como: a) falta de segregação de funções: o que compra é o mesmo que paga; b) dificuldade de o controle interno impugnar gastos feitos por agentes políticos; b) falta de pesquisa prévia de preços; c) falta de liquidação formal do gasto; e) falta de adequada regulamentação local.

Relativamente às categorias exclusivas para obras iniciadas em pretéritos orçamentos e, também, para as novas obras, não se deve esquecer que, conforme o art. 45 da LRF, a lei orçamentária só incluirá novos projetos após

⁹ Esse menor detalhamento provém da Portaria SOF/STN nº 163, de 2001; em sentido diferente, o art. 15 da Lei nº 4.320, de 1964, preceitua que a decomposição seja maior, indo ante o elemento de despesa.

¹⁰ Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação.

adequadamente atendidos os que estão em andamento; nesse rumo, inibe-se a tão indesejada paralisação de obras públicas.

Quanto às obras oriundas do orçamento participativo, a apartação confere eficácia ao art. 48, parágrafo único, da LRF, fortalecendo o controle social, cujos envolvidos poderão melhor acompanhar as ações por eles sugeridas.

4. As Despesas Proibidas

Diante da generalidade do orçamento público, pode o dirigente contar com dotação que também possibilita gasto sem qualquer interesse público, o que contraria o princípio da legitimidade da despesa governamental¹¹.

Se o Prefeito compra uma Ferrari nova, assim o faz com autorização legal, expressa em dotação relacionada ao abrangente elemento *“Equipamentos e Material Permanente”*. Aqui, acontece o que usualmente se diz: *“é legal, mas não moral”*.

E, convenhamos, não há meios de se abrir, na peça orçamentária, tantos subelementos de despesa quantos forem os tipos de utilidade ofertados pela economia; agrava isso o fato de a Secretaria do Tesouro Nacional entender que, no orçamento, a decomposição do gasto não vai sequer até o elemento de despesa, parando no muito mais agregado grupo de natureza.

Nessa trilha, Estados e Municípios deveriam vedar, em sua melhor norma de direito financeiro, certas despesas. Talvez, o Governador ou o Prefeito assim não desejem, mas o Senador, Deputado ou Vereador poderia emendar o orçamento, complicando, por razões óbvias, o subsequente veto do Executivo.

De outro lado e também à vista da opinião pública, o legislador terá enorme dificuldade de derrubar norma que proíbe a Casa de Leis homenagear, à custa do erário, cidadãos ilustres.

Em livro do qual fui co-autor, sustentamos que *“mesmo em situação de equilíbrio das contas públicas, os gastos perdulários, publicamente desnaturados, repercutem mal junto à comunidade e, tendo em mira que o ci-*

¹¹ Art. 70 da Constituição

dadão, no mais das vezes, não interpreta balanços e resultados financeiros, tais despesas geram negativo efeito moral sobre o contribuinte que, de ante-mão, não vislumbra boa utilização dos tributos por ele pagos, estimulando, depois, a elisão e a sonegação fiscais”¹².

À guisa de ilustrar, segue rol de despesas que poderiam estar proibidas pela lei de diretrizes orçamentárias.

- Novas obras, desde que bancadas pela paralisação das antigas.
- Clubes e associações de agentes públicos, ou quaisquer outras entidades congêneres.
- Aquisição de automóveis de luxo para representação.
- Pagamento, a qualquer título, a empresas privadas que tenham em seu quadro societário servidor público da ativa.
- Homenagem a cidadãos ilustres.
- Confecção de mensagens de cumprimento.
- Pagamento de anuidade de servidores em conselhos profissionais como OAB, CREA, CRC, entre outros.
- Despesas incompatíveis com a atividade legislativa (*exemplo: subvencionar entidades do 3º setor, auxiliar pessoas carentes, custear apresentações artísticas, publicar mensagens comemorativas em jornais, entre outros gastos próprios do outro Poder municipal: o Executivo*).
- Pagamento de sessões extraordinárias para Deputados Estaduais e Vereadores¹³.
- Distribuição de agendas, chaveiros, buquês de flores, cartões e cestas de Natal entre outros brindes.
- Festas de confraternização dos funcionários públicos.
- Assinatura de TV a cabo e revistas que não veiculam temas ligados à Administração Pública.
- Obras cujo custo global supere à mediana de seus correspondentes no *Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil* -

¹² In “A Lei 4.320 no Contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal”, Ed. NDJ, São Paulo, 2005, em co-autoria com Sérgio Ciquera Rossi.

¹³ Entende o Supremo Tribunal Federal que a proibição de indenizar sessões extraordinárias não se limita ao Congresso Nacional; alcança os demais entes estatais; eis o que diz o Excelso Pretório. **ADI 4509 MC/PA, rel. Min. Cármen Lúcia, 7.4.2011. (ADI-4509)**

SINAPI, mantido e divulgado, na **internet**, pela Caixa Econômica Federal e pelo IBGE.

5. Transferências para Organizações Não-Governamentais - ONGs

A experiência tem-nos mostrado que as leis de diretrizes orçamentárias não cumprem, a rigor, o art. 4º, I, “f” da Lei de Responsabilidade Fiscal:

“Art. 4º - A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2º do art. 165 da Constituição e:

I – disporá também sobre:

f) demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas”.

É porque se apresentam critérios vagos, genéricos, difusos, para Estados e Município subvencionarem asilos, creches, orfanatos, APAEs, organizações sociais, entre outras entidades sem fins lucrativos.

De outro lado, tem sido pródiga a imprensa em noticiar vários e muitos desvios perpetrados por sobreditas entidades. É o caso de instituições que gastam, em demasia, com atividades-meio ou cujos dirigentes percebem elevados salários; é também a situação de a entidade beneficiária servir como meio de o agente político contratar seus apaniguados.

Ao finalizar auditoria específica, verificou o Tribunal de Contas da União irregularidades em nada menos que 54% dos repasses feitos às organizações não-governamentais. Nesse passo, o relatório do TCU assim consigna: *“O que está ocorrendo é uma verdadeira terceirização da execução de políticas públicas para organizações da sociedade civil, daí descambando para toda sorte de ilícitos administrativos, tais como a burla da exigência do concurso público e de licitações, o uso político-eleitoral dos recursos transferidos, o desvio de recursos para enriquecimento ilícito, entre muitos outros... Em geral, os objetos dos convênios não são definidos com precisão, as metas são vagas e as irregularidades incluem ainda superfaturamento de preços e notas fiscais frias”* (in: *“Folha de São Paulo”*, 12/11/2006, pg.A4).

Nessa trilha e tal qual bem o faz o Governo Federal, poderiam os Es-

tados e Municípios estabelecer, em suas diretrizes orçamentárias, que, nos termos do art. 16 da Lei 4.320/64, serão contempladas entidades voltadas à cultura, assistência social, saúde e educação, desde que preenchidos os seguintes requisitos:

- Atendimento direto ao público, de forma gratuita;
- Manifestação prévia e expressa do setor técnico e da assessoria jurídica da entidade concedente, após visita ao local de atendimento.
- Certificação do respectivo Conselho Municipal ou Estadual.
- Aplicação na atividade-fim de, ao menos, 80% da receita.
- Compromisso de a entidade franquear, na internet, demonstrativo atualizado de uso do recurso público.
- Prestação de contas dos dinheiros anteriormente recebidos, devidamente avalizada pelo controle interno e externo.
- Declaração de funcionamento regular, emitida por duas autoridades locais sob as penas da lei.
- Vedação de recebimento por parte de entidade cujos dirigentes sejam também agentes políticos do ente estatal concedente.

Quanto ao tema em comento, assim orientou Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

COMUNICADO SDG nº. 14, de 2010

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo alerta que, em face do atual processo de elaboração da lei de diretrizes orçamentárias – LDO, devem os jurisdicionados atentar para o que segue:

1. A lei de diretrizes orçamentárias há de estabelecer critérios para repasse financeiro a entidades do terceiro setor, podendo ainda explicitar, em anexo próprio, o nome desses beneficiários. É o que se vê no art. 4º, I, “f” c.c. art. 26, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal.
2. Em vista do fundamental princípio da transparência fiscal, aquelas condições não podem apresentar-se genéricas.

3. Assim, há de haver certo detalhamento que iniba a má utilização do dinheiro público. Cabem, assim, critérios que ora se exemplificam: a) certificação da entidade junto ao respectivo conselho municipal; b) o beneficiário deve aplicar, nas atividades-fim, ao menos 80% de sua receita total; c) manifestação prévia e expressa do setor técnico e da assessoria jurídica do governo concedente; d) declaração de funcionamento regular, emitida por duas autoridades de outro nível de governo; e) vedação para entidades cujos dirigentes sejam também agentes políticos do governo concedente.

SDG, 20 de abril de 2010
SÉRGIO CIQUERA ROSSI
SECRETÁRIO DIRETOR GERAL

6. Normas Específicas para Autarquias, Fundações e Estatais Dependentes

No intuito de garantir equilíbrio orçamentário, freia a LRF as despesas de pessoal, a dívida de longo prazo (consolidada), os restos a pagar de último ano de mandato, as operações de crédito e a concessão de garantias.

Os limites do Poder Executivo também atingem as entidades da Administração indireta, ou seja, não há barreiras específicas para autarquias, fundações ou estatais dependentes.

Nesse rumo, pode certa autarquia gastar, com pessoal, 98% de sua receita, desde que, no consolidado de todo o Poder Executivo, o percentual esteja abaixo do freio fiscal de 54% (Município) ou 49% (Estado), incidentes ambos sobre a receita corrente líquida.

Verificados excessos por parte das entidades descentralizadas, deve a Administração direta propor, na lei de diretrizes orçamentárias, limites especiais ao dispêndio laboral de autarquias, fundações e estatais dependentes.

E, para evitar que a Administração indireta seja utilizada para o ente central esquivar-se das barreiras fiscais de último ano de mandato, deve também a LDO determinar que as entidades descentralizadas não possam assumir, nos últimos 8 (oito) meses do mandato do Chefe do Executivo, despesas

sem lastro financeiro (art. 42 da LRF); de igual forma, deve-se ordenar que, nos derradeiros 180 dias daquela gestão, não aconteça crescimento da despesa com recursos humanos (art. 21, parágrafo único da LRF).

7. A Interpretação da LDO Federal quanto ao art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Já foi dito que a LDO da União também interpreta artigos polêmicos da Lei de Responsabilidade Fiscal, orientando órgãos e entidades federais, sem embargo de subsidiar a doutrina e a jurisprudência, tendo em vista a excelente qualidade dos orçamentistas que, de há muito, ocupam postos efetivos em Brasília.

O artigo 42 da LRF é ainda o mais polêmico da LRF; eis o que ele quer:

“Art. 42- É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa, serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício”.

Em suma, impede tal dispositivo que, nos últimos oito meses do mandato, realize o gestor obrigação de despesa sem a correspondente disponibilidade de caixa.

Na atual controvérsia, certa corrente defende que o art. 42 jamais alcança as despesas preexistentes, ou seja, as nascidas antes dos dois últimos quadrimestres do mandato. Assim, o cômputo consideraria apenas os novos gastos, isto é, os criados nos dois últimos quadrimestres do mandato.

Pois bem, assim determina o art. 102 da LDO da União para 2012

“Art. 102. Para efeito do disposto no art. 42 da LRF, considera-se contraída a obrigação no momento da formalização do contrato administrativo ou instrumento congênere.

Parágrafo único. **No caso de despesas relativas à prestação de serviços já existentes e destinados à manutenção da Administração Pública**, consideram-se compromissadas apenas **as prestações cujos pagamentos devam ser realizados no exercício financeiro**, observado o cronograma pactuado”. (grifamos).

Quanto ao caput, há de se lembrar que, a modo do art. 62 da Lei nº 8.666/93, o empenho equivale ao termo de contrato; é, pois, o “instrumento congênere” aludido naquele art. 102.

Relativamente ao parágrafo único, claro está que, sob o art. 42 da LRF, deve haver suporte monetário para os gastos preexistentes (*folha salarial, encargos, serviços contínuos*), desde que tenham sido eles regularmente liquidados, habilitando-os, assim, ao pagamento.

Daí se infere que, para a LDO federal, há de haver disponibilidade financeira para as despesas empenhadas e liquidadas entre maio e dezembro do último ano de mandato, ***sejam elas novas ou antigas***.

Se assim não fosse, os gestores irresponsáveis reservariam numerário para as novas despesas, aquelas contraídas entre maio e dezembro do último ano, deixando descobertas as geradas em época pretérita, às quais, tal qual sabido e consabido, têm muito maior vulto, posto que se relacionam, no mais das vezes, à operação e manutenção da máquina pública.

Mora da Administração Pública em Contratos Administrativos: Previsão Contratual, Correção Monetária e Juros de Mora.

Bruno Santos Cunha

Procurador do Município do Recife.
Mestrando em Direito Administrativo pela Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo (USP).
Ex-professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
Advogado e Professor Universitário.

Thiago Mesquita Teles de Carvalho

Procurador do Município do Recife e Advogado.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Resumo: O presente artigo pretende analisar as decorrências e peculiaridades da mora da Administração Pública no efetivo cumprimento de sua contraprestação em contratos administrativos. Para tal, a abordagem realizada abrange a discussão acerca da necessidade de expressa previsão editalícia e/ou contratual para a incidência de encargos moratórios e, bem assim, a questão dos índices de correção monetária e de juros aplicáveis nos casos de mora administrativa.

1. Introdução

A natureza sinalagmática dos contratos administrativos é tema contemplado de forma expressa pela Lei n. 8.666/93, na medida em que, em seu art. 2º, parágrafo único, os define como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

Neste quadro, válida é a noção trazida por Edmir Netto de Araújo, que, após discorrer sobre as controvertidas possibilidades de qualificação do contrato administrativo existentes na doutrina – a partir de distintos elementos da relação contratual –, formula conceito geral no seguinte sentido

(a abarcar a necessária questão do sinalagma¹):

Contrato administrativo é o acordo de vontades opostas, realizado '*intuitu personae*', consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste².

De todo modo – e vista a bilateralidade inerente à noção de contrato administrativo –, o que há de se discutir, por ora, são suas decorrências, sobretudo a partir do descumprimento da prestação imposta ao sujeito administrativo que participa do ajuste. Este, pois, o escopo do presente trabalho.

2. Disciplina Legal da Mora Contratual Administrativa

Ao dispor acerca dos elementos que obrigatoriamente devem ser disciplinados pelo edital da licitação tendente à contratação administrativa, o art. 40 da Lei n. 8.666/93 traz uma série de previsões sobre a temática do pagamento. Em específico, o art. 40, XIV, d, estabelece o que segue:

Lei n. 8.666/93 – Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

XIV - condições de pagamento, prevendo:

¹ Em apertada síntese, pode-se dizer que o sinalagma representa o vínculo de reciprocidade que une as obrigações que, nos contratos bilaterais, nascem para ambas as partes.

² ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 672.

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

Segundo o dispositivo acima transcrito, portanto, é o edital a sede adequada para que seja disciplinado o regime de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos nos pagamentos devidos, inclusive quando o inadimplemento for oriundo da pessoa administrativa envolvida no ajuste.

De fato – e a partir da já referida noção de sinalagma anteriormente exposta –, a incidência do regime jurídico de direito administrativo em tal sorte de ajustes não retira dos mesmos a reciprocidade de tratamento entre particular e Administração no tocante à mora. Em outras palavras, é de ver-se que a mora de quaisquer das partes recebe tratamento jurídico que, embora não idêntico, bem reflete a noção de contrato administrativo, na qual os princípios publicísticos exigem tutela diferenciada em prol do ente administrativo.

No mesmo sentido – e interpretando a norma ora em debate (art. 40, XIV, d, da Lei n. 8.666/93) –, Marçal Justen Filho leciona que:

O ato convocatório deve disciplinar as condições de adimplemento e consequências de inexecução, tanto no tocante ao particular como à própria Administração. É um desvio de óptica, incompatível com o Estado Democrático de Direito, omitir disciplina da conduta estatal.³

Verifica-se, assim, que o edital deve prever os encargos devidos em caso de mora; a inexistência de previsão expressa, no entanto, não exime a Administração dos referidos encargos, sob pena de admitir benefício decorrente da própria torpeza administrativa. Nesta linha, continua o já citado Marçal Justen Filho ao enunciar que “não é cabível que o Estado pretenda, através da omissão de regras sobre consequências de inadimplemento, as-

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 535.

segurar a si próprio regime excludente de sanções em caso de infração ao Direito”⁴.

3. A Expressão Jurisprudencial: Correção Monetária e Juros de Mora.

Em linhas gerais – e a partir do que até aqui exposto –, a jurisprudência instaura debate importante sobre a matéria ao abordar a necessidade de que haja disposição expressa nos editais e contratos que, a teor do art. 40, XIV, d, da Lei n. 8.666/93, regulamente os encargos moratórios.

Assim, o que se vê é que a correção monetária e os juros moratórios são consectários naturais do inadimplemento – notadamente no caso de obrigação líquida e com termo certo –, ainda que inexistente previsão expressa.

Nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça bem elucida a temática:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS DE INFORMÁTICA. ATRASO DO ESTADO NO PAGAMENTO. RECOMPOSIÇÃO POR PREJUÍZOS CAUSADOS. JUROS DE MERCADO. ACÓRDÃO QUE DIRIMIU A QUESTÃO LASTREADO NO ACERVO PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. TERMO A QUO DOS JUROS DE MORA E DA CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA A PARTIR DA EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO, APÓS A RETIFICAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS. VERBA HONORÁRIA ADVOCATÍCIA. PRETENSÃO DE MAJORAR VALOR. SÚMULA 7/STJ.

1. Tratam os autos de ação declaratória ajuizada por Microsens Informática Ltda. contra o Estado de Minas Gerais pleiteando o recebimento dos prejuízos decorrentes do atraso na quitação de fatura relativa ao serviço contratado, referente à entrega de produtos de informática para a Secretaria de Segurança Pública, tais como: correção

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 535.

monetária, juros de mercado e juros de mora. Sentença julgou parcialmente procedente o pedido para declarar o direito da autora à percepção de correção monetária, desde o vencimento da dívida, considerando-se o tempo gasto para retificação das notas fiscais, e juros de mora de 1% a.m., contados da citação válida. Condenou as partes ao pagamento das custas e fixou os honorários sucumbenciais em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, na proporção de 10% (dez por cento) para a autora e 90% (noventa por cento) para o réu. Apelações foram interpostas pelas partes; o TJMG reformou parcialmente a sentença para alterar o percentual dos juros de mora para 0,5% (meio por cento) ao mês desde a data da citação válida. Estabeleceu como termo a quo da atualização monetária a data da apresentação das notas fiscais retificadas. Fixou os honorários advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), devendo as partes arcarem com as despesas processuais e honorários na proporção de 30% para a empresa e 70% para o Estado. Foram opostos embargos aclaratórios pela autora, que foram parcialmente acolhidos para reconhecer a incidência dos juros de mora à razão de 1% (um por cento) ao mês a partir da vigência do novo Código Civil. Recurso especial da empresa autora apontando violação dos arts. 956 e 960 do CC/1916; e 20, §§ 3º e 4º do CPC; além de dissídio jurisprudencial.

Defende, em suma, que: a) jamais sustentou que os empréstimos foram contraídos em consequência do inadimplemento do recorrido; que o descumprimento contratual impediu-lhe de quitar os débitos derivados do contrato de empréstimo bancário, previamente firmado junto à instituição financeira para assegurar capital de giro, ou seja, teve de suportar encargos financeiros adicionais em razão da necessidade de renegociar a dívida e estender o período para o seu pagamento; b) o termo inicial de incidência de juros moratórios deveria recair na data em que o contrato tornou exigível a obrigação; c) a correção monetária deveria ser calculada a partir da primeira emissão das notas fiscais; d) a verba honorária foi fixada em valor

irrisório (quatro mil reais), resultando ofensa flagrante ao art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Recurso extraordinário foi interposto e não-admitido.

Não houve apresentação de agravo de instrumento ao STF.

2. Juros de Mercado: o exame do aresto recorrido revela que a conclusão firmada lastreou-se na análise do acervo fático-probatório dos autos. Consignou-se claramente que não se reconhecia o direito aos juros de mercado porque não foi comprovado de forma inequívoca que os empréstimos bancários foram contraídos em virtude do inadimplemento da Administração. Além disso, pautou-se o julgado no exame da prova pericial depositada, transcrevendo resposta do perito à pergunta formulada pela autora. Incidência da Súmula 7/STJ.

Não-conhecimento do recurso.

3. Juros de Mora: a jurisprudência desta Corte está assentada na linha de que os juros de mora incidem a partir do momento em que, segundo **previsto no contrato, o pagamento deveria ter ocorrido. O caso concreto, porém**, revela uma exceção. Conforme asseverado pelas instâncias ordinárias, as notas fiscais apresentadas pela ora recorrente continham erros, como o valor da alíquota de ICMS. Dessa forma, considera-se absolutamente razoável o entendimento de que somente após a retificação dos documentos fiscais, com a apresentação dos valores inequivocamente corretos, é que se pode considerar como exigível o pagamento por parte do Estado, tendo incidência, então, os juros moratórios. Reforma do acórdão recorrido que fixou como termo a quo a data da citação válida.

4. Correção Monetária: nos termos da Súmula 43/STJ, incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo. O pensamento, por conseguinte, aplicado no item anterior ao cômputo dos juros de mora, deve ser estendido ao dia inicial da atualização

monetária: a data em que foram apresentadas as notas fiscais retificadas. Manutenção do aresto vergastado.

5. Verba Honorária: os honorários foram arbitrados com fundamento no § 4º do art. 20 do CPC considerados o trabalho desenvolvido, o tempo gasto e a média complexidade da matéria. Desse modo, esbarra na Súmula 7 deste STJ a pretensão de majorá-los, tendo em vista a necessidade de se analisar os requisitos previstos nas alíneas do § 3º do artigo 20 do CPC, referenciada pelo § 4º, cujo exame não se compatibiliza com a via especial por ter que considerar as circunstâncias fáticas do caso concreto.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido para alterar o termo a quo da incidência dos juros de mora. (STJ – REsp n. 909.800/MG – Relator Ministro José Delgado – Primeira Turma – Julgado em 12/6/2007 – Publicação em 29/6/2007)

Em adição, eis outros precedentes análogos:

[...] Todavia, o recurso quanto ao dissídio jurisprudencial (alínea “c”) tem melhor sorte, pois o termo inicial da correção monetária, nos contratos administrativos, deve dar-se nos moldes previstos no art. 55, III, da Lei 8.666/1993, ou seja, entre a data do adimplemento das obrigações – tanto da contratada (medição) como da contratante (vencimento de prazo sem pagamento) – e a data do efetivo pagamento.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que é cabível a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, mesmo não havendo previsão contratual a esse respeito. Precedente. (STJ – REsp n. 1.148.397/SP – Relator Ministro Castro Meira – Segunda Turma – Julgado em 24/11/2009 – Publicação em 2/12/2009)

Esta Corte tem pacífico entendimento no sentido de ser devida a correção monetária em razão do pagamento de

parcelas em atraso pela Administração, independente de expressa previsão contratual nesse sentido. (STJ – REsp n. 1.178.903/DF – Relatora Ministra Eliana Calmon – Segunda Turma – Julgado em 20/4/2010 – Publicação em 3/5/2010)

Ante os acórdãos ora apresentados, verifica-se que a correção monetária consiste em mero instrumento para minorar o prejuízo da parte atingida pela mora (in casu, o particular), visto tratar-se de mera atualização do valor da moeda, não constituindo um acréscimo, mas mera manutenção do valor monetário⁵.

Por sua vez, os juros moratórios incidem por expressa disposição legal, independentemente de previsão expressa ou não, a teor do que dispõe o art. 406 do Código Civil:

Código Civil - Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

É que, em casos tais, há de prevalecer a expressa previsão da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que determina que as disposições de direito privado são supletivamente aplicáveis aos referidos contratos (vide art. 54 da Lei n. 8.666/93)⁶.

4. O Caso da Multa Moratória

É grande a discussão acerca do cabimento ou não de multa moratória – espécie de cláusula penal – pelo inadimplemento parcial da Administra-

⁵ Informativo STJ n. 418: “A correção monetária plena, por seu turno, é mecanismo mediante o qual se empreende a recomposição da efetiva desvalorização da moeda com o escopo de preservar o poder aquisitivo original, sendo certo que independe de pedido expresso da parte interessada, não constituindo um *plus* que se incorpora ao crédito, mas um *minus* que se evita” (REsp 1.143.677-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/12/2009).

⁶ Lei n. 8.666/93 – Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

ção. No entanto, ainda que se entenda cabível tal penalidade, é imprescindível que se esclareça, de logo, a necessidade de que a mesma esteja expressamente prevista, conforme se depreende dos arts. 408 e seguintes do Código Civil.

Nesse ponto, traz-se à colação, novamente, a lição de Marçal Justen Filho, indicando a alternatividade entre correção monetária (acrescida de juros de mora) e a multa nos casos em que a mesma seja prevista em desfavor da Administração:

Nada impede, porém, que se preveja multa compensatória do atraso. Em tal hipótese, estará caracterizada cláusula penal, destinada a estimar antecipadamente as perdas e danos. A aplicação da multa, se e quando prevista, exclui o cabimento da correção monetária.

Outra é a questão de avaliar o cabimento da multa contra a Administração Pública. Reputando-se inviável tal solução, será inevitável a incidência da correção monetária (acrescida de juros moratórios) como instrumento de indenização⁷.

De fato, vale dizer que, em casos tais, a temática referente à aplicação da multa de mora em desfavor da Administração é questão bastante controvertida, o que ensejaria análise pormenorizada e desbordaria os limites do presente trabalho⁸.

5. Índices Aplicáveis de Correção Monetária e Juros de Mora.

A definição do índice ou percentual aplicável a título de correção mo-

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 535.

⁸ Nesse ponto, o Tribunal de Contas da União consolidou entendimento que, como regra, seria impossível a previsão da multa de mora para a Administração. Sobre o tema, veja-se: TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 249-250. Em adição, vale a remissão aos comentários acerca da Súmula n. 226 do Tribunal de Contas da União, vide: CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do Tribunal de Contas da União*: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 293-295. (no prelo)

netária e juros de mora é tema que gera intensa divergência na jurisprudência, havendo entendimentos pela aplicação do art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97, e, outros, pela incidência do art. 406, do CC/2002, ora combinado com art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional, ora combinado com o art. 13, da Lei n. 9.065/95 (SELIC – taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia).

Entende-se, com a vênua das posições em contrário, que não é possível aplicar ao caso o art. 1º-F, da Lei n. 9.494/97⁹, visto que este trata especificamente dos encargos incidentes sobre as condenações impostas à Fazenda Pública. Portanto, não havendo ajuizamento da cobrança e condenação, não há que se aplicar o citado dispositivo¹⁰.

Assim, a nosso sentir, deve ser aplicado o art. 406 do CC/2002 aos casos de mora administrativa. É que tal dispositivo determina que, quando os juros moratórios não forem convencionados, os mesmos serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Nesta seara, tem-se que, desde o ano de 1995 (Lei n. 9.065/95), a taxa aplicável à mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é equivalente à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, não sendo aplicável o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL. JUROS MORATÓRIOS. TAXA LEGAL. CÓDIGO CIVIL, ART. 406. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

1. Segundo dispõe o art. 406 do Código Civil, “Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou

⁹ Lei n. 9.494/97 – Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

¹⁰ O Superior Tribunal de Justiça, em dois precedentes, não aplicou a Lei n. 9.494/97 à mora administrativa no adimplemento de obrigações decorrentes de contrato administrativo. Nesse sentido, veja-se: a) STJ – AgRg no REsp n. 1.166.267/SP – Relator Ministro Castro Meira – Segunda Turma – Julgado em 8/6/2010 – Publicação em 18/6/2010; b) STJ – REsp n. 1.223.045/RS – Relator Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – Julgado em 15/3/2011 – Publicação em 22/3/2011.

o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”.

2. Assim, atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02). (STJ – EREsp n. 727.842/SP – Relator Ministro Teori Albino Zavascki – Corte Especial – Julgado em 8/9/2008 – Publicação em 20/11/2008)

Cumprir registrar, ainda, que a taxa referencial do SELIC compreende tanto a correção monetária quanto os juros moratórios. Na esteira jurisprudencial, eis tal previsão:

NÃO CUMULAÇÃO DA TAXA SELIC: Considerando que a taxa SELIC, em sua essência, já compreende juros de mora e atualização monetária, a partir de sua incidência não há cumulação desse índice com juros de mora. Não aplicação de juros moratórios na hipótese dos autos, em atenção ao princípio da non reformatio in pejus. (STJ – AgRg no REsp n. 895.444/SC – Relator Ministro Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – Julgado em 16/8/2011 – Publicação em 24/8/2011)

A taxa referencial do SELIC, pois, engloba todos os encargos incidentes ao caso – correção e juros moratórios. Logo, deve a mesma ser aplicada isoladamente para fazer face aos encargos devidos pela Administração em razão de sua mora no adimplemento subjacente a contrato administrativo.

Frise-se, por derradeiro, que a incidência da referida taxa deve ocorrer a partir do dia útil seguinte ao fim do prazo de que a Administração dispunha para adimplir sua prestação. Esse prazo deverá ser aquele estipulado no edital ou no contrato, limitado ao máximo de trinta dias, contados a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela (art. 40, XIV, a,

Lei n. 8.666/93).

É importante registrar, outrossim, que somente será cabível o pagamento dos encargos em comento no caso de mora imputável à Administração (art. 396 do Código Civil)¹¹. Caso o atraso no pagamento tenha sido causado pelo contratado, à Administração não será imposto o pagamento de nenhum encargo. Nesta hipótese, aliás, a mora – com suas consequências – será imputada ao contratado. Assim, previamente ao pagamento de quaisquer encargos moratórios, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo para apurar quem deu causa ao atraso, bem como os valores inadimplidos oportunamente, sobre os quais eventualmente incidirão os referidos encargos.

6. Conclusão

Pelo exposto, conclui-se que, em razão da mora administrativa no adimplemento de obrigações contratadas, incidem correção monetária e juros de mora, a teor do disposto no art. 406 do Código Civil, aplicável supletivamente na disciplina das contratações administrativas.

Salienta-se, ainda, que o referido art. 406 do Código Civil remete à taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional, a qual, atualmente, é a taxa referencial do SELIC (arts. 13 da Lei 9.065/95), que engloba tanto a correção monetária, quanto os juros moratórios.

¹¹ Código Civil – Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. *Súmulas do Tribunal de Contas da União: organizadas por assunto, anotadas e comentadas*. Salvador: Juspodivm, 2011. (no prelo)

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. 3. ed. Salvador: Juspodium, 2010.

Soluções Proporcionadas pelo RDC para a Política Desenvolvimentista do Governo Federal

Leonardo Teixeira Ramos

Analista de Finanças e Controle da CGU -
Controladoria Geral da União
Graduado em Engenheiro Civil, com
Especialização em Licitações e Contratos
Administrativos
Pós Graduado em Gestão
Governamental e Responsabilidade Fiscal
Membro da ANAFIC - Associação
Nacional de Auditores Federais de
Controle Interno

Resumo: O Governo Federal, na ânsia de promover uma política desenvolvimentista, pretendendo realizar obras de grande vulto, como as da copa do Mundo, das Olimpíadas e do Programa de Aceleração do crescimento – PAC, elaborou normativos, inclusive na Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, a fim de flexibilizar e viabilizar a execução destas obras. Em meio à nova legislação, surge o RDC – Regime Diferencial de Contratações, com a utilização de diversos elementos da Lei de Licitações, bem como da Lei do Pregão, em situações antes não permitidas. O presente artigo tem o desafio de analisar estes elementos e levantar as vantagens e desvantagens do RDC dentro do contexto atual.

Palavras Chave: RDC; Empreitada por preço global; copa do mundo 2014; olimpíadas do Rio.

1. Introdução

O Estado interventor proporciona grande importância na economia do país, quando levamos em consideração não só o seu tamanho, como também o seu potencial desenvolvimentista, por meio de aplicações de recursos nos meios de produção, no incentivo ao investimento privado, na realização de obras públicas, infraestrutura e na própria manutenção da administração

pública. Para que todo esse poder de compra e investimento seja realizado em atendimento aos Princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), existe a necessidade de obediência a um regramento específico, previsto no art.37, XXI de nossa Carta Magna: *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

Para isso, a chamada Lei de Licitações, lei n. 8.666, de 21/06/1993, confere o regramento à União, Estados e Municípios dos procedimentos e princípios para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, bem como para contratação da empresa declarada vencedora. Durante o processo licitatório, deve ser levado em consideração o tipo e o porte da obra ou serviço, além da complexidade deste, a fim de que as exigências previstas em edital garantam a melhor escolha possível, em termos de qualificação, preço e/ou técnica.

A importância do tema surge no momento em que nem sempre a escolha é a mais satisfatória, quer seja por ofender a igualdade de condições entre os interessados, quer seja pela proposta vencedora ser considerada antieconômica ou, ainda, pela qualidade de execução não atender ao objetivo pretendido na licitação. Neste contexto, surge o RDC – Regime Diferenciado de Contratação, lançado pelo Governo Federal, frente à necessidade de realizar as obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas de forma célere.

Todavia, as inovações existentes nesta nova modalidade de licitação e o claro esforço do governo de flexibilizar a contratação destas obras podem repercutir de forma negativa na execução dos contratos. Desta forma, o presente artigo tem a intenção de abordar as vantagens ou desvantagens provenientes deste regime, frente ao tipo da obra, ao tempo previsto para execução e à resolução de situações imprevisíveis.

1. Obras de Grande Porte

O cidadão brasileiro ainda não tem a total compreensão de como os dois maiores eventos esportivos do planeta irão mudar nosso país; o futebol, como o esporte mais popular em todo o mundo, e os jogos olímpicos, responsáveis pela participação das mais diferentes nações nos rincões do planeta. A gigantesca infraestrutura – que passaremos a conhecer devido à realização destes megaeventos esportivos – proporcionará, como herança para nossa população, maior comodidade, sistemas de transportes remodelados, problemas estruturais resolvidos ou minimizados, e o melhor, incremento do potencial turístico das cidades envolvidas, não só pela melhoria do setor hoteleiro e das demais condições para receber os visitantes, como também pela maciça divulgação das belezas de nossa terra.

A Olimpíada deve ultrapassar os R\$ 26 bilhões, sete vezes mais que o valor dos Jogos Pan-Americanos de 2007. Só a cidade do Rio de Janeiro necessitará de 12.000 quartos de hotel, devido ao já atual déficit de leitos existentes. Já para a Copa de 2014, estima-se um investimento maior de cerca de R\$ 80 bilhões, e parte desse investimento já irá servir para os jogos olímpicos. Somados, os dois eventos injetarão mais de R\$ 100 bilhões na nossa economia, gerando empregos, instalações modernas, melhor infraestrutura e melhor qualidade de vida.

Ressalte-se que, neste meio tempo, seremos sede dos Jogos Mundiais Militares, Copa América, entre outras grandes competições esportivas, alvo de diversas matérias jornalísticas e de muita pressão para que as obras estejam prontas no tempo determinado. Agora o que falta é que estas obras saiam do papel, que sejam concluídas com todos os cuidados e que os possíveis (para não dizer ‘os já certos’) aumentos dos custos inicialmente previstos não onerem, em demasia, os valores de grande vulto, já propostos.

2. Regime Diferenciado de Contratação - RDC

Hoje, muito se fala sobre a implantação de regime diferenciado de contratações (RDC) de obras e serviços relacionados à Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos de 2016, o que – na opinião de muitos – feriria a

transparência do processo.

O governo federal, frente à necessidade de driblar os entraves burocráticos da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93, tentou inicialmente estabelecer um regime específico de licitações pela Medida Provisória nº 489, de 12 de maio de 2010, a qual perdeu sua eficácia. Depois, adveio a tentativa de inclusão do RDC no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória nº 521, de 2010, o que não logrou êxito, e, por fim, foi implementada esta nova metodologia de contratação por meio da Lei n. 12.462/2011, conversão da MP n. 527, de 2011.

Tais medidas tinham em comum a busca pela agilidade do processo, haja vista a necessidade de executar as obras da Copa e das Olimpíadas em curto espaço de tempo e com maior primazia possível, já que estas obras serão os estandartes de boas vindas para a legião de turistas e, quem sabe, até potenciais investidores futuros.

Uma grande polêmica que se criou sobre a sistemática foi a proposta de omitir a publicidade do orçamento estimado da contratação até o momento em que os licitantes apresentassem suas propostas, prática esta que foi crucificada pela mídia e que, no entanto, não tem incompatibilidade com nosso Ordenamento Jurídico.

Ocorre que, conforme o novo texto legal, em regra, o instrumento convocatório não terá informações sobre o orçamento estimado da obra, sendo resguardado sigilo até o término do certame licitatório; contudo, os órgãos de controle interno e externo sempre terão acesso a tal informação.

Ademais, ao contrário do que foi alardeado pela mídia, o normativo, por si só, não implementaria sigilo sobre o nome do licitante vencedor do certame, muito menos sobre o valor do contrato efetivamente avençado. Além disso, finda a licitação, a sociedade terá condições de avaliar se o preço contratado é condizente com o valor referencial estabelecido pela Administração.

Na verdade, a intenção intrínseca do dispositivo legal é de proporcionar a apresentação de propostas com valores menores e, portanto, mais vantajosas para a Administração, em consonância com o interesse público de evitar o desperdício de recursos públicos, que, por sua vez, são deveras escassos e nem sempre conseguem atender a todas as necessidades da po-

pulação. Salienta-se, inclusive, que tal prática de sigilo do orçamento já é utilizada quando da realização de licitações na modalidade Pregão.

De fato, não havendo conhecimento prévio, por parte dos licitantes, do valor orçado pela Administração para a obra, estes passariam a elaborar propostas mais competitivas e condizentes com os reais valores de mercado. Tal entendimento é extraído da Lei n. 12.462/2011 (art. 24, III), em que é determinado que sejam desclassificadas as propostas que possuam valores acima do valor estimado, proporcionando, assim, que os concorrentes tenham receio de apresentar propostas pouco competitivas, haja vista que – mesmo ganhando a disputa – o objeto poderia não lhe ser adjudicado. Em outra concepção, tal medida também evitaria que eventuais conluios entre os participantes da licitação ocasionassem valores de propostas muito próximos ao preço estimado pela Administração, possibilitando, da mesma forma, a propositura de ofertas mais vantajosas.

Cabe aqui esclarecer que o RDC tem muitas semelhanças com o pregão, como a inversão das fases, a utilização de meio eletrônico, a classificação por lances sucessivos, a possibilidade de negociar condições mais vantajosas para a Administração com o primeiro colocado, entre outras características. No entanto, há uma grande diferença: segundo a súmula n. 257/2010 do TCU, o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei n. 10.520/2002, não podendo ser aplicado para contratações de obras ou para serviços de maior especialidade. Esta mudança de paradigmas do RDC abre uma janela antes inimaginável em nossa legislação, haja vista a complexidade das obras da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos.

3. Regime de Execução das Obras no RDC

Com relação à mudança do regime de execução, o RDC inova ao criar uma nova modalidade, a contratação integrada, que com certeza ocasionará diversas repercussões na prática habitualmente utilizada em nossos contratos de construção, na medida em que valorizará a busca de soluções de engenharia e ganhos de produtividade, podendo, no entanto, comprometer a qualidade do produto final.

Neste momento, cabe esclarecer que, no contexto atual, as obras precisam ser realizadas com rapidez. Os meses estão passando, e várias obras necessárias para a Copa do Mundo estão atrasadas ou com sua execução irregular, devido às diversas licenças ambientais exigidas.

Vejam os regimes de execução previstos na Lei n. 8.666/93, conforme preceituados em seu art.6º e acolhidos pelo RDC :

“Art. 6 º Para os fins desta Lei, considera-se:
(...)

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

(...)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; (...).”

Do texto legal, constata-se que o regime de execução diz respeito à forma de apuração do valor a ser pago à contratada pela empreitada. Cabe esclarecer, contudo, que empreitada nada mais é do que a prestação da obra ou serviço de engenharia, compreendendo o fornecimento do material e as despesas necessárias ao cumprimento da prestação. (SENA, 1935)

Mas o que vem a ser, na prática, o regime de execução de contratação

integrada? Quais suas diferenças e vantagens? Para responder a essas perguntas, expliquemos cada uma das modalidades:

3.1. Empreitada por Preços Unitários

É a modalidade habitualmente utilizada no mercado, onde o empregado é remunerado pelo serviço que foi executado, medido segundo preços unitários predefinidos, ou seja, a empresa contratada somente é paga após o levantamento das quantidades de serviços que foram executadas no período, em geral com periodicidade mensal.

Esta modalidade se tornou mais comum, justamente pela facilidade de ajustes no curso da execução, já que o costume de fazer as obras de qualquer jeito, geralmente em situações que exigem pouco tempo para sua conclusão (p. ex.: para atender objetivos eleitorais ou emergenciais), resulta em projetos mal formulados e com pouco ou quase nenhum planejamento. Ademais, por meio da prática constante deste regime de execução, terminou-se gerando uma ideia falsa de que a perfeita formulação dos projetos necessários ao levantamento de elementos suficientes para o correto dimensionamento, caracterização e quantificação da obra seja uma perda de tempo, haja vista a facilidade de alterações de quantitativos por meio de aditivos contratuais.

Muitas vezes, essa flexibilidade é responsável também por vários problemas para a Administração, uma vez que não compromete a contratada no cumprimento dos serviços sob sua responsabilidade. Por exemplo: determinada prefeitura precisa que seja executada a construção de 50 Módulos Sanitários em sua área rural até o final do mês, para que seja cumprido o planejamento e, o mais importante, o atendimento das necessidades da população; mas, para a empresa construtora, a execução de 25 Módulos é suficiente para pagar os custos com equipamentos, funcionários e impostos, sobrando ainda uma pequena parcela de lucro. Nesse exemplo, caso não ocorra a execução da quantidade planejada, na prática, a empresa não é devidamente punida, gerando comodismo e falta de comprometimento, pois, mesmo que os objetivos estabelecidos não sejam alcançados, ela receberá a sua medição, e o saldo do serviço ficará para o próximo período. (exemplo

adaptado de CHOMA, 2005)

Um outro problema recorrente, comumente chamado de jogo de planilha, ocorre devido à esperteza das empresas em forjar seus orçamentos, de modo a minimizar os quantitativos de determinados serviços que eventualmente sejam necessários a um preço elevado, em detrimento de um serviço de preço menor, mas que, futuramente, poderá ser suprimido. Como exemplo, cita-se a previsão de custos de um serviço de 1200m² de pintura com tinta esmalte, 2 demãos sobre 1 demão de zarcão para perfis de ferro de R\$ 10,00/m², e 10m² de 1 demão de zarcão a um preço de R\$ 8,00/m², totalizando R\$ 12.080,00. Durante a execução, a construtora sugeriu para a Administração apenas a aplicação de zarcão em todos os perfis, haja vista que este material – que proporciona uma coloração cinza – já protegeria os perfis de ferrugens e geraria um custo de R\$ 9.680,00, proporcionando uma economia aos cofres públicos de R\$ 2.400,00.

Ocorre que, como não foi estipulado este quantitativo de serviço desde a licitação, uma empresa que tivesse orçado seus preços conforme o mercado (R\$ 16,13/m² para o primeiro e R\$ 5,46/m² para o segundo serviço, SINAPI jul/2011) não ganharia o certame, haja vista que sua proposta total seria de R\$ 19.410,60. Todavia, haveria uma economia maior após a mudança de serviços, com proposta final de R\$ 6.606,60.

3.2. Empreitada por Preço Global

Antes de tudo, cabe esclarecer que a empreitada por preço global não se confunde com o critério de julgamento, que geralmente é por menor preço global. Enquanto o art. 45 da Lei n. 8.666/93 esclarece os tipos de licitação e os critérios que serão utilizados na fase de julgamento da licitação, quais sejam, por melhor preço global, por melhor técnica ou por melhor técnica e preço, ou ainda, quando se tratar de leilão ou pregão, por maior ou menor lance, respectivamente; por sua vez, o art. 6º da mesma lei aborda sobre os regimes de execução dos contratos de obras e serviços, definindo principalmente qual o método pelo qual será realizada a medição dos serviços.

Nesse regime de execução, acerta-se um valor global com a contra-

tada para todos os serviços previstos, e o pagamento é realizado por cada etapa alcançada, ou de uma única vez ao término dos trabalhos. Enquanto a empreitada por preços unitários é *ad mensuram* – mede-se a quantidade de item unitário que se executou; esta é *ad corpus* – verifica-se se uma etapa do objeto foi realizada, independente de quanto se fez necessário executar, ou seja, nesta modalidade, não caberia à empresa contratada exigir quantidades superiores de escavação em material de 3ª categoria, muito menos exigir que a Administração economize caso fosse utilizado menos concreto na execução das sapatas de fundação.

Daí, surge a grande vantagem desta modalidade, a qual diz respeito ao desenvolvimento do processo, ficando a cargo da construtora a plena utilização de seus próprios métodos construtivos e mesmo o aperfeiçoamento de soluções, minimizando custo e tempo. Sim! Tempo é dinheiro, e, quanto antes, a empresa deve executar determinada etapa, o mais rápido receberá.

Todavia, nesta modalidade uma grande parcela de risco recai para a contratada, devido a eventuais ocorrências não previstas nos projetos e demais situações imprevisíveis.

Durante a execução de um contrato, podem ocorrer fatos que venham a desequilibrar a proposta de preços feita pela contratada à contratante. Esse desequilíbrio pode ser causado por falhas na elaboração do preço pela contratada, por flutuações inesperadas das variáveis estipuladas na formação dos preços, por alterações unilaterais do contrato ou, ainda, pela ocorrência de situações políticas que possam influenciar, de alguma maneira, o contrato em questão. Se, por um lado, o contratado fica obrigado a assumir os riscos de um orçamento mal elaborado, por outro não seria justo que as mudanças bruscas de cenário, sem participação direta da empresa, viessem a ser por ela suportadas. (RAMOS, 2009)

Aqui é importante trazer à baila que, nas obras regidas por contratos administrativos, conforme definido no art. 6º, inciso IX, da Lei n.º 8.666/1993, o projeto básico deve contemplar o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, bem como que possibilite a avaliação do custo da

obra e a definição dos métodos construtivos e do prazo de execução. Ou seja, se esses requisitos forem cumpridos, os riscos decorrentes de projetos mal feitos ou indefinidos serão minimizados. Todavia, devido a situações não previstas, cabe a incorporação de uma taxa de risco dentro do BDI estipulado para a obra por empreitada por preço global.

De qualquer modo, ressalta-se que esta mesma despesa não poderia ser incorporada em empreitadas por preço unitário, haja vista que a empresa não assume o ônus de situações imprevisíveis, uma vez que as medições de quantitativos serão pagas mediante aditivos contratuais.

A própria Lei n. 8.666/93, em seu artigo 47, alerta quanto ao rigor do projeto nas licitações em regimes de empreitada por preço global, deixando claro que, nesta modalidade, o licitante não pode depois se esquivar de sua responsabilidade, devido a eventual inconsistência no projeto, verbis:

“Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação”.

Outro fato relevante e pouco verificado diz respeito à necessidade de análise dos custos envolvidos, de forma a viabilizar a aferição de sua compatibilidade com os valores de mercado, zelando, desta forma, pelo princípio da economicidade e pelo disposto no art. 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993. Tal entendimento, referendado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão n. 195/2005 – Plenário, exigia a análise dos custos unitários, mesmo na empreitada por preço global. Atualmente, a Lei n. 12.309/10 – LDO 2011 flexibiliza este entendimento, exigindo que o valor orçado para as etapas é que seja compatível com os de mercado, conforme segue:

“Art.127.

§ 6º No caso de adoção do regime de empreitada por preço global, previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea “a”,

da Lei nº 8.666, de 1993, devem ser observadas as seguintes disposições:

I - na formação do preço que constará das propostas dos licitantes, poderão ser utilizados custos unitários diferentes daqueles fixados no caput deste artigo, desde que o preço global orçado e o de cada uma das etapas previstas no cronograma físico-financeiro do contrato, observado o § 7º desse artigo, fique igual ou abaixo do valor calculado a partir do sistema de referência utilizado, assegurado ao controle interno e externo o acesso irrestrito a essas informações para fins de verificação da observância deste inciso; (...)."

3.3. Empreitada integral

Nesta modalidade, como o próprio nome diz, contrata-se um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias. Também chamada dentro do mercado de turn-key (expressão que faz alusão a um produto pronto para usar, sem a necessidade de outros arranjos, como um automóvel que você gira a chave e sai dirigindo), esta modalidade diz respeito, além da construção, à completude dos demais fatores para operacionalização do objeto entregue, ou seja, a responsabilidade da contratada vai até a entrega ao contratante do objeto avençado em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização, tais como segurança estrutural e operacional, bem como características adequadas às finalidades para que foi contratada. (PORTO, 1988)

3.4. Contratação integrada

Tanto quanto inovador, o regime de contratação integrada é o que apresenta o maior potencial para trazer benefícios para Administração Pública, em termos de agilidade de construção e flexibilidade para identificar a solução mais adequada a cada tipo de obra. Porém, também é o que pode proporcionar maiores riscos para ocorrência de sobrepreços e superfaturamentos.

Esta modalidade surge junto com o RDC e possui características híbridas, tanto da empreitada por preço global, quanto da empreitada integral.

Segundo a Lei do RDC, a contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Desta forma, verificamos que – na contratação integrada – a obra, tal qual na empreitada integral, deverá ser entregue em sua completude, bem como, tal qual a empreitada por preço global, será realizada por preço certo e total, não sendo permitidos aditivos para mudanças de quantitativos durante sua execução.

A lei também é taxativa ao exigir, para esse regime de execução, que a licitação tenha por critério de julgamento o de técnica e preço. Tal exigência se faz presente devido ao fato de que, nesta modalidade, a obra será contratada sem possuir previamente o projeto básico, bastando para a licitação um anteprojeto com estimativa de valor para a obra.

Como sabemos, nossa legislação busca, para o atendimento das necessidades da população, a escolha da proposta mais vantajosa e, para tanto, nem sempre o menor preço é o critério mais adequado. Deste modo, a opção por técnica e preço permitiria critérios objetivos para a escolha da proposta mais vantajosa em seus aspectos técnicos, tanto com relação à expertise da empresa a ser contratada, quanto com relação à produtividade e qualidade a ser empregada na construção do objeto a ser executado.

Salienta-se que, devido à empresa ter que realizar o projeto básico e o executivo juntamente com a obra, surgirá dois efeitos imediatos: primeiro, a empresa não poderá, durante a execução da obra, alegar dificuldades de execução devido a defeitos de projeto, uma vez que assumirá o ônus de tais falhas; segundo, tendo a incumbência de projetar, a empresa terá flexibilidade ao definir como fazer a obra, trazendo com isso todo seu Know-how para ter ganhos operacionais e aumentar sua produtividade, adequando soluções de engenharia que melhor se enquadrem ao empreendimento.

4. Prazo x Qualidade

A fase de planejamento, infelizmente, ainda não recebe a importância necessária dentro do nosso cenário, notadamente quando falamos de obras públicas, o que resulta em atrasos e retrabalhos, além de um dimensionamento de prazos inexequíveis para a execução dos serviços. JURAN, citado por THOMAZ (2001, p. 72), afirma que no Japão cerca de 67% do tempo é gasto com planejamento e 33%, com a execução. Nos EUA, esses percentuais passam respectivamente para 40% e 60%; quase se invertem. O tempo total dos japoneses é de 15% a 20% menor que o tempo total dos americanos: melhor planejamento, melhor aproveitamento do tempo.

Caso o planejamento estivesse recebendo a importância adequada por parte de nossos gestores, os resultados alcançados melhorariam sensivelmente, tanto com relação aos prazos quanto aos custos de uma obra. Com obras suntuosas que envolvem tamanho risco financeiro para a execução, um planejamento profissional aumentaria consideravelmente a chance de sucesso dos empreendimentos, diminuindo a possibilidade de não conclusão das obras a tempo.

De um modo geral, verificamos que – na prática – todas as distorções ocorridas, principalmente na empreitada por preço unitário, decorrem de desobediência à lei, haja vista que a mesma exige que toda licitação, cujo objeto se tratar de obras públicas, deve possuir projeto básico.

De acordo com a Lei n. 8.666/93, o projeto básico defendido é bem mais completo do que o usualmente utilizado nas relações privadas, possuindo inclusive elementos de projeto executivo, visto que deve conter o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para caracterizar a obra ou serviço, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.

O RDC traz uma novidade antes não permitida pela Lei n. 8.666/93, a de licitar sem o devido projeto básico, bastando um anteprojeto, quando licitada por contratação integrada, conforme Lei n. 12.462/2011:

“§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
- b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;
- c) a estética do projeto arquitetônico; e
- d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade; (...).”

A liberação do RDC em contratar sem o devido projeto básico abre uma flexibilização maior para as empresas, que farão seus projetos básicos e executivos em busca de uma maior produtividade e de operacionalizar a execução das obras de acordo com a expertise de seus profissionais. O receio de que a permissividade do RDC resulte em inúmeros acréscimos nos contratos celebrados é limitado pelo §4º da Lei n. 12.462/2011, o qual somente permite a celebração de termos aditivos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior ou por pedido da própria Administração, caso haja a necessidade de alteração do projeto e desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado.

Todavia, o anteprojeto não conseguirá quantificar com precisão os insumos, mão de obra e equipamentos necessários, incorrendo na falta de elementos que dimensionem, de forma confiável, o custo de execução do empreendimento. Isto se deve ao fato de que o grau de precisão do orçamento é função direta do nível de detalhamento e da fidedignidade dos projetos aos quais se refere.

Dessa forma, no regime de contratação integrada haverá uma dependência de que os estudos técnicos e anteprojetos, que definirão o orçamento prévio e os parâmetros para o processo licitatório, sejam elaborados com o

rigor necessário para que haja diretrizes concebidas e estimativas de viabilidade dos empreendimentos.

Anteprojeto incompleto ou excessivamente genérico poderão resultar em orçamentos estimativos super ou subvalorizados, o que acarretará em futuros problemas decorrentes. Ademais, a superficialidade de tais estudos prévios poderá levar a contratações superfaturadas, possíveis atrasos na execução, desnecessidade de viabilidade face o interesse público ou até ao desrespeito dos direitos difusos, sobretudo quanto ao necessário impacto ambiental.

Como tanto o projeto básico quanto o projeto executivo serão elaborados pelo vencedor da licitação, é deveras temerário que, baseado em anteprojeto falho, a empresa contratada tenha liberdade para dimensionar estruturas e elementos construtivos que onerem em demasia o empreendimento. Portanto, seria justo, sem prejuízo de que haja normatização para tal fim, diante desta possibilidade de expressiva variação no valor dos orçamentos, que o anteprojeto possa, desde logo, identificar, no mínimo, os quantitativos e os preços unitários dos itens considerados mais relevantes financeiramente para o empreendimento ou, ao menos, fixar uma taxa percentual limite para a proposta.

Tal exigência traria efeitos concretos na qualidade do orçamento estimativo, haja vista que somente seria possível identificar e quantificar os itens mais relevantes financeiramente depois de estudos técnicos e anteprojeto razoavelmente consistentes.

De qualquer modo, será papel dos órgãos de controle (Tribunais de Contas, CGU, etc.) conferir que as características e os parâmetros mínimos do anteprojeto sejam obedecidos no Projeto Básico e Executivo, bem como que as especificações e quantitativos destes sejam corretamente aplicados na obra.

Ressalta-se que, diferentemente do que muitos imaginam, a contratada não terá liberdade para realizar os projetos durante a execução da obra e, sim, previamente. O art. 17, inciso III, da Lei do RDC estabelece que, nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos

custos unitários, bem como do detalhamento das bonificações e despesas indiretas – BDI e encargos sociais, com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.

Obviamente, o encaminhamento de tais planilhas somente será possível após elaboração do projeto básico pela contratada, sem o qual não será possível quantificar e estabelecer corretamente e detalhadamente todos os elementos, características e especificações da obra. Não podemos esquecer aqui que o conceito de Projeto básico dado pela Lei n. 8.666/93 não mudou no RDC, tendo, portanto, grau de precisão adequado e possuindo elementos de projeto executivo.

De posse do projeto básico em sua completude, inclusive do orçamento em meio eletrônico, os órgãos responsáveis pela fiscalização e acompanhamento terão condições de checar a correta execução do empreendimento. Ademais, tais instrumentos auxiliarão os órgãos de controle na avaliação não só do custo efetivo da obra ou serviço, como também a verificação da execução de acordo com o que foi projetado.

Já o projeto executivo, conforme permitido pela própria Lei n. 8666/93, não terá problemas em ser desenvolvido durante a execução da obra ou serviço.

Neste íterim, os órgãos de controle devem ter uma especial atenção (e preocupação) com dois itens cruciais: prazo e qualidade. Normalmente, as contratadas se preocupam mais com a produção e o atendimento ao prazo, deixando a qualidade de lado, em nome da produtividade. Para que os prazos contratados sejam factíveis, é indispensável a elaboração de um planejamento detalhado das atividades. Outrossim, para garantir a qualidade do serviço, entra em campo os órgãos de controle, tal como a Controladoria Geral da União e os Tribunais de Contas, a fim de que os materiais, as especificações e características previstas em projeto sejam respeitadas, isso sem falar na vigilância necessária com a correta quantificação dos custos envolvidos.

5. Conclusão

Para o cumprimento dos prazos nas obras da Copa, o regime de contratação integrada apresentou-se como uma opção mais adequada, face à possibilidade de encorajar a empresa contratada a executar as etapas de construção em tempo exíguo.

A mudança no regime de execução pode permitir, tecnicamente, que as empreiteiras reestruturem suas metodologias de execução e assim consigam viabilizar a aceleração solicitada para as obras da Copa. Com a mudança de regime, cria-se a possibilidade de aumentar o interesse da empresa contratada em implementar simultaneamente várias frentes necessárias à conclusão das obras e serviços de construção, com o objetivo de ganhos operacionais de tempo ao processo.

Cabe salientar também que, como a contratada pode conhecer antecipadamente o planejamento do desembolso das parcelas futuras, haja vista que os pagamentos serão realizados por etapas, possibilita-se à empresa uma melhor programação de cada fase do escopo contratual, além de maior mobilização de recursos financeiros para fazer frente ao incremento de seus encargos.

As empresas necessitarão “fazer engenharia” para otimizar custos e aumentar seu lucro. Ou seja, deixam de ser simples varejistas de serviços básicos, vendidos a preços unitários, sem maiores preocupações com racionalização de métodos construtivos, instalações mecânicas auxiliares que reduzam custos de mão-de-obra, sem interesse em adequações inteligentes de projetos que reduzam serviços, sem prejuízo ou mesmo com benefícios para o usuário final do empreendimento, e assim por diante. Deve haver, de qualquer modo, cuidado para que esta benéfica produtividade não comprometa a qualidade do produto entregue.

Ressalta-se aqui a importância de que, juntamente com a planilha orçamentária detalhada, seja apresentado o projeto básico, com o perfeito dimensionamento e quantificação dos itens unitários, a fim de que os órgãos de controle possam avaliar custos, averiguar especificações e inspecionar a qualidade da obra.

Verificamos que o RDC trouxe diversas inovações que podem des-

burocratizar a atual Lei de Licitações, que há algum tempo vem sendo discutida e que muito em breve precisará ser mudada para atender às novas necessidades da Administração. A ideia que vem se materializando de forma sólida, como consequência de seu sucesso, é a metodologia do Pregão, que tem proporcionado aos cofres públicos valor expressivo de economia de recursos, dado celeridade ao processo e diminuído os conchavos entre os participantes, principalmente no modo eletrônico. Ademais, o RDC abre um precedente, que provavelmente será perpetuado, ao permitir utilizar procedimentos de pregão em licitações por técnica e preço e para obras de engenharia.

Por fim, salienta-se que se o RDC vem para modernizar e atualizar o processo de licitação pública no País; não faz sentido restringi-lo apenas às obras da Copa e das Olimpíadas. Tal modelo será testado e poderá ser um embrião do que vem por aí em termos de Licitações, tanto para compras, como para execução de obras de engenharia necessárias à Administração Pública.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao-Compilado.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acesso em: 07 de setembro de 2011.

CHOMA, André Augusto. **Como gerenciar contratos com empreiteiros : manual de gestão de empreiteiros na construção civil**. São Paulo : PINI, 2005.

PORTO, M. Moacyr. **Da Responsabilidade Civil do Construtor**. Revista Forense, pp. 17 a 21, Rio de Janeiro, 1988.

SENA, Costa. **Da empreitada no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Graphica São Jorge, 1935.

RAMOS, Leonardo Teixeira. Critérios para Reajustamento de contratos são utilizados na Administração Pública de forma imprópria. **Revista Controle**, Volume VII, pp. 147-163, ISSN 1980-086X, TCE/CE, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THOMAZ, Ercio. **Tecnologia, Gerenciamento e Qualidade na Construção**. São Paulo: PINI, 2001.

O Controle da Gestão dos Recursos Públicos: Bases Conceituais e o Falso Dilema “Regularidade *Versus* Resultados”

Paulo Roberto Simão Bijos.

Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União – TCU.

Resumo: Este artigo apresenta os fundamentos teóricos do controle, retratando-o, de início, como função administrativa organicamente articulada em uma estrutura piramidal de controle, constituída pelas instâncias de controles internos, auditoria interna e auditoria externa. Em paralelo, traça a distinção entre: controle e auditoria; controles internos e auditoria interna; e auditoria interna e auditoria externa. Adicionalmente, explora a conexão entre auditoria e os conceitos de teoria da agência, governança corporativa e *accountability*. Em particular, expõe os elementos centrais do sistema brasileiro de *accountability* horizontal, pertinente ao controle da gestão dos recursos públicos, com ênfase no modelo federal, e analisa a inter-relação entre as principais vertentes desse sistema de controle, abrangendo o dilema regularidade x resultados.

Palavras-chave: controle, auditoria, pirâmide de controle.

1. Controle

Controlar é preciso. Mas quem quer ouvir falar de controle?
(Carlos Estevam Martins)

Considerando que, no campo da administração pública, a palavra “controle” ainda é abordada como tabu¹ em determinados círculos de debates, torna-se pertinente contribuir para sua melhor compreensão mediante

¹ Essa já era a percepção de Martins (1988), há mais de vinte anos, sobre a questão do controle no âmbito das ciências sociais brasileiras.

a apresentação de seus fundamentos teóricos, adotando-se como ponto de partida o estudo do controle enquanto função administrativa.

É fato que, desde a época de Fayol (1841-1925), até o presente, o controle tem sido invariavelmente elencado como uma das principais funções da administração. Tomando-se como referência a abordagem desenvolvida por MAXIMIANO (2008, p. 6), autor contemporâneo, pode-se dizer que o processo administrativo abrange cinco grandes funções: planejamento, organização, liderança, execução e controle. À luz da teoria da administração, portanto, quem não controla não administra, ou administra mal, sendo equivocada a suposição de que o controle se limita a algo externo às organizações, de natureza exclusivamente fiscalizadora.

Um importante marco da assimilação dessa racionalidade administrativa pelo sistema normativo brasileiro é o Decreto-Lei nº 200/1967, diploma legal que, em seu art. 6º, positivou o controle – ao lado do planejamento, da coordenação, da descentralização e da delegação de competência – como princípio fundamental a ser observado pelas atividades da administração pública federal. Conforme advertira FRANCO SOBRINHO (1975, p. 88), essa construção “não traduz, por certo, simples especulação legislativa, pois a noção de controle constitui um dos capítulos mais importantes da moderna teoria administrativa”.

Quanto à conceituação da função administrativa em exame, MAXIMIANO (2008, p. 91), em aprofundamento, leciona que são elementos constituintes do processo de controle: definição de padrões de controle, aquisição de informações, comparação e ação corretiva, e recomeço do ciclo de planejamento.

Esse significado de controle, importa assinalar, é relativamente estável em diferentes áreas do conhecimento. No universo contábil, por exemplo, MARTINS (2006, p. 305), em linha com a abordagem até então exposta, apresenta uma sucinta e pertinente abstração do que seja a função administrativa em estudo, ao resumir que “controlar significa conhecer a realidade, compará-la com o que deveria ser, tomar conhecimento rápido das divergências e suas origens e tomar atitudes para sua correção”. Na seara da ciência política, também se preserva essa mesma essência: para Carlos Estevam Martins, que endossa expressamente a teoria clássica de Fayol, os

compêndios da teoria administrativa se traduzem na percepção de que o processo de controle representa a garantia da concretização de expectativas. Sob essa ótica, MARTINS (1998, p. 11-12) acrescenta que:

De fato, o controle é um aspecto fundamental da vida do Estado e da sociedade. Onde quer que haja objetivos a serem alcançados, padrões a serem respeitados, regras a serem obedecidas, condições a serem satisfeitas; onde quer que a ação individual supere o egocentrismo infantil para tornar-se ação socialmente significativa; onde quer, enfim, que haja interação civilizada, existe a necessidade de um fluxo permanente e sistemático de operações de controle.

Sendo nítida a existência de um núcleo comum transdisciplinar, sobre o qual gravitam as mais variadas representações do conceito em estudo, depreende-se que o cerne do processo de controle reside no confronto entre uma **situação** encontrada (o que é) e um **critério** pré-estabelecido (o que deveria ser). Esse cotejamento, é claro, não representa um fim em si mesmo; é a base para eventuais ações corretivas, sem prejuízo, evidentemente, do fato de que, quanto ao momento, além de posterior, o controle ainda pode ser classificado como prévio ou concomitante. *Grosso modo*, então, a equação fundamental do controle pode ser apresentada da seguinte forma:

$$\text{Controle} = (\text{Situação} \times \text{Critério}) + \text{Atitude}$$

Essa equação, vale ressaltar, aplica-se aos mais variados contextos. MAXIMIANO (2008, p. 366), por ilustração, ao discorrer sobre planejamento estratégico, assevera que, em qualquer momento, o ciclo de planejamento pode ser reiniciado com base nas informações de controle, as quais podem indicar que a estratégia funciona corretamente, se os objetivos estiverem sendo atingidos.

No campo da auditoria, a equação em foco constitui o fundamento do “achado de auditoria”, jargão este que equivale justamente à noção de desvio, resultante do confronto entre situação e critério. Conforme o Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010, p. 35):

Achado é a discrepância entre a situação existente e o critério. [...] O achado contém os seguintes atributos: critério (o que deveria ser), condição (o que é), causa (razão do desvio com relação ao critério) e efeito (consequência da situação encontrada). Quando o critério é comparado com a situação existente, surge o achado de auditoria. (ISSAI 3000/4.3, 2004). **(grifou-se)**

2. Controle x Auditoria

Há, de fato, uma proximidade visceral entre o conceito de controle até então delineado e o de auditoria, conforme se depreende das Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União (2010, p. 13):

Um conceito de **auditoria** geralmente aceito, devido à sua amplitude, é o que a define como o exame independente e objetivo de uma **situação** ou condição, em confronto com um **critério** ou padrão preestabelecido, para que se possa opinar ou comentar a respeito para um destinatário predeterminado. **(grifou-se)**

Em que pese essa acentuada identidade conceitual, auditoria e controle se distinguem, sobretudo, por meio de critério orgânico, já que, enquanto a auditoria é realizada por um órgão de controle ou pela pessoa de um auditor, o controle, em sentido lato, estabelece-se mediante políticas de controle definidas pelas próprias organizações, que independem da existência de órgãos ad hoc, especificamente concebidos para esse fim.

Essas políticas de controle dizem respeito aos chamados controles internos, às vezes subdivididos em controles internos administrativos e controles internos contábeis, materializados na forma de manuais de rotinas e procedimentos, definição de responsabilidades e alçadas, rodízio e segregação de funções, procedimentos de autorização e aprovação, controles sobre transações, sistemas de monitoramento de resultados etc.

3. Controles Internos x Auditoria Interna

Administrativos ou contábeis, a distinção central a ser enfatizada é que, no interior das organizações, os controles internos não se confundem com as auditorias internas. Conforme ressalta ATTIE (2009, p. 182):

Às vezes imagina-se ser o controle interno sinônimo de auditoria interna. É uma idéia totalmente equivocada, pois a auditoria interna equivale a um trabalho organizado de revisão e apreciação dos controles internos, normalmente executado por um departamento especializado, ao passo que o controle interno se refere a procedimentos de organização adotados como planos permanentes da empresa.

Os controles internos devem ser exercidos de forma difusa e cotidiana, permeando toda a estrutura organizacional², em seus variados níveis de leitura, conforme prescreve o modelo difundido pelo COSO (*Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*)³, instituição que se tornou referência mundial em matéria de controles internos.

Perpassando toda a organização, portanto, os controles internos relativos ao alcance de objetivos e metas estratégicos seriam de competência da alta administração; os relacionados a aspectos contábeis ficariam a cargo do órgão de contabilidade; os atinentes à gestão de pessoas, inclusive no tange à legislação trabalhista, caberiam ao órgão de recursos humanos; e assim por diante. À unidade de auditoria interna não caberia o exercício desses controles internos, mas, sim, a avaliação do seu efetivo funcionamento.

²No âmbito da administração pública federal brasileira, é justo reconhecer que essa amplíssima abrangência institucional dos controles internos já era preceituada ao menos desde a época do Decreto-Lei nº 200/1967, o qual, em seu art. 13, estabelecia que: “o controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, [...]”.

³É oportuno ressaltar que, atualmente, em razão do modelo mais recente difundido pelo COSO, a auditoria interna dedica especial ênfase ao monitoramento e à avaliação da efetividade do sistema de gerenciamento de risco das organizações. Trata-se do modelo divulgado pelo COSO em 2004, em Gerenciamento de Riscos Corporativos – Estrutura Integrada (*Enterprise Risk Management – ERM Integrated Framework*), conhecido por COSO ERM ou COSO II.

4. Auditoria Interna x Auditoria Externa

Traçada a distinção entre auditoria interna e controles internos, o passo seguinte consiste em compreender que, em adição à auditoria interna, há ainda a necessidade que as organizações se sujeitem, de tempos em tempos, a auditorias externas, também conhecidas como auditorias independentes, com vistas à obtenção de avaliações mais isentas.

Não obstante a prescrição básica de que o status organizacional do departamento de auditoria interna, nos dizeres de ATTIE (2009, p. 40), “precisa ser suficientemente elevado para permitir-lhe desincumbir-se eficazmente de suas responsabilidades”, o fato é que auditoria interna, por estar hierarquicamente subordinada à organização auditada, tem independência apenas relativa, ao passo que a auditoria externa, em comparação à interna, desfruta de independência consideravelmente ampliada, na medida em que, hierarquicamente, não deve qualquer subordinação à entidade auditada.

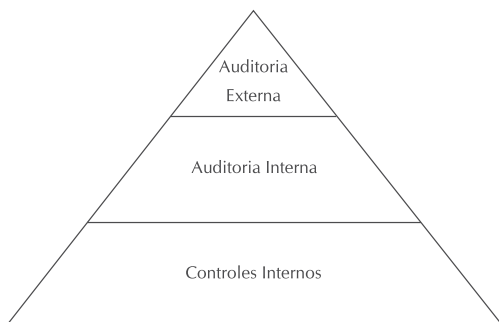
É justamente pelo fato de terem mais independência na condução de seus trabalhos – e na explicitação de suas conclusões – que as auditorias externas, especialmente do ponto de vista do público externo, tendem a gozar de maior credibilidade. Em se tratando de demonstrações contábeis, por exemplo, SÁ (2007, p. 32) observa que “a influência vai até o ponto de muitos bancos e investidores só atribuírem fé aos balanços de seus clientes ou financiados se possuírem o certificado de exatidão”.

5. Pirâmide de Controle

Com base em todo o exposto, verifica-se que existe uma estrutura abrangente de controle organizacional, constituída por três grandes instâncias: os controles internos, as auditorias internas e as auditorias externas.

Conforme proposto por STERCK, SCHEERS e BOUCKAERT (2005, p. 15), a lógica da disposição dessas instâncias pode ser didaticamente simbolizada por meio da pirâmide de controle, tal como ilustrado no relatório intitulado *A Modernização da Pirâmide Pública de Controle: tendências internacionais*.

PIRÂMIDE DE CONTROLE



Em que pese veiculada por documento pertinente ao controle na esfera pública, a representação gráfica em análise é seguramente válida como abstração para o sistema de controle até então em estudo, seja ele público ou privado. Trata-se, com efeito, de nada mais que uma expressão geométrica de toda a narrativa desenvolvida até este momento.

Importa frisar, apenas, que não se deve perder de vista a organicidade que envolve as instâncias constituintes dessa estrutura piramidal tripartida, tal como se observa, por exemplo, na íntima relação entre a qualidade dos controles internos e o volume de trabalho dos auditores. Conforme enunciado por SÁ (2007, p. 39), quanto menos organizados forem os controles internos, maior será o esforço de auditoria:

A tarefa do auditor será tanto maior quanto menor for a organização; daí ser possível enunciar a norma de que a tarefa de auditoria é inversamente proporcional à organização da empresa, ou seja:

menos organização = mais tarefa de auditoria
mais organização = menos tarefa de auditoria

Nessa mesma linha de raciocínio, BOYNTON (2002, p. 319) destaca que um “entendimento suficiente de controles internos deve ser obtido para que o auditor planeje a auditoria e determine a natureza, época de realização e extensão dos testes a serem realizados”.

6. Auditoria, Teoria da Agência, Governança Corporativa e *Accountability*

Após apresentar o panorama institucional em que se insere a auditoria, convém aprofundar o estudo de seus fundamentos teóricos explorando a sua ligação umbilical com a teoria da relação de agência, da qual se extrai o modelo conhecido como agente-principal. Segundo JENSEN e MECKLING (2008, p. 89), que, em 1976, expuseram as bases conceituais do referido modelo:

Definimos uma **relação de agência** como um contrato sob o qual uma ou mais pessoas, o(s) **principal(is)**, emprega uma outra pessoa (**agente**) para executar em seu nome um serviço que implique a **delegação** de algum poder de decisão ao agente. Se ambas as partes da relação forem maximizadoras de utilidade, há boas razões para acreditar que o agente nem sempre agirá de acordo com os interesses do principal. O principal pode limitar as divergências referentes aos seus interesses por meio da aplicação de incentivos adequados para o agente e incorrendo em **custos de monitoramento** visando limitar as atividades irregulares do agente. (**grifou-se**)

À luz do modelo agente-principal, portanto, a auditoria corresponde a um dos custos de agência, no caso retratado como custo de monitoramento do agente, suportando pelo principal, necessário para mitigar o conflito de agência e, assim, aumentar a probabilidade de que a atuação do agente seja alinhada aos interesses do principal.

Dado que na abordagem desenvolvida por JENSEN e MECKLING a relação de agência é explorada com ênfase na relação entre acionistas (principais) e administradores de empresas (agentes), impende enfatizar que o modelo agente-principal é válido, como generalização, para relações das mais variadas naturezas, servindo de suporte teórico, portanto, para as auditorias em geral, sejam elas internas ou externas, públicas ou privadas. Conforme sustenta PRZEWORSKI (2003, p. 45):

A “economia” é uma rede de relações diferenciadas e

multifacetadas entre classes de *agents* e *principals*: gerentes e empregados, proprietários e administradores, investidores e empresários, mas também entre cidadãos e políticos e burocratas. O desempenho de empresas, de governos e da economia como um todo depende do desenho das instituições que regulam essas relações.

No plano corporativo, a teoria da agência ganhou especial destaque no bojo das discussões sobre governança corporativa, assim apresentada pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC:

Conceitualmente, a Governança Corporativa surgiu para superar o “conflito de agência”, decorrente da separação entre a propriedade e a gestão empresarial. Nesta situação, o proprietário (acionista) delega a um agente especializado (executivo) o poder de decisão sobre sua propriedade. No entanto, os interesses do gestor nem sempre estarão alinhados com os do proprietário, resultando em um conflito de agência ou conflito agente-principal.

A preocupação da Governança Corporativa é criar um conjunto eficiente de mecanismos, tanto de incentivos quanto de monitoramento, a fim de assegurar que o comportamento dos executivos esteja sempre alinhado com o interesse dos acionistas⁴.

Conforme apontam ANDRADE e ROSSETTI (2006, p. 82-83), os conflitos de agência, de fato, estão ligados “às raízes históricas da governança corporativa e à difusão e adoção de seus valores e práticas, a partir da última década do século passado e, ainda mais amplamente, nestes primeiros anos do século XXI”. E a mesma relação se aplica no âmbito do setor público, consoante assinalam ANDRADE e ROSSETTI (2006, p. 553), ao discorrerem

⁴www.ibgc.org.br.

sobre a transposição conceitual da governança corporativa para a governança do Estado⁵.

Paralelamente ao desenvolvimento da governança corporativa, têm sido observados, pelo menos desde o início da segunda metade dos anos 90, vários esforços de transposição de princípios e de metodologias de aferição para o organismo do Estado. [...] Nesse caso, no lugar de acionistas, colocam-se os contribuintes, como agentes principais e outorgantes do modelo de governança pública. Afinal, são os cidadãos contribuintes que canalizam recursos para o Estado, capitalizando-o, para que ele possa produzir bens e serviços de interesse público.

Em síntese conceitual, ANDRADE e ROSSETTI (2006, p. 143-145), esclarecem que as diversas dimensões da governança corporativa podem ser sumariadas por “5 Ps”: princípios, propósitos, processos, práticas e poder.

Na dimensão de processos, a auditoria, assim como os conselhos de administração, é considerada como órgão-chave de governança. Em adição, sobressai o fato de que, na dimensão dos princípios, a *accountability* – tema central no estudo da auditoria pública – é elencada como um dos quatro valores clássicos que formam a base ética da governança, ao lado de *fairness* (senso de justiça), *disclosure* (transparência) e *compliance* (conformidade com normas).

A *accountability*, que representa um princípio fundamental da governança corporativa, pode ser conceituada como o dever de prestar contas associado a mecanismos de responsabilização. Sendo assim, guarda forte correspondência com a teoria da agência, a qual trata justamente da relação

⁵Cabe anotar que o Banco Mundial, desde 1996, realiza a aferição dos padrões de governança do Estado em um conjunto expressivo de países. O modelo do WBI [World Bank Institute] – informam ANDRADE e ROSSETTI (2006, p. 560) – foi desenvolvido por Daniel Kaufmann, da *Toronto University* e está fundamentado em seis fatores: 1. liberdade de voz e voto, poder da opinião pública e prestação de contas à sociedade; 2. estabilidade política e das instituições; 3. efetividade do governo; 4. qualidade do ambiente regulatório; 5. aplicação efetiva das leis – *enforcement versus impunidade*; e 6. controle da corrupção, em todas as suas manifestações.

oriunda da delegação de poder do principal para o agente. Havendo delegação de poder, há a necessidade de prestação de contas e de auditoria das contas prestadas.

Há, de fato, uma relação imbricada entre auditoria, teoria da agência e *accountability*, implicitamente bem contextualizada, no âmbito do setor público, pelas Normas de Auditoria do Tribunal de Contas da União – TCU (2010, p. 3-12):

A auditoria governamental realizada pelo TCU é um elemento primordial para assegurar e promover o cumprimento do dever de *accountability* que os administradores públicos têm para com a sociedade e o Parlamento [...]

O termo *accountability*, que não possui tradução precisa para o nosso idioma, representa, segundo definição extraída do Manual de Auditoria Integrada do Escritório do Auditor-Geral do Canadá (OAG), a obrigação de responder por uma responsabilidade outorgada. Pressupõe a existência de pelo menos duas partes: uma que delega a responsabilidade e outra que a aceita, mediante o compromisso de prestar contas sobre como essa responsabilidade foi cumprida. O termo sintetiza a preservação dos interesses dos cidadãos por meio da transparência, responsabilização e prestação de contas pela administração pública.
[...]

A auditoria, no contexto da *accountability*, conforme o conceito desenvolvido pelo Escritório do Auditor-Geral do Canadá (OAG) é a ação independente de um terceiro sobre uma relação de *accountability*, objetivando expressar uma opinião ou emitir comentários e sugestões sobre como essa relação está sendo obedecida.

Ainda no campo do setor público, destaca-se a abordagem desenvolvida por O'DONNEL (1998), segundo a qual *accountability* pública subdivide-se em vertical e horizontal, a depender do plano em que se localize o controlador do Estado.

Na *accountability vertical*, são os cidadãos que controlam o Estado,

seja por meio das eleições ou de outras formas de controle social, ao passo que na *accountability horizontal* o Estado é controlado por órgãos integrantes da sua própria estrutura, ao encontro da lógica de freios e contrapesos, que acompanha a fórmula da tripartição funcional do Poder, popularizada por Montesquieu. Nas palavras de O'DONNEL (1998):

Eleições, reivindicações sociais que possam ser normalmente proferidas, sem que se corra o risco de coerção, e cobertura regular pela mídia ao menos das mais visíveis dessas reivindicações e de atos supostamente ilícitos de autoridades públicas são dimensões do que chamo de “*accountability vertical*”.

[...] Posso, agora, definir o que entendo por *accountability horizontal*: a existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas.

Nessa esteira, merece menção, adicionalmente, a abordagem de MARTINS (1998, p. 13), adiante reproduzida, acerca das possibilidades de controle entre Estado e sociedade. Na análise combinatória realizada pelo citado autor, o Estado, na qualidade de controlador, pode controlar a sociedade ou o próprio Estado; e a sociedade, na condição de controladora, pode controlar o Estado ou a própria sociedade. Essas seriam as principais categorias de controle existentes na vida social.

[...] A partir da dicotomia Estado-Sociedade, podemos imaginar quatro grandes categorias, assim discriminadas: controles exercidos pela sociedade (1. sobre si mesma; 2. sobre o Estado); controles exercidos pelo Estado (3. sobre a Sociedade; 4. sobre si mesmo).

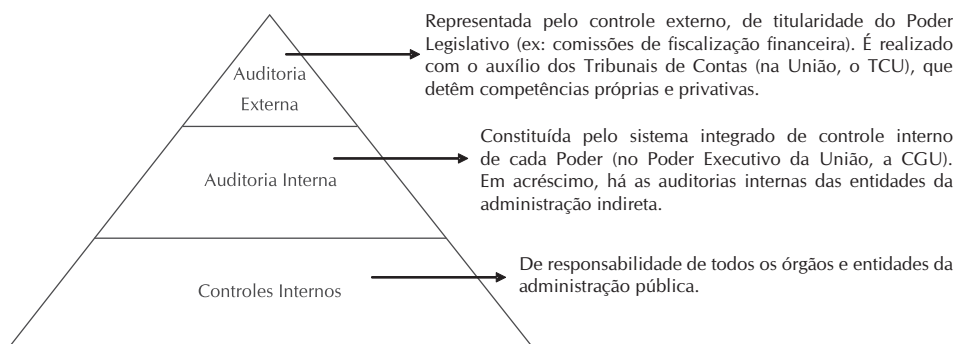
Tendo em vista o potencial da análise relativa às várias dimensões de *accountability*, passa-se agora ao exame da estrutura brasileira de *accounta-*

bility horizontal, nos moldes da pirâmide pública de controle.

7. Pirâmide de Controle da Gestão dos Recursos Públicos

No Brasil, a *accountability* horizontal, relativa ao controle da gestão dos recursos públicos, tem traços bem definidos pela Constituição Federal de 1988 (arts. 70 a 75), a qual articula órgãos públicos de controles externos e internos sob a mesma racionalidade piramidal já estudada, de tal sorte que podem ser caracterizados como instâncias constituintes de um sistema dotado de organicidade, adiante retratado em modo panorâmico.

Pirâmide de Controle da Gestão dos Recursos Públicos, segundo a Constituição de 1988



Essa ilustração visa a transmitir, tão somente, uma imagem global do sistema de controle horizontal a que se submete a administração pública, no tocante à gestão dos recursos públicos, sem esgotá-lo, valendo enfatizar que o controle legislativo financeiro é o vértice da pirâmide em destaque, a partir do qual se projetam as suas faces.

Questão relevante a ser comentada, no patamar superior do poliedro em análise, é que o fato de o controle externo ter sido representado como auditoria externa não constitui, evidentemente, confusão conceitual, até porque já foi devidamente traçada a distinção entre controle e auditoria; trata-se, na realidade, do reconhecimento da íntima relação entre ambos, ao

encontro do seguinte entendimento, gravado na Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria⁶, publicada em 1977:

As Entidades Fiscalizadoras Superiores **auditam** as atividades do governo, suas autoridades administrativas e outras instituições subordinadas. **(grifou-se)**

Apenas a título informativo, cabe esclarecer que os Tribunais de Contas são espécie do gênero Entidade Fiscalizadora Superior – EFS, o qual contempla, como instituições congêneres, as Auditorias Gerais, a exemplo do que ocorre no Reino Unido, com o *National Audit Office* – NAO, e nos Estados Unidos da América, com o *Government Accountability Office* – GAO⁷.

Explorados alguns aspectos do controle externo, parte-se, agora, em direção à base da pirâmide, mediante a realização de uma abreviada exploração da sua instância intermediária, relativa à auditoria interna. No âmbito da União, é neste nível que se encontra a Secretaria Federal de Controle Interno – SFCI, subordinada à Controladoria Geral da União – CGU. A SFCI é o órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, que também tem como componentes os órgãos setoriais de controle discriminados pela Lei nº 10.180/2001, os quais, assim como o órgão central, podem subdividir-se em unidades setoriais e regionais.

Note-se que, dentre outras competências, cabem a esses órgãos e unidades, integrantes do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal, a avaliação das unidades de auditorias internas das entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista) do Executivo federal, as quais, pelo fato de serem pessoas jurídicas, e não meros centros de competência da União, têm suas próprias unidades de auditoria interna.

⁶Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/relacoes_institucionais/relacoes_internacionais/organizacoes_internacionais/DECLARA%C3%87%C3%83O_DE_LIMA_PORT_0.pdf

⁷É digno de menção do fato de que, em 2004, o GAO, que é a Entidade Fiscalizadora Superior – EFS dos EUA, e nessa medida órgão equivalente ao TCU naquele país, alterou o seu nome oficial de *General Accounting Office* para *Government Accountability Office*, sob a justificativa de que “o nosso novo nome tornará claro que a nossa maior prioridade é melhorar a performance do governo federal e assegurar sua *accountability* perante o Congresso e o povo americano”.

Com essa articulação, percebe-se que, no nível intermediário da pirâmide em estudo, pertinente à auditoria interna, há um grau de hibridismo digno de nota: o órgão de auditoria interna do Poder Executivo, conforme descrito, também audita as auditorias internas das entidades da administração indireta desse mesmo Poder. Analisando esse caso peculiar, BANDEIRA DE MELLO (2009, p. 927) assinala que:

A Administração Pública, direta, indireta ou fundacional, assujeita-se a controles internos e externos. Interno é o controle exercido por órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do Poder Executivo. Externo é o efetuado por órgãos alheios à Administração. **(grifos do autor)**

Assumida essa codificação terminológica, cumpriria ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta e fundacional (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe compõem a intimidade e aos quais assiste esta função, e aqueloutro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de **controle interno exterior**. **(grifou-se)**

Neste ponto da presente análise, já tangenciando a base da pirâmide em foco, é fundamental acrescentar que a SFCI/CGU não é a instituição responsável pelos controles internos de cada órgão e entidade da administração pública federal, mas, sim, uma das instituições encarregadas de avaliar o efetivo funcionamento desses controles, cabendo frisar, ainda, que, em respeito ao mandamento gravado no art. 74 da Lei Magna de 1988, além do Poder Executivo, cada Casa do Poder Legislativo, cada Tribunal de Contas, cada Ministério Público e cada Tribunal do Poder Judiciário deve ter o seu respectivo órgão de controle interno.

Remarque-se, por conseguinte, que, no âmbito do setor público, assim como ocorre na esfera privada, a auditoria interna não se confunde com os controles internos que formam a base da estrutura piramidal em estudo,

designada de controles internos administrativos, segundo a terminologia exteriorizada pela Instrução Normativa SFCI nº 01/2001, tal como segue:

Um dos objetivos fundamentais do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal é a **avaliação dos controles internos administrativos** das unidades ou entidades sob exame. [...]

O **controle interno administrativo** é o conjunto de atividades, planos, rotinas, métodos e procedimentos interligados, estabelecidos com vistas a assegurar que os objetivos das unidades e entidades da administração pública sejam alcançados, de forma confiável e concreta, evidenciando eventuais desvios ao longo da gestão, até a consecução dos objetivos fixados pelo Poder Público. **(grifou-se)**

Na área pública, a comum confusão entre auditoria interna e controles internos tende a ser potencializada, dentre outros motivos, por força da redação constitucional relacionada ao tema, a qual se utilizou da expressão controle interno, no nível da auditoria interna, sem distingui-lo de controles internos administrativos, como bem registra um importante estudo publicado em 2009 pelo TCU, intitulado Critérios Gerais de Controle Interno na Administração Pública (2009, p. 5-44), nos seguintes fragmentos:

Alerte-se que o **controle interno, da própria entidade**, objeto do presente estudo, **não deve ser confundido com o sistema de controle interno a que se refere o artigo 74**, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

[...]

Desse modo, convém ter claro que o papel do sistema de controle interno de Poder, previsto no art. 74, da CF/88, não se confunde, e nem substitui, o sistema de controle interno de cada organização pública, em particular.

[...]

Como já assinalamos anteriormente, **a forma como a Constituição de 1988 dispôs sobre os sistemas de controle interno no setor público tem gerado**, ao longo dos

anos, **certa confusão em relação à terminologia corrente sobre o assunto**. Isso porque, nos artigos 31, 70 e 74 da CF/88, o constituinte mais se limitou a tipificar as finalidades e as características orgânicas do sistema de controle interno, e não apresentou – e não deveria fazê-lo – o conceito dessa importante atividade administrativa para a consecução dos resultados de uma gestão. **(grifou-se)**

Para que não restem dúvidas, convém reproduzir, em desfecho, a nítida distinção, positivada pela Instrução Normativa – IN TCU nº 63/2010, entre controles internos (que representam a base da pirâmide em estudo) e órgãos de controle interno (que se situam no nível piramidal intermediário, pertinente à auditoria interna):

Controles Internos: conjunto de atividades, planos, métodos, indicadores e procedimentos interligados, utilizado com vistas a assegurar a conformidade dos atos de gestão e a concorrer para que os objetivos e metas estabelecidos para as unidades jurisdicionadas sejam alcançados.

Órgãos de controle interno: unidades administrativas, integrantes dos sistemas de controle interno da administração pública federal, incumbidas, entre outras funções, da verificação da consistência e qualidade dos controles internos, bem como do apoio às atividades de controle externo exercidas pelo Tribunal. **(grifou-se)**

8. Controle de Regularidade x Controle de Resultados

Capturada a imagem global da pirâmide de controle da gestão de recursos públicos, convém explorar, como encerramento, um dos temas mais instigantes do debate contemporâneo sobre controle da administração pública: o falso dilema entre o controle de regularidade e o controle de resultados.

Costumam ser variados os pares de contraste utilizados para simbolizar o referido debate: *legalidade x resultados*; *legalidade x desempenho*;

conformidade x desempenho; regularidade x resultados; controle de inputs x controle de outputs/outcomes; auditoria de regularidade x auditoria operacional; etc.

Em círculos polemistas, o tom é enfaticamente maniqueísta: o velho versus o novo; o antigo versus o moderno; o antiquado versus o adequado. Já em ambientes mais especializados, não se vê razões para que se alimente qualquer conflito existencial entre auditoria de regularidade e auditoria de resultado, conforme se depreende do conceito amplo de auditoria apresentado pelo glossário da INTOSAI⁸, tal como segue:

Auditoria é o exame das operações, atividades e sistemas de determinada entidade, com vista a verificar se são executados ou funcionam em **conformidade com** determinados **objetivos, orçamentos, regras e normas**.

Esse enunciado geral, ao explicitar a abrangência da auditoria, informa, com meridiana clareza, que o termo conformidade ostenta certa elasticidade, na medida em que pode se referir não só a regras, mas também a objetivos. Sendo assim, o mencionado vocábulo se aplica tanto ao controle de regularidade quanto ao de resultado.

No setor público, é evidente, o controle mais tradicional é o de regularidade⁹, usualmente chamado de controle de legalidade, fato este que se explica pela relevância dos princípios administrativos da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, segundos os quais o gestor público só pode fazer o que a lei permite, incorrendo em irregularidade na hipótese de transgredir as restrições legais a que se sujeita.

É por essa razão que, no linguajar de auditoria, o controle de regularidade é caracterizado como aquele que coteja fatos e normas. Resgatando-se a visão de que o processo de controle, em sentido amplo, é centrado no

⁸A *International Organization of Supreme Audit Institution* – INTOSAI é a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

⁹Não há uma abordagem única para o exato alcance da auditoria de regularidade, mas, em conformidade com a INTOSAI, citada pelo Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010), “a auditoria de regularidade (*regularity audit*) compreende auditoria financeira, auditoria de controles internos e auditoria da legalidade de atos administrativos (ISSAI 100/39, 2001)”.

confronto entre situação e critério, tem-se que, na dimensão de controle em análise, a situação encontrada é comumente designada por “fato”, e o critério pré-estabelecido, por “norma”; daí o contraste *fato x norma*.

Controle de Regularidade = Fato x Norma

A atividade de controle, porém, não se limita, como visto, a auditorias de regularidade. No controle de resultados, representado pelas auditorias operacionais (ou de desempenho), que por bem se encontram em plena ascensão, o critério, em vez de definido em norma, é estabelecido, por exemplo, em termos de objetivos e metas fixadas pela atividade de planejamento. É por esse motivo que o par de contraste *situação x critério* representa com maior integridade o real alcance da atividade de controle, em sentido amplo.

Controle (em sentido amplo) = Situação x Critério

No caso das auditorias operacionais, conforme consta no Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010, p. 35):

Critério de auditoria é o padrão de desempenho usado para medir a **economicidade, eficiência, eficácia e efetividade** do objeto de auditoria. (grifou-se)

De acordo com o citado Manual, existem quatro¹⁰ dimensões clássicas de desempenho, passíveis de aferição mediante indicadores: economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. A **economicidade** corresponde à minimização de custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem o comprometimento dos padrões de qualidade; a **eficiência** se refere ao nível de esforço requerido por um determinado processo de transformação de insumos em produtos; a **eficácia** representa a concretização dos produtos

¹⁰O referido Manual informa que, além dessas quatro dimensões de desempenho, ainda há outros aspectos que podem ser avaliados, tais como a qualidade dos serviços, o grau de adequação dos resultados dos programas às necessidades das clientelas e a equidade na distribuição de bens e serviços.

(bens/serviços), independentemente dos custos implicados; e a **efetividade** diz respeito ao alcance dos resultados planejados, no médio e longo prazo, em termos de objetivos pretendidos (impactos esperados) e de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados).

No que se refere ao controle de resultados, por oportuno, é importante enfatizar que a Lei Fundamental de 1988, no *caput* do seu art. 70, faz referência expressa à fiscalização operacional, e, no inciso IV de seu art. 71, a auditorias de natureza operacional. Visando a concretizar esse comando magno, a Corte de Contas da União, aqui citada a título de exemplo, criou uma unidade especializada em auditoria operacional – assim conceituada pelo Manual de Auditoria Operacional do TCU (2010, p. 11):

Auditoria Operacional – ANOp é o exame independente e objetivo da **economicidade, eficiência, eficácia e efetividade** de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. (**grifou-se**)

Fato interessante a ser observado, nesse contexto, é que o controle de regularidade pode ser determinante para o alcance de resultados planejados, medidos em termos de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. Aquisições superfaturadas, por exemplo, violam a economicidade e resultam em ineficiência ao prejudicar a relação insumos-produtos; desvios de verbas fazem com que determinados produtos ou serviços não alcancem os respectivos públicos-alvo, prejudicando a dimensão da eficácia, traduzida por metas físicas planejadas; e a diminuição dos quantitativos de bens e serviços programados, obviamente, compromete a efetividade dos programas de governo.

Da conjunção desses elementos, nota-se a existência de certa fluidez entre os conceitos em estudo. Paralelamente, em termos concretos, conscientemente ou não, a sociedade é intensamente afetada pelas irregularidades que desvirtuam a gestão dos recursos públicos. Especificamente no que tange à corrupção, não faltam exemplos de situações escandalosas de desvios de recursos – amplamente divulgadas pela mídia¹¹ – que desmascaram

com veemência as versões fantasiosas que tendem a desqualificar o controle de regularidade, que o rotulam como algo irrelevante ou antiquado. É nítida, na realidade brasileira, a importância das auditorias de regularidade para que se alcance a efetividade na ação governamental.

Sob esta ordem de ideias, pode-se dizer que os resultados não dependem apenas da qualidade da formulação de políticas públicas ou de aspectos conceituais de gestão e implementação, mas também da regularidade na execução dos programas de governo.

Esse entendimento geral, de que as auditorias de regularidade e operacional são complementares e não excludentes, há muito já havia sido explicitado, com inobjetável clareza, pela Declaração de Lima sobre Diretrizes para Preceitos de Auditoria¹², publicada em 1977, nos seguintes termos:

A **tarefa tradicional** de Entidades Fiscalizadoras Superiores é auditar a **legalidade e regularidade** da gestão financeira e da contabilidade.

Além desse tipo de auditoria, cuja importância se mantém, há um outro tipo de auditoria igualmente importante – a **auditoria operacional** – cuja finalidade é verificar o desempenho, a economia, a eficiência e a eficácia da administração pública. A auditoria operacional não se restringe a operações financeiras específicas e abrange todas as atividades governamentais, inclusive seus sistemas organizacionais e administrativos.

Os objetivos de auditoria de uma Entidade Fiscalizadora Superior – **legalidade, regularidade, economia, eficiência e eficácia na gestão financeira – têm basicamente a mesma importância**. No entanto, cabe a cada Entidade Fiscalizadora Superior determinar suas prioridades, caso a caso. **(grifou-se)**

¹¹Este sítio eletrônico apresenta um bom retrato da corrupção no Brasil: <http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1650291-15605,00.html>.

¹²Disponível em: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/relacoes_institucionais/relacoes_internacionais/organizacoes_internacionais/DECLARA%C3%87%C3%83O_DE_LIMA_PORT_0.pdf

Nesse mesmo diapasão, a Portaria TCU nº 280/2010, ao aprovar as Normas de Auditoria do TCU, assim dispôs:

Quanto à natureza, as auditorias classificam-se em:

- **Auditorias de regularidade**, que objetivam examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à jurisdição do Tribunal, quanto aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. Compõem as auditorias de regularidade as auditorias de conformidade e as auditorias contábeis.
- **Auditorias operacionais**, que objetivam examinar a economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de avaliar o seu desempenho e de promover o aperfeiçoamento da gestão pública.

[...]

A classificação das auditorias como de regularidade ou operacional dependerá do objetivo prevalecente em cada trabalho de auditoria, já que elas **constituem parte de um mesmo todo da auditoria governamental** e às vezes integram o escopo de um mesmo trabalho de auditoria. **(grifou-se)**

Conclusão semelhante pode ser encontrada, também, no campo de estudo das reformas da Administração Pública. No livro intitulado “Desempenho ou Legalidade?”, por exemplo, POLLITT (2008, p. 286-287), consultor da OCDE, ressalta que:

Grande parte das iniciativas de reforma da administração pública enfatizou uma substituição do controle dos inputs e dos processos por novas formas, as quais são baseadas na medição dos outputs e dos resultados. [...]

Essas mudanças no foco da administração da administra-

ção pública estão refletidas nas preocupações expressadas na auditoria operacional. [...] É a auditoria operacional que está preocupada com a boa administração, com o custo-benefício e com os ‘três Es’. [...]

Contudo, não há indício de que a **auditoria operacional** tenha como propósito substituir a auditoria financeira. Muito pelo contrário, ela **foi desenvolvida como um complemento à auditoria tradicional**, da mesma forma como a Nova Administração Pública afirma adicionar eficiência e efetividade administrativa aos valores tradicionais burocráticos da prudência e da correição procedimental. **(grifou-se)**

Em acréscimo, POLLITT (2008, p. 293) destaca que a “ênfase crescente na ‘administração de resultados’ em muitos setores públicos cria um espaço sempre em crescimento para a ‘auditoria de resultados’ [...]”.

À vista dessas considerações, é possível concluir, em resumo, que o controle, vis-à-vis a reformas gerenciais, evidentemente não desaparece; cresce em importância e evolui, acompanhando uma lógica segundo a qual as auditorias de regularidade e operacional se colocam lado a lado, e não em rota de colisão.

Sob essa perspectiva, uma demonstração de maturidade, em matéria de controle, consiste em reconhecer o papel e o valor de cada uma dessas grandes vertentes da auditoria, e não em estabelecer preferências às cegas a fim de antagonizá-las. Afinal, não é porque as auditorias operacionais têm sido crescentemente valorizadas – fato este que deve ser celebrado com grande entusiasmo – que as auditorias de regularidade devam desaparecer, pois, enquanto houver comandos legais destinados a disciplinar a atuação dos gestores públicos, deve prevalecer a aplicação efetiva das leis, e não a prevaricação.

Referências

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança Corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ATTIE, William. **Auditoria Interna**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOYNTON, William C. **Auditoria**. São Paulo: Atlas, 2002.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Em: Reforma do Estado e administração pública gerencial. Org: Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Kevin Spink. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Comentários à reforma administrativa federal: exegese do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. São Paulo: Saraiva, 1975.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. **Teoria da Firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade**. Revista de Administração de Empresas – RAE. Vol. 48. nº 2 . abr./jun. 2008.

MARTINS, Carlos Estevam. **Governabilidade e Controles**. Rev. São Paulo em Perspectivas, 2 (1): 10-17, jan./mar. 1988.

MARTINS, Eliseu. **Contabilidade de Custos**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Teoria Geral da Administração: da**

revolução urbana à revolução digital. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. **Novas e horizontal Responsabilidade poliarquias.** São Paulo: Lua Nova, n. 44, 1998.

POLLITT, Christopher. **Desempenho ou Legalidade?** Auditoria Operacional e de gestão pública em cinco países. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRZEWORSKI, Adam. **Sobre o desenho do Estado:** uma perspectiva agent x principal. Em: Reforma do Estado e administração pública gerencial. Org: Luiz Carlos Bresser Pereira e Peter Kevin Spink. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

RESENDE, Fernando Antonio. **Finanças Públicas.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. SÁ, Antônio Lopes de. **Curso de Auditoria.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SLOMSKI, Valmor. **Controladoria e Governança na Gestão Pública.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

STERCK, Miekatrien; SCHEERS, Bram; BOUCKAERT, Geert. **The modernization of the public control pyramid: international trends.** Report. Bélgica: Bestuurlijke Organisatie Vlaanderen, 2005.

Cadastro Reserva em Certames Públicos: Mera Discricionariedade ou Vinculação Administrativa?

Richard Paes Lyra Junior

Advogado em São Paulo, especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito, articulista em diversos sítios jurídicos especializados.

Resumo: Trata-se de ensaio jurídico acerca do tema concurso público, mais especificamente quanto à formação de cadastro reserva e a consequente prorrogação do certame. De tal sorte, sua análise resta balizada à luz dos princípios constitucionais e orientações jurisprudenciais que aludem à temática ora proposta.

EMENTA: CONCURSO PÚBLICO – CADASTRO RESERVA – PRORROGAÇÃO DO CERTAME – VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – PAPEL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Há tempos, o país observa contínua e progressiva migração de profissionais do setor privado para o público. Seja pelo fator estabilidade, seja por mero idealismo, fato é que a procura por certames públicos tornou-se prioridade para 7 em cada 10 profissionais recém-egressos das universidades públicas e privadas brasileiras.

Para tal, cumpre ao candidato submeter-se às exigências de um edital, que, segundo José Afonso da Silva, *“visa essencialmente realizar o princípio de mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II)”*. [1]

Não obstante a árdua missão de conquistar sua vaga, num universo de milhares de concorrentes, o candidato, por vezes, não logra o êxito merecido e esperado. É que a complicada vida do *“concurseiro”* resta ainda

mais tormentosa face ao constante desrespeito da Administração Pública, em geral, no tocante às normas constitucionais alusivas a concurso público.

É certo que, há algum tempo, STJ e STF pacificaram o entendimento inerente ao direito do candidato aprovado dentro do número das vagas estabelecidas no instrumento editalício a ser nomeado ao final do lapso temporal previsto para a vigência do certame.

No entanto, muitas questões, ainda, carecem da atenção do Poder Judiciário, eis que conduzem o rumo de um concurso a terrenos deveras nebulosos, por vezes, culminando em prejuízos irreparáveis, não apenas aos candidatos, mas à sociedade como um todo.

Exemplo unívoco pode ser extraído da polêmica que alude ao tema **“cadastro de reserva”** e **“prorrogação do concurso público”**.

Bastante recorrente em concursos modernos, o chamado cadastro de reserva objetiva, em tese, reunir candidatos habilitados a assumir dada função pública segundo expectativa (evento futuro e incerto) aferida, a priori, conforme a necessidade do órgão ou entidade pública. De tal sorte, a Administração Pública observa a regra descrita no artigo 37, III [2], da Carta Magna, cujo teor estabelece um prazo de validade de até dois anos prorrogáveis pelo mesmo período.

Ab initio, imperioso consignar que STJ e o STF [3], por vezes, entenderam que candidatos aprovados em cadastro reserva possuem **“mera expectativa de direito à nomeação”** em concurso, bem como restou assentado que a prorrogação de um certame público denota o caráter **“discricionário”** da Administração Pública em assim proceder, obstando a análise do Poder Judiciário acerca do tema.

À margem de qualquer polêmica, é preciso reconhecer que a premissa acima estatuída consagra, apenas e tão somente, a regra deste núcleo e, como tal, comporta exceção, devendo, portanto, ser aferida caso a caso, senão vejamos.

Desde a confirmação da tese, pelo STF e STJ, atinente ao direito de nomeação dos aprovados conforme as vagas definidas no Edital, a Administração Pública, temendo eventuais complicações financeiras e orçamentárias, tem lançado mão de um expediente costumeiramente aferível nos últimos certames: **vagas predeterminadas cumuladas com a formação de Cadastro Reserva**.

Desta feita, por razões diversas, a Administração Pública deixa de preencher o número de vagas predeterminadas ao final dos dois anos de validade do certame (desistências, candidatos inaptos em exames complementares, suposta dificuldade orçamentária, etc.) e, apesar das vagas existentes e da manifesta necessidade em preenchê-las, deixa de convocar aqueles candidatos constantes em cadastro, preferindo publicar novo instrumento editalício.

Ora, mediante perfunctória leitura acima, é possível depreender que a existência de vagas remanescentes, aliada à formação de cadastro reserva, bem como o caráter dispendioso de um novo certame, torna a situação em tela extraordinária se comparada àquela descrita como regra.

É que a Carta Magna brasileira elenca expressa e implicitamente dispositivos constitucionais deveras sensíveis e de observância obrigatória pelo administrador público, por sua vez, negligenciados *in casu*.

Em outras linhas, a decisão administrativa no sentido de não aproveitar o cadastro reserva, havendo vagas remanescentes, viola inequivocamente os princípios da **“Legalidade, Eficiência, Moralidade e, por derradeiro, o princípio da dignidade da pessoa humana”**.

Como é cediço, a edição de um concurso público é precedida de necessária lei que autoriza sua abertura, bem como defina um número exato de vagas a serem providas. Assim, por exemplo, se o instrumento editalício previu 130 vagas para um dado cargo, mas por algum motivo não conseguiu provê-las in totum, sem, no entanto, convocar o cadastro reserva para supri-las, afigura-se latente a **violação ao princípio da legalidade, eis que a Administração restou vinculada ao número de vagas ofertadas e tinha meios materiais para seu preenchimento**.

Na mesma esteira, o não-aproveitamento desse material humano coloca em xeque a estrutura jurídico-constitucional estatuída pelo **princípio da eficiência administrativa, eis que, desta forma, a Administração simplesmente descarta profissionais de comprovada boa técnica e aptos a atender às expectativas almejadas pela máquina pública**.

Ademais, vale consignar o desrespeito **aos princípios da moralidade e dignidade da pessoa humana**. Inequívoco reconhecer que, ao formar cadastro reserva, em certames públicos, a Administração Pública incute, tanto no

indivíduo (candidato) quanto na sociedade, a ideia de aproveitamento destas pessoas assim que caracterizada a possibilidade de seu aproveitamento.

É o que se infere do julgado abaixo, *in verbis*:

“Entende esse Juízo que, ao promover o concurso público, **ainda que inicialmente para a formação de cadastro de reserva, ré compromete-se a contratar os aprovados, pois o concurso figura como uma promessa de contratação, desde que haja necessidade do serviço**, o que corresponde a fato incontroverso nos autos. A compreensão da lide perpassa pela análise do conteúdo ético do certame, de modo que, ao **se inscreverem de boa fé no concurso público, todos os candidatos arcam com os custos do processo de seleção, e se dedicam à preparação, com a expectativa de que, uma vez aprovados, preenchidos os requisitos legais e, havendo necessidade do serviço, a contratação corresponde a um direito inafastável**” (grifo nosso).[4]

Destarte, uma vez frustrada a convocação do candidato, quando esta era possível, resta evidente a quebra da boa-fé objetiva que norteia todo e qualquer certame, bem como faz com que o candidato, que há tempos aspirava à oportunidade de ingressar no serviço público, experimente situação de absoluto desconforto emocional, que não se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, exsurge unívoco asseverar que a decisão injustificada de não prorrogar um certame, no qual há candidatos suficientes à vaga pretendida, para lançar novo instrumento editalício, vai de encontro ao **princípio da economicidade** (art. 70, CF) [5]. Neste diapasão, vale destacar o ensinamento de Ricardo Lobo Torres [6], *in verbis*:

“O conceito de economicidade, originário da linguagem dos economistas, corresponde, no discurso jurídico, ao de justiça. (...) eficiência na gestão financeira e na exe-

cução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos e na maximização da receita e da arrecadação. (...) “sobretudo, a justa adequação e equilíbrio entre as duas vertentes das finanças públicas.”

Consoante o excerto supra, resta indubitoso asseverar que a decisão de não prorrogar um certame para, em seguida, lançar outro, afronta o princípio da economicidade. **Como é cediço, a edição de um novo certame implica uma série de procedimentos, desde os preparos que antecedem à licitação até a efetiva escolha da nova organizadora do certame, demandando tempo e gastos, que, por sua vez, seriam evitados com a simples prorrogação daquele vigente.**

Tais posições restam confirmadas em recente julgado proferido na Justiça Federal de Sergipe, cujo *decisum* determinou a prorrogação da validade de certame público promovido por autarquia de âmbito federal, após reconhecida a ilegalidade do ato administrativo que altera a data de vigência do concurso, a inobservância dos princípios da moralidade e proporcionalidade, bem como em homenagem ao princípio da economicidade.

Aqui, cabe consignar os fundamentos explicitados nesta r. decisão, in verbis:

“Na lição da doutrina, a **proporcionalidade** exprime uma correlação de eficácia do ato em relação à realidade sobre a qual vai atuar, selecionando as medidas adequadas à satisfação do interesse público específico colimado pela norma de regência do caso concreto. De seu lado, a **razoabilidade** opera uma harmonização da seleção prévia derivada da proporcionalidade, permitindo balancear a aplicação da medida selecionada, de modo que a satisfação do interesse público ocorra concretamente com a menor restrição possível aos direitos individuais dos cidadãos. Nesse contexto, é consabido o esforço e dispêndio para a definição das necessidades de pessoal e a respectiva alocação de recursos na lei orçamentária para prover os cargos públicos. Ora, vencidas todas as etapas - de natureza política, orçamentária e administrativa -, **realizado o concurso e selecionados**

os melhores candidatos, não se mostra aceitável, em termos de boa gestão administrativa - informada pela proporcionalidade e pela razoabilidade -, a alteração das regras editalícias, manobrando-se seu prazo de validade antes fixado, aspecto que poderia levar ao improvimento de vagas com candidatos a tanto habilitados. (...) Sob outro giro, a previsibilidade imanente à segurança jurídica implica um elo de confiança entre Estado e indivíduo e uma salvaguarda para toda a sociedade, pois preserva e exige um mínimo ético de parte a parte. A implicação do postulado da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé, com os atos administrativos (...) O princípio da boa-fé, por sua vez, também abrange o aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. (...)Com efeito, na hipótese versada nesta demanda, não é conferido ao INSS o direito de surpreender a todos com a expedição de um edital retificador após a realização do certame e uma vez conhecidos os candidatos aprovados em definitivo, manipulando o seu prazo de validade.” [7]

É certo que o caso em tela reserva certa peculiaridade, ante ao reconhecimento da ilegalidade do ato administrativo que, após a homologação do certame, alterou dispositivo editalício alusivo à vigência do certame. No entanto, em seu bojo, trouxe elementos que consagram à observância de princípios sensíveis por parte da Administração Pública, impedindo que a inicial discricionariedade descambe para a arbitrariedade.

Recentemente, o próprio STF deu sinais de que os princípios constitucionais suso mencionados, enfim, começam a permear o espectro do concurso público ao julgar o RE 581113/SC, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, cuja ementa transcreve-se, in verbis:

EMENTA Concurso público. Criação, por lei federal, de novos cargos durante o prazo de validade do certame. Posterior regulamentação editada pelo Tribunal Superior Eleitoral a determinar o aproveitamento, para o preenchi-

mento daqueles cargos, de aprovados em concurso que estivesse em vigor à data da publicação da Lei.

1. A Administração, é certo, não está obrigada a prorrogar o prazo de validade dos concursos públicos; porém, se novos cargos vêm a ser criados, durante tal prazo de validade, mostra-se de todo recomendável que se proceda a essa prorrogação. 2. Na hipótese de haver novas vagas, prestes a serem preenchidas, e razoável número de aprovados em concurso ainda em vigor quando da edição da Lei que criou essas novas vagas, não são justificativas bastantes para o indeferimento da prorrogação da validade de certame público razões de política administrativa interna do Tribunal Regional Eleitoral que realizou o concurso. 3. Recurso extraordinário provido. (grifo nosso) [8]

A decisão é paradigmática, eis que reflete os valores buscados por todo e qualquer Estado Democrático de Direito, que deve primar pela qualificação técnico-profissional de seus servidores, sem descuidar a primazia pelo esmerado atendimento ao interesse público primário, bem como atende ao preceito que preconiza o respeito à pessoa humana.

Desta forma, é possível abstrair que a ideia de discricionariedade na convocação do cadastro reserva e respectiva prorrogação do certame, apesar de regra, deve ser mensurada conforme as peculiaridades do caso concreto, devendo o administrador subsumi-las à efetiva necessidade de preenchimento de servidores e, fundamentalmente, às regras expressas na Carta Magna.

Noutras palavras, é preciso que o Poder Judiciário consolide os posicionamentos descritos outrora, de modo a não permitir que princípios constitucionais tornem-se letra morta, sendo, por vezes, aviltados pela Administração Pública em sede de concursos públicos Brasil afora.

Notas

[1] **DA SILVA**, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. Malheiros Editores. 2007. Pag. 679

[2] Art. 37 - (...)

III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

[3] 1. O candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital tem mera expectativa de direito à nomeação. Com isso, compete à Administração, dentro do seu poder discricionário e atendendo aos seus interesses, nomear candidatos aprovados de acordo com a sua conveniência, respeitando-se, contudo, a ordem de classificação, a fim de evitar arbítrios e preterições. **2. A prorrogação do prazo de validade de concurso público é ato discricionário da Administração, sendo vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios de conveniência e oportunidade adotados**". (STJ, RMS 25501/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Quinta Turma, j. 18/08/2009, DJ 14/09/2009) (grifo nosso)

[4] TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 19ª REGIÃO. 8ª VARA DO TRABALHO DE MACEIÓ/AL. PROCESSO: 0001605-55.2010.5.19.0008. j. em 27 de maio de 2011.

[5] Art. 70. CF - A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (grifo nosso)

[6] **TORRES**, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. Revista do TCE/RJ, nº 22. Rio de Janeiro,

jul/1991, pp. 37/44.

[7] JFSE, Ação Civil Pública nº 0005370-43.2010.4.05.8500, 2ª Vara Federal, j.17/05/2011.

[8] STF, RE 581113/SC, Rel. Min. DIAS TOFFOLI J. 05/04/2011, Primeira Turma, DJe 31/05/2011.

Súmulas Relacionadas ao Controle Externo

Clayton Costa da Silva

Graduado em Ciências Contábeis pela
Universidade Federal do Ceará – UFC (2009)
Assistente em Administração do Instituto Federal
do Estado do Ceará (IFCE) – Campus Acaraú

Giovana de Albuquerque Andrade

Graduada em Ciências Contábeis pela
Universidade Federal do Ceará – UFC (2009)
Pós-Graduada em Auditoria e Controle Externo
pela Faculdade de Tecnologia Darcy Ribeiro (2011)
Analista de Controle Externo do Tribunal
de Contas do Estado do Ceará (TCE)

Resumo: Controle externo é o que se realiza por órgão distinto daquele responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade administrativa e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento. Atualmente, o sistema de fiscalização governamental brasileiro está estruturado a partir das disposições contidas nos arts. 70 a 75 da Carta Magna de 1988. Na execução dessas atividades, os órgãos de Controle Externo acabam por se deparar com situações controversas, que abrem margem para diversas interpretações dos dispositivos que regulam as atividades de controle. Assim, inicialmente, em virtude da inoperância judiciária brasileira, fato social decorrente de inúmeros fatores sócio-organizacionais, sobretudo o grande número de processos e o diminuto número de magistrados, surgiu a figura da “Súmula”. Deste modo, objetivou-se, no presente trabalho, apresentar as principais Súmulas editadas pelo STF, STJ e TCU relacionadas ao tema controle externo. Para tanto, foi realizada inicialmente uma pesquisa documental, apresentando aspectos gerais pertinentes à figura das súmulas. Ademais, a pesquisa bibliográfica é empregada nos campos atinentes às súmulas relacionadas às normas de controle externo. Ressalte-se que o universo da pesquisa foram todas as súmulas editadas pelo STF, STJ e TCU. Após a coleta, foram selecionadas as súmulas que tiveram mais repercussão nos meios de publicação. Ao término, foi possível identificar as principais súmulas editadas para efetivar o controle externo. Constatou-se, portanto, que o campo do Controle

Externo também é uma área que demanda a edição de numerosas súmulas para a pacificação dos entendimentos. Nesse contexto, o TCU vem se destacando com a edição constante de súmulas, objetivando uniformizar os temas controversos. Algumas problemáticas chegaram ao STF, e, por fim, dois casos, ao STJ.

1. Introdução

Controle externo sobre as atividades da Administração Pública é todo aquele controle exercido por um Poder ou órgão sobre a administração de outros órgãos distintos, visando a examinar, da forma mais ampla possível, a correção, regularidade e consonância dos mesmos com as leis, planos e programas.

Na esfera federal, esse controle foi consolidado no artigo 70, caput, da Constituição, que determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo. Esse controle, a cargo do Congresso Nacional, conta com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), que exerce diretamente essa função fiscalizadora.

Segundo a Carta Magna, as normas estabelecidas para o controle externo na esfera federal aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais ou Conselhos de Contas dos Municípios.

O objeto do controle externo são os atos administrativos em todos os poderes constituídos nas três esferas de governo (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) e atos de gestão de bens e valores públicos, objetivando comprovar a probidade administrativa e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento.

Na execução dessas atividades, bem como acontece em quase todas as atividades da Administração Pública, sejam legislativas, judiciárias ou administrativas, os órgãos de Controle Externo acabam por se deparar com situações controversas, que abrem margem para diversas diferentes interpretações dos dispositivos que regulam as atividades de controle.

Inicialmente, em virtude da inoperância judiciária brasileira, fato so-

cial decorrente de inúmeros fatores sócio-organizacionais, sobretudo o grande número de processos e diminuto número de magistrados, surgiu a figura da “Súmula”.

A súmula, enquanto instrumento político-jurisdicional visante a pacificar interpretações tormentosas sobre casos específicos, especialmente aqueles ainda não regulados em prescrição legal, ou de cujas linhas se suscitasse tais disceptações, esboroações da segurança jurídica (suma finalidade do direito), foi, aos poucos, abandonando a sua vocação primitiva de mero coadjuvante normativo para passar a ser lei perfeita.

Dessa forma, o presente trabalho apresenta, de forma abrangente, a figura das súmulas relacionadas exclusivamente ao tema do controle externo, com ênfase nas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Contas da União (TCU).

A metodologia empregada inicialmente é a pesquisa documental, visto que apresenta aspectos gerais pertinentes à figura das súmulas. Ademais, a pesquisa bibliográfica é empregada nos campos atinentes às súmulas editadas pelo STF, STJ e TCU relacionadas às normas de controle externo.

O trabalho está organizado em duas seções, dentre as quais a primeira aborda aspectos gerais sobre a figura da súmula. Na segunda seção evidenciam-se as principais Súmulas do STF, STJ e TCU que tiveram maior repercussão na mídia, nos livros, informativos, jornais de grande circulação e nas revistas.

2. Súmulas

No direito brasileiro, chama-se súmula um verbete que registra a interpretação pacífica ou majoritária adotada por um tribunal a respeito de um tema específico, com a dupla finalidade de tornar pública a jurisprudência para a sociedade bem como de promover a uniformidade entre as decisões (WIKIPEDIA, 2011).

Súmula, Súmula de jurisprudência ou Súmula jurisprudencial é a prescrição normativa, de natureza consuetudinária, indicadora de determinada orientação de órgão julgante, jurisdicional ou administrativo.

Não deve ser desconhecido que a aplicação das súmulas, no Século

XXI, apresenta-se revestida de força capaz de imposição de entendimento jurisprudencial aceita, de modo preponderante, pelos Tribunais.

Em virtude da inoperância judiciária brasileira, fato social decorrente de inúmeros fatores sócio-organizacionais, sobretudo o grande número de processos e o diminuto número de magistrados, a súmula enquanto instrumento político-jurisdicional visante a pacificar interpretações tormentosas sobre específicos casos, especialmente aqueles ainda não regulados em prescrição legal, foi, aos poucos, abandonando a sua vocação primitiva de mero coadjuvante normativo para passar a ser lei perfeita.

Segundo Delgado (2007), convive o direito brasileiro legislado processual civil com três espécies de súmulas:

- Súmula decorrente de jurisprudência assentada pelos tribunais (art. 479 do Código de Processo Civil (CPC));
- Súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 1º, do CPC, conforme redação da Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2006); e
- Súmula vinculante (art. 103-A, Constituição Federal (Emenda Constitucional nº 45), regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006).

Ainda segundo Delgado (2007), a Súmula de jurisprudência pode surgir por dois caminhos: o da divergência e o da convergência. O da divergência submete-se ao rito estabelecido para o procedimento denominado de uniformização da jurisprudência, regulado pelos artigos 476 a 479 do CPC, que formam o Capítulo I (Da Uniformização da Jurisprudência), do Título IX (Do Processo nos Tribunais).

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

- I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;
- II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o

julgamento obedeça ao disposto neste artigo.

Art. 477. Reconhecida a divergência, será lavrado o acórdão, indo os autos ao presidente do tribunal para designar a sessão de julgamento. A secretaria distribuirá a todos os juízes cópia do acórdão.

Art. 478. O tribunal, reconhecendo a divergência, dará a interpretação a ser observada, cabendo a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada.

Parágrafo único. Em qualquer caso, será ouvido o chefe do Ministério Público que funciona perante o tribunal.

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

A súmula instituída pela convergência obedece ao rito fixado nos regimentos dos tribunais. Ressalte-se que a súmula jurisprudencial é tratada também, em várias oportunidades, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF).

A súmula impeditiva do recurso, diferentemente da súmula vinculante, não está erguida ao patamar de ser entidade processual de natureza constitucional. Ela atua sob disciplina de legislação ordinária, infraconstitucional, no caso, o art. 518, § 1º e 2º, do CPC, conforme redação da Lei nº 11.276, de 07 de fevereiro de 2006, que entrou em vigor no nosso sistema jurídico positivado noventa dias após a sua publicação no Diário Oficial da União, fato que ocorreu em 8 de fevereiro de 2006 (DELGADO, 2007).

A criação da súmula impeditiva de recurso representa mais um passo dado pelo legislador brasileiro para a valorização imperativa da jurisprudência sumulada não-vinculante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

A Súmula Vinculante tem categoria constitucional, pois está prevista no art. 103-A da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional nº 45.

O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (BRASIL, 1988).

É a jurisprudência que, quando votada e aprovada pelo Supremo Tribunal Federal por pelo menos 2/3 do plenário, torna-se um entendimento obrigatório a qual todos os outros tribunais e juízes, bem como a Administração Pública, Direta e Indireta, terão que seguir. Na prática, adquire força de lei, criando um vínculo jurídico e possuindo efeito erga omnes.

Observe-se que a referida espécie de súmula não vincula o Poder Legislativo, sob pena de criar uma indesejável petrificação legislativa, nem o próprio STF, que pode alterar o seu entendimento esposado em súmula vinculante, através de votação que obedeça ao mesmo quórum necessário à sua aprovação inicial (2/3 dos seus membros).

A Lei nº 11.471, de 19 de dezembro de 2006, impôs regulamento ao mencionado dispositivo, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. Eis os artigos mais importantes.

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.
[...]

§ 3º A edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante dependerão de decisão tomada por 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo

Tribunal Federal, em sessão plenária.

§ 4º No prazo de 10 (dez) dias após a sessão em que editar, rever ou cancelar enunciado de súmula com efeito vinculante, o Supremo Tribunal Federal fará publicar, em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União, o enunciado respectivo.

Art. 3º São legitimados a propor a edição, a revisão ou o cancelamento de enunciado de súmula vinculante:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III – a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV – o Procurador-Geral da República;

V - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - o Defensor Público-Geral da União;

VII – partido político com representação no Congresso Nacional;

VIII – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional;

IX – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;

X - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;

XI - os Tribunais Superiores, os Tribunais de Justiça de Estados ou do Distrito Federal e Territórios, os Tribunais Regionais Federais, os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Eleitorais e os Tribunais Militares.

Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

Art. 5º Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.

Art. 6º A proposta de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante não autoriza a suspensão dos processos em que se discuta a mesma questão.

Art. 7º Da decisão judicial ou do ato administrativo que contrariar enunciado de súmula vinculante, negar-lhe vigência ou aplicá-lo indevidamente caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal, sem prejuízo dos recursos ou outros meios admissíveis de impugnação.

[...]

Art. 10. O procedimento de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula com efeito vinculante obedecerá, subsidiariamente, ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2006).

O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

A seção seguinte aborda o resultado da pesquisa realizada acerca das súmulas relacionadas ao controle externo, buscando evidenciar as principais Súmulas editadas pelo STF, STJ e TCU.

3. Súmulas relacionadas ao controle externo

A presente seção evidencia os resultados da pesquisa realizada, no intuito de evidenciar as principais súmulas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Contas da União (TCU) relacionadas à disciplina Controle Externo.

3.1 Súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF)

Antes de descrever o conteúdo de cada Súmula do STF, segue um quadro organizando as súmulas que foram selecionadas. No caso das súmulas do STF, dividiu-se ainda por espécie, tendo em vista a possibilidade de o STF editar as súmulas vinculantes conforme previsto na Constituição Federal de 1988, art. 103-A.

Número	Espécie	Publicação
3	Vinculante	D.O.U 6.6.2007
6	Jurisprudência	Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964
248		
347		
653		
703		D.J 13.10.2003
726		D.J 11.12.2003

Quadro 1 – Súmulas do STF

Fonte: Pesquisa direta (2011).

Não é objetivo deste trabalho analisar as súmulas selecionadas, entretanto, quando se considerar oportuno, serão traçados alguns comentários.

a) Súmula Vinculante nº 3

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão (D.O.U., 2007).

Com esta Súmula, o STF se manifestou pela necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa apenas nos processos em que se aprecia a revisão de ato de aposentadoria, reforma e pensão já registrados anteriormente no respectivo Tribunal de Contas, revisão essa que possa implicar a anulação ou revogação do ato que antes beneficiava o interessado.

À luz das deliberações que precederam essa Súmula e da ressalva final do seu texto, ficou claro que tais princípios são dispensados nas concessões iniciais, pois, nelas, a apreciação da legalidade e o registro configuram manifestação destinada a aperfeiçoar ato complexo ainda não completamente formado. Essa Súmula tem como fundamentação legal os arts. 5º, incisos LIV e LV, e 71º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

b) 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 (S.T.F, 2011).

c) Súmula nº 248

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 (S.T.F, 2011).

d) Súmula nº 347

Diz a Súmula que (S.T.F, 2011) “O tribunal de contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”

Trata-se de entendimento da maior importância com respeito à competência do TCU. Seu conteúdo foi progressivamente incorporado ao texto de várias Leis Orgânicas de Tribunais de Contas dos Estados.

e) Súmula nº 653

No tribunal de contas estadual, composto por sete conselheiros, quatro devem ser escolhidos pela assembléia legislativa e três pelo chefe do poder executivo estadual, cabendo a este indicar um dentre auditores e outro dentre membros do ministério público, e um terceiro a sua livre escolha (D.J 2003).

Reiteradas decisões do STF antecederam a aprovação desta Súmula. A consolidação deste entendimento provocou a edição de emendas constitucionais e modificações nas leis orgânicas de Tribunais de Contas dos Estados e de Municípios que, algumas vezes, não previam a hipótese da escolha de auditores e procuradores.

Em alguns casos, como no Estado de São Paulo, foi necessário criar por leis tais carreiras. Em outros, como no Rio de Janeiro (TCE-RJ e TCM-RJ), tal modificação ainda não ocorreu, estando os dispositivos legais vigentes em dissonância com a Carta Magna e o entendimento da Suprema Corte.

f) Súmula nº 703

A Súmula afirma que (D.J, 2003) “a extinção do mandato do prefeito não impede a instauração de processo pela prática dos crimes previstos no art. 1º do decreto-lei 201/1967”.

g) Súmula nº 726

Declara a Súmula que (D.J, 2003), “para efeito de aposentadoria especial de professores, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula”.

3.2 Súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Da mesma forma como foi feito quanto às súmulas do STF, segue quadro demonstrativo relacionando as súmulas do STJ selecionadas.

Número	Publicação
208	D.J 03.06.1998
209	

Quadro 2 – Súmulas do STJ

Fonte: Pesquisa direta (2011).

a) Súmula nº 208

A Súmula estabelece que (D.J, 1998) “compete à justiça federal processar e julgar prefeito municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal”.

b) Súmula nº 209:

“Compete à justiça estadual processar e julgar prefeito por desvio de

verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.” (D.J, 1998)

3.3 Súmulas do Tribunal de Contas da União (TCU)

Igualmente como foi feito quanto às súmulas do STF e STJ, segue quadro demonstrando as súmulas do TCU que foram selecionadas.

Número	Publicação D.O.U
90	16.12.1976
103	
106	
111	
133	14.01.1980
183	09.11.1972
186	
187	
199	
214	
222	03.01.1995
227	
230	
240	
246	05.04.2002
247	23.11.2004
248	02.09.2005
249	11.05.2007
250	29.06.2007
251	09.11.2007
256	05.05.2010

Quadro 3 – Súmulas do TCU

Fonte: Pesquisa direta (2011)

a) Súmula nº 90

O Parecer Prévio, em sentido favorável, emitido pelo Tribunal de Contas da União, e a aprovação, mediante Decreto-Legislativo, pelo Congresso Nacional, das contas anuais do Presidente da República (consubstanciadas nos Balanços Gerais da União e no Relatório da Inspeção-Geral de Finanças, do Ministério da Fazenda), não isentam os responsáveis por bens, valores e dinheiros

públicos ou as autoridades incumbidas da remessa, de apresentarem ao Tribunal de Contas da União, por intermédio do órgão competente do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, as tomadas ou prestações de contas em falta, nem prejudicam a incidência de sanções cabíveis, por irregularidades verificadas ou inobservância de disposições legais e regulamentares concernentes à administração financeira e orçamentária da União (D.O.U, 1976).

b) Súmula nº 103

Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil (D.O.U, 1976).

Esta Súmula tem como fundamento legal os arts. 72, § 1º, e 115, inciso II, da Constituição Federal, bem como os incisos I dos arts. 32 e 61 do Decreto-lei nº 199 de 25.02.67.

c) Súmula nº 106

O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de boa-fé, até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente (D.O.U, 1976).

d) Súmula nº 111

Aos órgãos próprios do Controle Interno cabe baixar Instruções e Recomendações para o regular funcionamento do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, de modo que se criem condições indispensáveis para assegurar eficácia ao Controle Externo (D.O.U, 1976).

e) Súmula nº 133

Não só os dirigentes de órgãos da Administração Direta e das autarquias, mas, também, os Administradores das empresas públicas, sociedades de economia mista e Fundações, ou das demais entidades previstas na Lei nº 6.223, de 14/07/75 (Lei nº 6.525, de 11/04/78), estão sujeitos, a juízo do Tribunal de Contas da União, à cominação de multa, por infringência de disposição legal ou regulamentar que lhes seja aplicável, apurada tanto na fase do controle interno como do externo (D.O.U, 1980).

f) Súmula nº 183

Se devidamente comprovada a falsidade de documentos que serviram de base ao deferimento de aposentadoria, reforma ou pensão, torna-se nulo, de pleno direito, o ato concessório, cancelando-se, em consequência, a juízo do Tribunal de Contas, o registro por ele determinado (D.O.U, 1972).

Esta Súmula tem como fundamento legal o art. 72, § 7º, da Constituição Federal, bem como os arts. 31, inciso III, e 40, inciso II, do Decreto-lei nº 199, de 25.02.67.

g) Súmula nº 186

Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os co-autores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores - quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos - da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social. A juízo do Tribunal, atentas as circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos co-autores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os

débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas (D.O.U, 1972).

h) Súmula nº 187

Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social (D.O.U, 1972).

i) Súmula nº 199

Salvo por sua determinação, não podem ser cancelados pela autoridade administrativa concedente, os atos originários ou de alterações, relativos à aposentadoria, reformas e pensões, já registrados pelo Tribunal de Contas, ao apreciar-lhes a legalidade, no uso da sua competência constitucional (D.O.U, 1972).

j) Súmula nº 214

Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S.A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação das receitas federais prevista no Decreto-lei nº 1.755, de 31/12/79, e integrar as tomadas ou prestações

de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União (D.O.U, 1972).

k) Súmula nº 222

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (D.O.U, 1995).

Esta Súmula reveste-se de particular interesse para os gestores públicos estaduais distritais e municipais. Ainda que sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Contas dos Estados e TCM's, deverão conhecer e acatar as orientações do TCU com respeito à aplicação de normas gerais de licitação.

l) Súmula nº 227

O recolhimento parcial do débito por um dos devedores solidários não o exonera da responsabilidade pela quantia restante, vez que a solidariedade imputada impede seja dada quitação, a qualquer dos responsáveis solidários, enquanto o débito não for recolhido em sua totalidade (D.O.U, 1995).

m) Súmula nº 230

Compete ao prefeito sucessor apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial, sob pena de co-responsabilidade (D.O.U, 1995).

A Súmula refere-se a uma situação bastante frequente na Administração Pública, a saber, a descontinuidade administrativa resultante de divergências, principalmente de natureza partidária, entre prefeito sucessor

e antecessor. Muitas vezes, o término de um mandato não coincide com a conclusão do objeto de um convênio.

O novo gestor municipal tem a obrigação de dar continuidade aos compromissos que foram legalmente assumidos em nome do município, entre eles o da prestação de contas ao órgão repassador dos recursos federais. Na impossibilidade de fazê-lo, caso inexistente a necessária documentação comprobatória da aplicação dos recursos, compete-lhe determinar a instauração de Tomada de Contas Especial, sob pena de co-responsabilidade.

n) Súmula nº 240

O Tribunal de Contas da União, por falta de amparo legal, está impossibilitado de atender solicitações ou requerimentos que visem a liberação de seus servidores para, em função do exercício do cargo, prestar depoimentos destinados a auxiliar a instrução de inquérito policial, atuar como perito judicial, realizar perícia contábil ou outras funções de natureza assemelhada (D.O.U, 1995).

o) Súmula nº 246

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição

Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias (D.O.U, 2002).

p) Súmula nº 247

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala,

tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade (D.O.U, 2004).

q) Súmula nº 248

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade Convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no parágrafo 7º, do art. 22, da Lei nº 8.666/1993 (D.O.U, 2005).

r) Súmula nº 249

É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais (D.O.U, 2007).

Esta Súmula tem como fundamentação legal a Constituição Federal, art. 71, incisos II e III; a Lei nº 8.443, de 16.07.1992, art. 1º, incisos I e V; e a Lei nº 8.112, de 11.12.1990, art. 46.

s) Súmula nº 250

A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado (D.O.U, 2007).

t) Súmula nº 251

É indevida a averbação de período como aluno monitor, estagiário e residente médico para fins de aposentadoria, eis que tais atividades são retribuídas mediante bolsa de estudos, sem relação empregatícia (D.O.U, 2007).

u) Súmula nº 256

Não se exige a observância do contraditório e da ampla defesa na apreciação da legalidade de ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão e de ato de alteração posterior concessivo de melhoria que altere os fundamentos legais do ato inicial já registrado pelo TCU (D.O.U, 2010).

Esta Súmula tem como fundamento legal o art. 71, inciso III, da Constituição Federal, o enunciado da Súmula Vinculante nº 3 do STF, bem como o art. 39, inciso II, da Lei nº 8.443 de 1992.

4. Conclusão

O presente trabalho buscou evidenciar as principais Súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Tribunal de Contas da União (TCU) relacionadas ao tema do controle externo que tiveram maior repercussão no campo pertinente, por meio da pesquisa bibliográfica e documental na mídia, nos livros, informativos, jornais de grande circulação e em revistas.

De acordo com os resultados da pesquisa, várias são as súmulas editadas em torno do tema controle externo. Dentro todo universo de súmulas editadas pelo STF, STJ e TCU, constatou-se um total de 30 (trinta) acerca de temas controversos de controle externo, mais precisamente em torno dos artigos 70 a 75 da Carta Magna de 1988, constantes da Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, do Capítulo 1 – Do Poder Legislativo, do Título IV – Da Organização do Estado.

Do total de 30 (trinta) súmulas selecionadas, obteve-se 1 (uma) súmula vinculante (nº 3 do Supremo Tribunal Federal), sendo as demais súmulas de

jurisprudência, conforme explicado na primeira seção.

Inicialmente verificou-se que o órgão que mais tem editado súmulas acerca do controle externo, dentre os três escolhidos nesta pesquisa, foi o Tribunal de Contas da União, com um total de 21 (vinte e uma) súmulas, ou seja, 70% (setenta por cento). Esse percentual já era esperado, tendo em vista que o TCU é o órgão de controle externo federal responsável por auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração Direta e Indireta.

Em seguida, aparece o Supremo Tribunal Federal com 23% (vinte e três por cento) do total das súmulas selecionadas (sete). O STF trouxe importante entendimento para o controle externo, com a edição da Súmula Vinculante nº 3, ao regulamentar o art. 71, inciso III, que trata da atribuição do TCU relativa à apreciação, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na Administração Direta e Indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

Por fim, têm-se dois casos com entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), quais sejam, as Súmulas 208 e 209, ambas de 1998, regulamentando a que âmbito da Justiça compete julgar os prefeitos nos casos de desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal e de desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

Diante desse trabalho, constatou-se que, assim como várias outras temáticas públicas, o campo do controle externo também é uma área que demanda a edição de numerosas súmulas para a pacificação dos diversos entendimentos. Nesse contexto, o TCU vem se destacando com a edição constante de súmulas, objetivando uniformizar os temas controversos. Algumas problemáticas já chegaram ao STF, e, por fim, duas, ao STJ. Espera-se que esses órgãos continuem atuando de forma intensa na elaboração de súmulas, tendo em vista facilitar cada vez mais o entendimento dos dispositivos legais e efetivar a utilização dos direitos por parte dos cidadãos.

Referências

BRASIL. Lei n. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 9 abr. 1964.

_____. Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jul. 1967.

_____. Lei n. 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jan. 1973.

_____. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei n. 11417, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 20 dez. 2006.

DELGADO, José Augusto. **Direito sumular, Espécies de súmulas, Súmula de jurisprudência, Súmula impeditiva de recurso e Súmula vinculante**. Disponível em: Disponível em: < http://www.stj.jus.br/web/verDiscursoMin?cod_matriculamin=0001105&imlnTab=null&vPortalArea=null >. Acesso em: 13 abr. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

WIKIPEDIA. **Súmula**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%BAmula>. Acesso em: mar. 2011.

Aspectos Polêmicos do Instituto da Readaptação Funcional no Âmbito da Administração Pública

Mário Sales Cavalcante

Procurador do Município de Fortaleza
Especialista em Direito do Consumidor pela
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Resumo: O tema da readaptação funcional tem comumente suscitado controvérsias no âmbito da Administração Pública, sendo por vezes objeto de demandas judiciais ajuizadas por servidores e empregados públicos em face dos órgãos e entidades das diversas esferas da federação. Com efeito, embora a readaptação funcional normalmente conte com previsão legislativa nos estatutos que regem o funcionalismo público dos entes federativos pátrios, não raro ocorre que sua disciplina legal seja omissa no que tange a vários aspectos importantes relacionados ao tema. Tendo em vista tal circunstância, e considerando ainda que a doutrina pátria referente à matéria é reduzida e a jurisprudência dissonante, o presente estudo visa a oferecer uma contribuição ao intérprete/aplicador do direito na elucidação de questões relevantes e polêmicas atinentes ao instituto.

Palavras-Chave: Readaptação – Aspectos Polêmicos – Conceito – Constitucionalidade – Mudança de cargo – Composição da Remuneração – Readaptação de Empregado Público.

Introdução

O instituto da readaptação funcional é, em geral, objeto de disciplina legal nos ordenamentos jurídicos dos entes que compõem a Federação brasileira. De plano, convém registrar que a readaptação funcional de que trata o presente ensaio não se identifica com o vetusto instituto de mesma denominação previsto em remota legislação que permitia o enquadramento do servidor em cargo diverso do originariamente ocupado por conta do exercício de atividades em desvio de função. Vale conferir, a propósito, o

disposto na Lei Federal nº 3.780, de 12 de julho de 1960:

“Art. 43 - Será readaptado o funcionário que venha exercendo, ininterruptamente, e por prazo superior a 2 (dois) anos, atribuições diversas das pertinentes à classe em que fôr enquadrado, ou haja exercido estas atribuições, até 21 de agosto de 1959, por mais de 5 (cinco) anos ininterruptos. (Vide Decreto nº 49.370, de 1960)

Parágrafo único - Ao funcionário fica assegurado o direito de optar pela situação decorrente do enquadramento, dentro do prazo de 180 dias”.

O Decreto Federal nº 49.370, de 29 de novembro de 1960, que regulamentou o art. 43 da Lei Federal nº 3.780/60, assim previa quanto ao citado benefício:

“Art. 3º - Será readaptado o funcionário efetivo:

I - que exercia atribuições diversas das pertinentes à classe em que foi enquadrado o seu cargo; e

II - que tenha exercido estas atribuições por prazo superior a dois anos ininterruptos, imediatamente antes de 21 de agosto de 1959.

Parágrafo único - A readaptação poderá também ocorrer em cargo fora do sistema de classificação, desde que as atribuições cometidas ao readaptando correspondam às próprias desse cargo, provada a habilitação para o seu desempenho regular”.

A readaptação funcional sobre a qual se concentrará nossa análise é prevista atualmente no art. 24 da Lei Federal nº 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União), no art. 250 da Lei Estadual nº 9.826/74 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Ceará) e no art. 27 da Lei Municipal nº 6.794/90 (Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza). Eis, a propósito, a redação das citadas disposições legais:

Lei Federal nº 8.112/90:

“Art.24 - Readaptação é a investidura do servidor em car-

go de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

§1º- Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§2º- A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

Lei Estadual nº 9.826/74:

“Art. 250 - Reduzida a capacidade do funcionário para o exercício das atribuições do cargo que ocupa, comprovada através de perícia médica oficial, será ele readaptado, mediante transferência, em cargo de atribuições compatíveis com o seu novo estado psíquico ou somático.

Parágrafo único – A readaptação obedecerá ao disposto nos arts. 50 e 51 deste Estatuto”.

Lei Municipal nº 6.794/90:

Art. 27 - Readaptação é a passagem do servidor de uma carreira para outra carreira diferente, de referência de igual valor salarial, mais compatível com sua capacidade funcional, podendo ser de ofício ou a pedido e dependerá, cumulativamente de:

I - inspeção da Junta Médica Municipal que comprove sua incapacidade para a carreira ou classe que ocupa e capacidade para a nova carreira ou classe;

II - possuir habilitação legal para o ingresso na nova carreira ou classe;

III - existência de vaga”.

Uma vez identificado o instituto em exame, cumpre reconhecer a existência de diversas questões e dúvidas a ele relacionadas a merecerem atenção do operador do direito. Tais questionamentos compreendem principalmente discussões acerca da constitucionalidade da readaptação funcional e

aspectos referentes à situação funcional do servidor público readaptado, tais como o cargo a ser ocupado e a remuneração do servidor. Relevante é, outrossim, tecer considerações acerca da readaptação do empregado público, isto é, daquele agente que mantém vínculo celetista com a Administração Pública. Este último tema, aliás, atrai, em essência, os mesmos pontos de discussão acima mencionados.

2 – Conceito de readaptação funcional

A partir da transcrição feita no tópico anterior da legislação federal, estadual e municipal referente à readaptação funcional, já se faz possível uma visualização dos contornos gerais do mencionado instituto.

Mister se faz, no entanto, ter em mira os caracteres fundamentais da readaptação, independentemente da agregação de elementos outros presentes na sua normatização legal.

Nesse diapasão, cabe observar inicialmente que a readaptação funcional é medida que implica na mudança de cargo público, isto é, na investidura de servidor em cargo diverso do qual o mesmo ingressou no serviço público. Vale salientar quanto ao ponto que, tanto a Lei Federal nº 8.112/90, no art. 8º, V, como a Lei Municipal nº 6.794/90 no art. 7º, IV prevê a readaptação como modalidade de provimento de cargo público.

Considerando, portanto, que a readaptação é espécie de provimento de cargo público, impende reconhecê-la como forma de provimento derivado, eis que o servidor readaptado já possuía vínculo com a Administração Pública anteriormente à efetivação daquela medida.

Outro aspecto que reside na essência do instituto consiste no seu pressuposto fático fundamental: existência de redução da capacidade laboral decorrente do acometimento de limitação na saúde física ou mental do servidor, tornando-o impossibilitado de continuar exercendo as atribuições de determinado cargo público. A readaptação somente é aplicável, portanto, quando o servidor que teve limitação em sua saúde ainda possuir capacidade para desempenhar alguma atividade no serviço público, mesmo que em outro cargo. Caso contrário, isto é, estando o servidor absolutamente incapacitado para o trabalho, não será o caso de readaptação, mas, sim, de

aplicação de instituto diverso (aposentadoria por invalidez).

Registre-se, por oportuno, que o servidor público aqui mencionado é o ocupante de cargo público efetivo, que possui vínculo permanente com a Administração, sendo inadmissível cogitar readaptação do servidor que exerça, tão somente, cargo comissionado. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO COMISSIONADO SEM VÍNCULO EFETIVO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. READAPTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A readaptação, conceituada como sendo “a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica” é instituto que se destina apenas aos servidores efetivos, não se estendendo aos ocupantes de função comissionada, sem vínculo com a Administração Pública Federal.

2. Agravo improvido.

(AgRg no REsp 749852/DF, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, DJ 27/03/2006).

Portanto, estas são, segundo nosso entendimento, as características fundamentais do instituto da readaptação, as quais se prestam a permitir sua conceituação: *o provimento derivado de cargo público em virtude da redução da capacidade laboral do servidor ocupante de cargo público efetivo, decorrente do acometimento de limitação em sua saúde física ou mental que o impossibilite de continuar exercendo as atribuições do seu cargo.*

É certo que é possível encontrar nas legislações que tratam do tema, assim como na doutrina que se ocupa em definir o instituto, a menção a outros elementos, como a necessidade de que a patologia do servidor e a consequente diminuição de sua incapacidade laboral sejam atestadas por junta médica oficial, a mudança de cargo ocorra para outro de atribuições semelhantes, além da garantia de que não ocorra prejuízo vencimental, dentre outros. Não nos parece, porém, que tais aspectos estejam relacionados

ao âmago da readaptação e, sim, a questões de ordem procedimental, em que pese sua importância para a validade da aplicação do instituto.

Da doutrina administrativista, merece transcrição o escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual identifica a readaptação como espécie de transferência:

“93. Provimento derivado horizontal é aquele em que o servidor não ascende, nem é rebaixado em sua posição funcional. Com a extinção legal da transferência, o único provimento derivado horizontal é a readaptação (a qual, aliás, não é senão uma modalidade de transferência).

94. Readaptação é a espécie de transferência efetuada a fim de prover o servidor em outro cargo mais compatível com sua superveniente limitação da capacidade física ou mental, apurada em inspeção médica”. (Mello, 2000, p. 275).

Vale fazer menção, outrossim, ao magistério de José dos Santos Carvalho Filho:

“Readaptação é forma de provimento pela qual o servidor passa a ocupar cargo diverso do que ocupava, tendo em vista a necessidade de compatibilizar o exercício da função pública com a limitação sofrida em sua capacidade física ou psíquica”. (Carvalho Filho, 2005, p. 478).

3 – A constitucionalidade do instituto da readaptação funcional

A primeira questão a despertar um debate em torno da readaptação de servidor público refere-se à análise de sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988, em especial, com a exigência contida no art.37, II da Magna Carta de prévia aprovação em concurso público para o provimento de cargo ou emprego público. Neste ponto, além de revelar-se fundamental a observância do que vêm decidindo as Cortes de Justiça pátrias acerca do instituto em exame, mostra-se vital a aplicação de princípios de hermenêutica constitucional para uma melhor compreensão da discussão.

3.1 – Vedação do provimento derivado de cargos e empregos públicos segundo jurisprudência do STF

No regime constitucional atual, inaugurado com o advento da Magna Carta de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente proclamado a necessidade de observância compulsória pelas entidades públicas do mandamento constitucional presente no art. 37, II da Lei Fundamental, que exige a aprovação em concurso público para que ocorra a investidura em cargo ou emprego público. Com efeito, em vários julgados, o Pretório Excelso tem afirmado serem inconstitucionais modalidades de provimento derivado que propiciem ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente estava investido. Nesse sentido, é a redação da Súmula nº 685 daquela Corte.

Seguindo essa orientação, o STF reputou inconstitucionais os institutos da ascensão funcional, acesso por seleção interna, transferência, transposição, aproveitamento e transformação de cargos. Confira-se, a propósito, o julgado seguinte:

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DAS LEIS COMPLEMENTARES 78/1993 E 90/1993 DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DA RESOLUÇÃO 40/1992 DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Inadmissibilidade, à luz da Constituição de 1988, de formas derivadas de investidura em cargos públicos. Inconstitucionalidade de normas estaduais que prevêem hipóteses de progressão funcional por acesso, transposição (em modalidade individual, diversa das exceções admitidas pela jurisprudência do STF), enquadramento a partir de estabilidade não decorrente de investidura por concurso público, acesso por seleção interna, transferência entre quadros e enquadramento por correção de disfunção relativamente ao nível de escolaridade do servidor. Ação prejudicada em parte, em decorrência da revogação de dispositivos atacados. Ação procedente na parte restante, para se declarar a inconstitucionalidade do art. 12, caput e § 1º, §

2º e § 3º, da Lei Complementar estadual 78/1993 e do inciso II, § 2º e § 3º do art. 17 da Resolução 40/1992 da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina". (ADI 951/SC, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 29-04-2005).

Merece referência, outrossim, as valiosas considerações pontuadas pelo Ministro Celso de Mello no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2364-MC/AL (DJ 14/12/2001):

"O respeito efetivo à prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de aferição ético-jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressaltando as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II).

A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial do Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável do Poder Público conceder privilégios a alguns ou conceder tratamento discriminatório e arbitrário a outros" (grifou-se).

Nesse diapasão, poder-se-ia indagar: a previsão legal do provimento de cargo através de readaptação funcional estaria em contrariedade com o que determina o art. 37, II da Constituição da República? Caso contrário, quais os limites de aplicação do referido instituto?

3.2 – Fundamentos da tese da constitucionalidade da readaptação funcional

Em primeiro lugar, cumpre enfatizar que a natureza de provimento derivado de cargo público não pode, por si só, alicerçar o entendimento que considera inconstitucional o instituto da readaptação funcional.

Com efeito, o próprio STF tem considerado constitucionais algumas espécies de provimento derivado de cargo público, como a promoção den-

tro da mesma carreira (MS 23670/DF, rel. Min. Maurício Correia) e a recondução (MS 24543/DF, rel. Min. Carlos Velloso).

Feitas essas considerações, o exame do tema pode prosseguir.

Tal como destacado pelo Ministro Celso de Mello, no excerto de seu voto proferido na Adin nº 2364-MC/AL, transcrito no tópico anterior, a razão subjacente ao postulado constitucional do concurso público *“(...) traduz-se na necessidade essencial do Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei (...)”, de modo a restar vedada “(...) a prática inaceitável do Poder Público conceder privilégios a alguns ou conceder tratamento discriminatório e arbitrário a outros”.*

Ora, sendo certo que a exigência constitucional do concurso público guarda íntima conexão com o princípio da isonomia, no caso da readaptação funcional de servidor público, não há que se cogitar lesão aos referidos preceitos constitucionais, uma vez que não há tratamento privilegiado algum dispensado ao servidor que, em virtude do acometimento de patologia física ou mental, sofreu redução na sua capacidade laborativa. Há uma situação de ordem fática absolutamente excepcional nessa hipótese, a afastar a ideia de que a aplicação do instituto em questão tenha por fim burlar o que estabelece o art. 37, II da Magna Carta.

O Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no julgamento o Mandado de Segurança nº 82012200280600000, adotou a mesma orientação aqui perfilhada, conforme se infere do seguinte trecho do voto do relator:

“Parece exato afirmar, portanto, que a readaptação não poderá ser considerada uma forma de violar a exigência de concurso público, ao permitir que o servidor possa ocupar cargo diverso daquele para o qual tenha originalmente ingressado no serviço público, quando advier uma situação excepcional que implique limitações físicas ou mentais inviabilizadoras do exercício das atribuições do cargo originário.

Eis porque a readaptação deverá ser interpretada em sentido estrito, para que não seja utilizada como forma oblíqua de acesso a cargo público sem a prévia aprovação em concurso.

Enquanto instituto que tem por escopo apenas manter

em atividade o servidor com capacidade laborativa que, em razão de moléstia posterior ao ingresso no serviço público, tornou-se inapto para o exercício das atribuições de um específico cargo ou função, não é ele incompatível com a exigência constitucional do concurso público, pois em casos que tais não se fará presente a intenção, declarada ou não, de violar dispositivo constitucional” (Rel. Des. José Mário dos Martins Coelho, Data do Julgamento: 10/12/2009).

Dissertando sobre a excepcionalidade da aplicação da readaptação, José Maria Pinheiro Madeira assim leciona:

“Esse instituto deve se dar com a devida cautela. Indubitavelmente, as conquistas da Medicina e da Psicologia e o estímulo que deve o Poder Público dar à educação, tornam hodiernamente, razoável a sua aplicação. As leis estatutárias não costumam adotá-lo sob todas as suas formas, mas, restritamente, para atender a situações de incapacitação, que seriam insuficientes para motivar a aposentadoria ou sucessivas concessões de licença para tratamento”.

(...)

É uma tentativa, na verdade, desesperada da Administração Pública, a fim de evitar a aposentadoria por invalidez precoce. Geralmente, o servidor será readaptado em cargo inferior, com menores atribuições, devida a sua limitação física ou psíquica”. (Madeira, 2006, p. 210/211).

Cumpra, outrossim, transcrever o autorizado magistério de Diógenes Gasparini, o qual posiciona-se pela não incidência da exigência constitucional do concurso público quando se tratar de hipótese que enseje a readaptação:

“É provimento horizontal, pois o servidor não ascende nem é rebaixado. Faz-se esse espécie de provimento sem concurso, dada a finalidade do provimento. Se assim não for entendido e for obrigatório o concurso público, essa finalidade poderá não ser alcançada, pois a vaga, eventu-

almente, será ocupada por alguém que não o readaptando, aprovado no concurso público". (Gasparini, 2004, pág. 264).

Impende concluir, desse modo, que o provimento de cargo público via readaptação não representa em si ofensa aos princípios constitucionais da isonomia, da moralidade e, por consequência, do concurso público. A circunstância fática excepcional que enseja a aplicação do instituto afasta a existência de qualquer tratamento discriminatório.

Há que se levar em conta, ainda, quanto à análise da constitucionalidade de readaptação funcional, que a Constituição Federal deve ser interpretada de modo sistêmico, o que induz a busca do sentido de suas normas à luz de outras que estão presentes no texto constitucional. Impõe-se, assim, uma interpretação que privilegia a unidade da constituição, considerando os vários princípios e valores constitucionais envolvidos acerca da matéria. Como salienta Alexandre de Moraes:

"A necessidade de interpretar-se a Constituição de forma uma demonstra a interdependência e complementariedade das normas constitucionais, que não poderão, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte, ser interpretadas isoladamente" (Moraes, 2006, p. 109).

Dessa forma, no caso do servidor que necessita de readaptação, outros princípios e valores constitucionais igualmente devem ser observados pela Administração Pública. No art. 1º, incisos III e IV da Magna Carta de 1988 constam como fundamentos da República Federativa do Brasil "*a dignidade da pessoa humana*" e "*os valores sociais do trabalho*". De outra parte, a *Lei Fundamental* consagra a "*busca do pleno emprego*" (art. 170) e, ao tratar da assistência social como ação a cargo do Poder Público, erige como objetivo "*a promoção da integração ao mercado de trabalho*" (art. 203, III).

Fixada a tese de que a readaptação funcional não é, em si, incompatível com a Constituição da República, notadamente com o art. 37, II, cumpre reconhecer que sua adequação ao Texto Supremo impõe o estabelecimento de determinados limites à aplicação do instituto.

Sobreleva, nesse aspecto, o trabalho de interpretação jurídica dos enunciados normativos que preveem a readaptação como espécie de provimento de cargo público. O constitucionalista Luís Roberto Barroso leciona acerca da interpretação jurídica, afirmando que esta *“consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas. Trata-se de uma atividade intelectual informada por métodos, técnicas e parâmetros que procuram dar-lhe legitimidade, racionalidade e controlabilidade”* (Barroso, 2009, p. 269).

Cumprido, pois, interpretar os dispositivos legais que preveem o instituto da readaptação de servidor público, de modo a captar um sentido compatível com Constituição Federal de 1988, viabilizando, em consequência, a aplicação daquela medida no âmbito da Administração Pública. Segundo Raimundo Bezerra Falcão

“A captação de sentido, inexaurível, que se faz pela via da interpretação é que traz em si o milagre da salvação dos ordenamentos jurídicos, num tempo de interesses tão múltiplos, de mutações tão rápidas e de desigualdades tão permanentes e tão difíceis de remover. O sentido flexível é o novo nome da justiça extraída das leis. E é o novo cântico da sagração do Direito” (Falcão, 2004, p. 80).

Alexandre de Moraes destaca que se deve buscar, sempre que possível, extrair de todo enunciado normativo um sentido compatível com a Lei Suprema. É a denominada *técnica da interpretação conforme a Constituição*. Segundo o autor:

“A supremacia das normas constitucionais do ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada

a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico". (Moraes, 1999, p. 43).

Nessa senda, entendemos que o sentido a ser atribuído aos enunciados normativos que preveem a readaptação como forma de provimento de cargo público, e que permite uma leitura e uma aplicação de tais dispositivos em compatibilidade com a Constituição Federal, é resultado de uma interpretação que leve em conta a conjugação de determinados pressupostos, os quais nem sempre estão expressos na letra do texto legal. Tais pressupostos podem ser, segundo nossa visão do tema, assim resumidos: o provimento via readaptação deve ocorrer em cargo similar ao cargo originariamente ocupado pelo servidor que teve limitação em sua capacidade funcional, respeitando-se o quantum remuneratório da situação funcional anterior. No tópico a seguir, passar-se-á a analisar mais detidamente tais vetores de aplicação do instituto.

4 – A situação funcional do servidor público readaptado

4.1 – A mudança de cargo

A readaptação funcional é medida que implica, pela sua natureza, a alteração do cargo ocupado pelo servidor público, razão pela qual é considerada espécie de provimento derivado, conforme já ressaltado.

Nessa perspectiva, como a aplicação do instituto é calcada em razões fáticas excepcionais, a interpretação dos dispositivos legais que o disciplinam deve ser restritiva. A norma que prevê a readaptação não pode ser entendida como verdadeira porta aberta de passagem do servidor para todo e qualquer cargo público.

Destarte, afigura-se-nos mais consentânea com a Magna Carta de 1988 a interpretação segundo a qual a previsão legal de readaptação somente pode ensejar a mudança de um cargo para outro análogo dentro da estrutura da Administração Pública. O novo cargo a ser ocupado pelo readaptando,

além de corresponder a funções, por óbvio, compatíveis com a limitação funcional do servidor, deve se aproximar o máximo possível do cargo anteriormente ocupado. Importam, na identificação dessa similaridade, fatores como a natureza e a complexidade das atribuições, o grau de responsabilidade, a escolaridade exigida e o montante da remuneração.

Não se pode negar, é claro, que na prática podem surgir dificuldades na escolha do cargo a ser provido. O crucial, a nosso ver, é ter em vista que da readaptação não pode advir uma situação que acarrete notório privilégio ou desvalorização funcional do servidor. Tanto em um como no outro caso, há descompasso com o estatuído na Constituição.

Bem andou nesse aspecto o legislador federal, que, no art. 24, §2º da Lei nº 8.112/90, na redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97, previu que a readaptação *“(...) será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga”*.

O Superior Tribunal de Justiça, aplicando o dispositivo normativo em referência, considerou ilegítima a readaptação de servidor ocupante de cargo de motorista em cargo de investigador de polícia (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2.102-7/PA, Rel. Min. Vicente Leal).

4.2 – A composição da remuneração

No que tange à remuneração do servidor público readaptado, cremos que a premissa que deve servir de norte para a aferição da legitimidade constitucional da aplicação da readaptação é a mesma estabelecida no tópico anterior: deve ser evitado o surgimento de situação funcional que acarrete inequívoco benefício ou que enseje prejuízo manifesto para o readaptando. Com efeito, restou frisado acima que um dos parâmetros a serem observados na identificação do cargo a ser ocupado em virtude de readaptação é a sua similaridade vencimental com o cargo originário ocupado pelo servidor. Em consequência, deve ser afastada ao máximo a possibilidade da readaptação acarretar incremento ou redução vencimental ao readaptando.

Ocorre, contudo, que podem advir situações (e é comum que assim se

verifique) nas quais o único cargo no qual o servidor possa vir a ser readaptado é remunerado em patamar inferior ao do cargo originariamente ocupado pelo mesmo.

Nessas hipóteses, a questão da remuneração do servidor readaptado passa necessariamente pela fiel observância pela Administração Pública do princípio da irredutibilidade de vencimentos, consagrado no art. 37, XV da Magna Carta de 1988.

Destarte, embora o servidor, após a readaptação, venha a se submeter a novo regime remuneratório, isto é, à disciplina legal da remuneração do novo cargo, em termos globais o *quantum* de sua remuneração não poderá sofrer decréscimo. Eventual diferença entre o que recebia o servidor no cargo originário e o que vier a receber no novo cargo deverá ser-lhe paga à parte na composição de sua nova remuneração, a título de parcela complementar reajustada anualmente pelo índice geral de revisão da remuneração dos servidores públicos.

E no que tange às gratificações de serviço, isto é, as de caráter *propter laborem*, que eram percebidas pelo servidor em virtude do exercício das atribuições do cargo originário? Devem essas vantagens pecuniárias integrar o montante da remuneração do servidor para fins de vedação da redutibilidade?

A resposta é negativa.

As gratificações de serviço segundo lição de Hely Lopes Meirelles “(...) só devem ser percebidas enquanto o servidor está prestando o serviço que as enseja, porque são retribuições pecuniárias pró-labore faciendo e propter laborem. Cessado o trabalho que lhes dá causa ou desaparecidos os motivos excepcionais e transitórios que as justificam extingue-se a razão de seu pagamento”. (Meirelles, 2001, p. 458).

Desse modo, se acaso o servidor percebia, por exemplo, gratificação de insalubridade antes de ter sido readaptado em outro cargo cujas atribuições não são insalubres, não há direito algum à continuidade do pagamento daquela verba. Não há ofensa, nessa hipótese, ao mandamento constitucional que proíbe a redução de vencimentos. O Superior Tribunal de Justiça vem adotando esta orientação quanto ao tema:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DEFENSOR PÚBLICO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. GRATIFICAÇÕES DE SUBSTITUIÇÃO DA PGDP E DE ATUAÇÃO PERANTE OS JUIZADOS ESPECIAIS, TURMAS RECURSAIS E TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 88, INCISOS V E VI, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 51/90. CARÁTER PROPTER LABOREM. PERCEPÇÃO DURANTE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. O direito ao recebimento das gratificações objeto do presente mandamus está diretamente vinculo ao exercício das atribuições que lhes motivam a percepção, evidenciando o caráter propter laborem e, portanto, os valores a elas pertinentes somente são devidos ante o efetivo exercício.

2. A Administração Pública está rigorosamente submetida ao princípio da legalidade, sendo-lhe defeso interpretar a lei de forma extensiva ou restritiva, de forma a conceder, pagar ou restringir direitos, caso a norma legal assim não dispuser.

3. A alegação de que o caso dos autos assemelha-se à disciplina legal adotada para o período de férias é desarrazoada, porquanto ausente previsão legal que motive a percepção das gratificações quando há licenciamento temporário para tratamento de saúde.

4. O não recebimento das vantagens em razão do caráter propter laborem afasta a violação do princípio da irreduzibilidade de vencimentos.

5. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 20036/MS, QUINTA TURMA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe 15/12/2009)”.

No que concerne especificamente à análise da questão em face da readaptação funcional, a mencionada Corte de Justiça possui jurisprudência específica acerca desta matéria:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA.SERVIDOR PÚBLI-

CO ESTADUAL. MAGISTÉRIO. READAPTAÇÃO. SUPRESSÃO DA GRATIFICAÇÃO DE ESTÍMULO ÀS ATIVIDADES DE CLASSE. POSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”.

(RMS 32014/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 12/08/2010)

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORA ESTADUAL DO MAGISTÉRIO. READAPTAÇÃO. GRATIFICAÇÃO DE REGÊNCIA DE CLASSE. SUPRESSÃO. CARÊNCIA DA AÇÃO.

A impetrante, servidora readaptada, não logrou demonstrar o alegado direito líquido e certo.

Nos termos da legislação de regência, a Gratificação de Regência é devida ao servidor, desde que preenchidos os requisitos, dentre eles estar no efetivo exercício do magistério.

Recurso desprovido.

(RMS 17471/SC, QUINTA TURMA, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 16/05/2005).

5 – A readaptação do empregado público

Acerca do regime jurídico do empregado público, assim leciona Lucas Rocha Furtado:

“O regime jurídico dos empregados públicos é híbrido, devendo ser observadas a legislação trabalhista prevista na CLT, com eventuais derrogações definidas pela Constituição Federal ou por outras leis extravagantes. Não obstante observem o regime jurídico trabalhista aplicável ao setor privado, os empregados públicos devem-se submeter ao concurso público; não possuem estabilidade no emprego – direito reservado aos servidores ocupantes dos cargos públicos efetivos -, mas não podem ser demitidos sem que haja processo administrativo em

que sejam indicadas as razões da demissão e assegurado contraditório e ampla defesa". (Furtado, 2010, pág. 921).

Considerando, portanto, o influxo das normas constitucionais sobre o regime jurídico do empregado público, infere-se que a mesma ordem de questionamentos existente em relação à readaptação do servidor público se coloca em face da situação funcional daquele empregado.

Neste diapasão, entendemos que, embora as balizas jurídicas até aqui expostas neste trabalho refiram-se à situação do servidor público ocupante de cargo efetivo que necessite ser readaptado, nada obsta que a mesma ordem de razões possa ser estendida ao empregado público regido pela CLT.

Dessa forma, pode-se concluir que a readaptação do empregado público é constitucionalmente legítima; que esta medida deve ser aplicada em relação a emprego similar àquele originariamente ocupado pelo empregado público que teve limitação em sua capacidade funcional; e que deve ser observando o quantum remuneratório da situação funcional anterior do empregado. Acerca desse último aspecto, vale ressaltar que, em virtude do que preceitua o art. 468 da CLT, que veda a alteração do contrato de trabalho em prejuízo do empregado, e, em especial, do art. 37, inciso XV da CF/88, que garante a irredutibilidade salarial para o empregado público, a mudança de emprego a ser realizada via readaptação funcional não poderá acarretar qualquer decurso salarial. Valiosa quanto ao ponto é a menção ao seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho:

"RECURSO DE REVISTA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO. NULIDADE DA DISPENSA DO AUTOR - O conflito entre o instituto da readaptação funcional de empregado público em outra função, distinta daquela para que fora inicialmente contratado, por acometimento de patologia incapacitante com o art. 37, inciso II, da Constituição da República, que impõe aprovação em concurso público para ingresso em emprego ou cargo público, deve ser analisado em conjunto com outros princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, aí incluída a pessoa do trabalhador (art. 1º, III), o do valor social do trabalho (art. 1º, IV) e o da

busca do pleno emprego (art. 170). Dessarte, nos termos da alínea c do artigo 896 consolidado, indene o art. 37, II, da Constituição Federal. MULTA POR EMBARGOS DECLARATÓRIOS PROTETATÓRIOS - Assentado que os embargos declaratórios opostos pela reclamada eram manifestamente protetatórios, a condenação ao pagamento de multa, nos termos da parte final do parágrafo único do artigo 538 do CPC, é medida que se impõe. Recurso de Revista não conhecido”.

(PROC. Nº TST-RR-148005/2004-900-01-00.8, Rel. Min. Horácio Senna Pires, Data da Decisão 4/11/2009).

6 – Conclusão

A readaptação é medida benéfica para a Administração Pública, uma vez que representa uma alternativa de aproveitar no serviço público o servidor/empregado que, embora incapaz de exercer as atribuições do seu cargo/emprego, ainda possui condições laborais, podendo, dessa forma, continuar prestando serviço, mesmo que em outra atividade. Embora o instituto tenha a natureza de provimento derivado de cargo ou emprego público, o mesmo não viola a exigência constitucional do concurso público, uma vez que há a configuração de circunstância fática excepcional a afastar qualquer tratamento discriminatório na hipótese. Cumpre, no entanto, ao intérprete/aplicador do direito extrair dos dispositivos legais que preveem a referida medida o sentido mais compatível com os ditames da Constituição Federal, de modo a permitir-se validamente a efetivação daquela providência. Importam, nessa tarefa, a identificação do cargo/emprego adequado, no qual deverá ocorrer o provimento via readaptação, e a adequada composição da remuneração do servidor/empregado readaptado.

Referências

BARROSO, L.R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 749852/DF. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=605521&sReg=200500787983&sData=20060327&formato=PDF>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 2.102-7/PA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?acao=imprimir&livre=%28RMS+e+021005%29.nome.&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20036/MS. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6789965&sReg=200500781330&sData=20091215&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32014/BA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10697778&sReg=201000761239&sData=20100812&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 17471/SC. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1709992&sReg=200302116537&sData=20050516&sTipo=91&formato=PDF>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 951/SC. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=266595>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2364-MC/AL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347564>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23670/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=86005>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24543/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=24543&classe=MS>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Mandado de Segurança nº 82012200280600000. Disponível em: <<http://esaj.tjce.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=19991>>. Acesso em 29 de março de 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1480056-63.2004.5.01.0900. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultanificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%201480056-63.2004.5.01.0900&base=acordao&numProclnt=129425&anoProclnt=2004&dataPublicacao=20/11/2009%2007:00:00&query=>>>. Acesso em 29 de março de 2011.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

FALCÃO, R.B. **Hermenêutica**, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FURTADO, L. R. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, D. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MADEIRA, J. M. P. **Servidor Público na Atualidade**, 4ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica: 2006.

MEIRELES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, C. A. B de. **Curso de Direito Administrativo**. 12a. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, A de. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1999

Auditoria Operacional Ambiental: Instrumento para Efetivação do Direito Fundamental ao Meio Ambiente

Azor El Achkar

Mestre em Direito Ambiental pela UFSC
Auditor Fiscal de Controle Externo TCE-SC

Resumo: Este artigo tem o objetivo de ressaltar a importância e competência dos tribunais de contas brasileiros em realizar auditorias públicas com enfoque na questão ambiental. Trata dos primórdios da lida com o tema, resalta o destaque conferido pela Constituição Federal de 1988, evidencia a responsabilidade do Poder Público com o assunto e observa que as cortes de contas têm missão constitucional de avaliar as ações empreendidas para preservação e conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1.Introdução

O homem, animal senciente que se distinguiu de todos os outros pelo seu poder de criação e decisão, busca hoje um retorno a sua origem: a natureza. Muito antes de qualquer forma de organização social, homem e natureza se confundiam como um só ser, que reinava sublime sobre a imensidão da Terra, que retirava dela apenas o necessário para sobreviver.

Não foi possível precisar ainda o tempo de existência desta comunhão, desta relação harmoniosa e frutífera para o homem e a natureza. Supõe-se que tenha durado muitos milhões de anos. Mas o homem não se contentou em apenas usufruir esta comum união. O passar e evoluir dos tempos mostrou que, a partir de um determinado momento, o homem entendeu que a natureza fora criada para lhe servir e lhe prover todos os recursos necessários, não apenas para sua satisfação, mas também para seu enriquecimento por meio da acumulação de bens.

A natureza tornou-se serva do homem, e seu desígnio passou a ser o atendimento de seus desejos, ambições, caprichos e infortúnios. Como um supermercado, que oferece produtos para consumo, assim também pode ser

a natureza comparada, com uma sutil diferença: ao contrário do supermercado, que exige dinheiro, a natureza oferece todos os seus bens de modo gratuito, possibilitando a qualquer um a sua apropriação e fruição indiscriminada.

Esta situação, corrente na sociedade ocidental durante mais de vinte séculos, parece ter encontrado as primeiras resistências, há quarenta anos. Representando um ciclo, vivencia-se uma nova corrente, que busca o retorno do homem a sua origem: o religare com a natureza.

A relação de exploração e parasitismo esgotou uma parte dos bens ambientais e está levando outra a prejuízo. No entanto, o homem tem percebido que não pode mais usufruir sem retribuir, que não pode mais usurpar sem devolver ou compensar.

Alertas já vinham ocorrendo desde o século XIX. Após cem anos de revolução industrial, os primeiros efeitos nocivos à natureza começaram a ser sentidos na Europa: secas prolongadas, chuvas ácidas e doenças em decorrência da insalubridade do ambiente. No Brasil, nesta mesma época, a cidade do Rio de Janeiro sofreu com a falta de água devido à supressão massiva da vegetação arbórea em decorrência da exploração madeireira, uma das primeiras atividades econômicas do país¹.

Avisos mais contundentes vieram no século XX. Carson, na obra *Primavera Silenciosa*, publicada nos idos dos anos 50, apresenta vestibular estudo apontando as consequências do uso indiscriminado de insumos agrícolas nas culturas norte-americanas, as quais registraram-se na mortalidade de espécies da fauna e flora atingidas pela poluição e no falecimento de humanos ao ingerir tais produtos².

Na década de sessenta, Lovelock apresentou a teoria da “hipótese de Gaia”. O autor alertava que a Terra constituía-se como um ser vivo, onde qualquer alteração numa parte de sua estrutura poderia ocasionar danos e consequências em todo sistema³.

¹ Para outras informações ver: PADUA, José Augusto de. **Um sopro de destruição**: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista, 1786-1888. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

² CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Trad. Raul de Polillo. São Paulo: Melhoramentos, 1962.

³ LOVELOCK, James. **Gaia as seen through the atmosphere**. *Atmospheric Environment*, 6(8):579-580, 1962.

Estes fatos preambulares culminaram numa nova percepção e compreensão da relação do homem com a natureza. Na esteira, vieram a Conferência de Estocolmo (1972), o acidente de Chernobyl (1986), a Conferência do Rio (1992) e a Conferência de Johannesburgo (2002).

O primeiro reflexo veio nas declarações das cartas constitucionais, que paulatinamente incorporaram normativas de reconhecimento do meio ambiente saudável como direito humano fundamental. Na sequência, vieram os instrumentos para garantir a sua defesa e a sua preservação, bem como a atribuição da responsabilidade pelo dever de manutenção desta condição: o Poder Público, em todos os seus entes e representações, e a coletividade, em sua manifestação organizada ou na individualidade de cada um.

Os tribunais de contas podem e devem desempenhar sua missão constitucional a partir deste novo paradigma. A sua prerrogativa de fiscalizar e controlar os entes públicos lhe coloca em posição privilegiada para exame minucioso da prática da gestão ambiental desempenhada pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário. Nesse sentido, esta monografia centra esforços para comprovar a importância das auditorias ambientais como instrumento auxiliador da efetivação do direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para tanto, visa a reunir elementos teóricos e legais e as técnicas existentes que permitem e garantem a atuação das cortes de contas na temática ambiental. Assim, discorre-se sobre os fundamentos legais que traduzem o direito ao meio ambiente equilibrado como fundamental e sobre os deveres decorrentes deste direito, considerando as responsabilidades públicas. Além disso, busca-se um paralelo sobre as responsabilidades que devem ser avocadas pelas cortes de contas para ver efetivado este direito; e, por fim, trata-se também das técnicas de auditoria utilizadas para avaliação da gestão ambiental pública.

2. O meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

A Constituição Federal de 1988 destronou o paradigma liberal vigente e transformou o asseguramento de direitos e a distribuição de deveres em algo bem menos mercadológico e mais providente e social. A mudança de

rumo também trouxe repercussões ao tratamento jurídico dado ao meio ambiente. Acolhendo a sua proteção, reconheceu-o como bem jurídico autônomo e imprimiu-lhe caráter de sistema, organizado, na forma de uma ordem pública ambiental constitucionalizada. É de fato uma concepção holística e juridicamente autônoma do meio ambiente⁴.

Para algum direito ser considerado fundamental, é preciso que seja reconhecido pela Constituição ou declarado por meio de tratados internacionais, de modo que seu conteúdo atribua a um indivíduo ou a grupos de indivíduos garantia subjetiva ou pessoal. O meio ambiente saudável foi elevado à categoria de direito humano fundamental a partir do momento em que as constituições nacionais passaram a contemplá-lo, mormente após a Conferência de Estocolmo de 1972.

Como direito fundamental, nas palavras de Derani, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é “resultado de fatores sociais que permitiram e até mesmo impuseram a sua cristalização sob forma jurídica, explicitando a sua relevância para o desenvolvimento das relações sociais”⁵.

Esta constatação teórica permite incutir diversas implicações práticas. A *prima facie*, o direito fundamental, leva à formulação de um princípio de primariedade do ambiente, no sentido de que a nenhum agente, público ou privado, é permitido tratá-lo como valor subsidiário, acessório, menor ou desprezível. Em segundo, este status lhe confia um direito de aplicação imediata e direta, valendo por si mesmo, independente de lei que o regulamente, vinculando, desde logo, todas as entidades, públicas ou privadas. Na terceira implicação, resultante do seu caráter fundamental, impõe-se a irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade, distintivos que informam a ordem pública ambiental, para manutenção ou restabelecimento do equilíbrio ecológico. Até a falta de zelo dos beneficiários na sua fiscalização e defesa não afeta sua validade e eficácia, pois é direito atemporal⁶.

⁴ BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 84.

⁵ DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 92.

⁶ BENJAMIN, op. cit., p. 98.

Na Constituição de 1988, este direito fundamental vem expresso no art. 225, quando o caput prevê que “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”.

Bello Filho afirma que se está diante de “direito fundamental, quer na dimensão real ou teórica, quer na dimensão positiva”⁷. A fundamentalidade do direito justifica-se, primeiro, em razão da estrutura normativa do tipo constitucional; segundo, na medida em que o rol do art. 5º, sede principal de direitos e garantias fundamentais, por força do seu § 2º, não é exaustivo; terceiro, pois, sendo uma extensão material do direito à vida, visto salvaguardar as bases ecológicas vitais, garantido no art. 5º, caput, tem os resguardos deste⁸.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de terceira geração, sustentado na solidariedade intergeracional, sendo uma modalidade de direito que não se destina especificamente à proteção de interesses individuais ou de grupos determinados, mas é destinado ao gênero humano, com conteúdo de valor supremo. Seu exercício é, ao mesmo tempo, coletivo e individual, oponível a qualquer um que viole suas disposições.

Tal reconhecimento não restou encerrado apenas em âmbito normativo, mas também foi afirmado na corte suprema. No Mandado de Segurança nº 22.164, do Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou-se a respeito. Neste julgado, ficou definida a condição especial do meio ambiente como bem jurídico e o verdadeiro significado deste direito fundamental. Vale a transcrição de seu voto:

“Trata-se [...] de um típico direito de terceira geração, que assiste de modo subjetivamente indeterminado a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e preservá-lo em bene-

⁷ BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental do século XXI. In: FERREIRA, Helene Sinivi; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 103.

⁸ BENJAMIN, op. cit., p. 102.

fício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social”⁹.

No mesmo acórdão, o STF reconheceu que o direito fundamental ao meio ambiente hígido materializa a proteção de valores indisponíveis e de poderes de titularidade coletiva, atribuídos a toda sociedade. Infere-se que, nestas condições, a norma constitucional fixa a todos os titulares deveres. Por último, nas palavras do relator, “o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais”. O meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção interessa à coletividade e se faz em benefício das presentes e futuras gerações¹⁰.

3. O poder público e o meio ambiente

A organização política brasileira prescreve que o Poder Público é constituído por três distintos poderes: Legislativo, com a função de produção das normas legais; Judiciário, cujo escopo é aplicar aos casos práticos a lei; e Executivo, que tem por finalidade o desempenho de atividades de cunho administrativo que promovam benefícios coletivos. Todos os três poderes têm responsabilidades ambientais, de acordo com a competência conferida pela segregação.

O recurso ambiental, revestido da natureza jurídica de bem de uso comum do povo, definido pela Carta Maior, é, para fins de gestão e controle,

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22164-0/SP. Antônio de Andrada Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Relator: Ministro Celso Mello. Acórdão publicado no Diário da Justiça da União de 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 25 jun. 2009.

¹⁰ AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 373.

patrimônio público, competindo ao Poder Executivo a missão de sua guarda, tutela e fiscalização. Para desempenho desta função, o Poder Executivo deve voltar todo seu aparato organizacional com vias a garantir que o direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja assegurado àqueles que hoje vivem e àqueles que ainda viverão. O ente que administra a nação impele-se em envidar os mais competentes, modernos e eficientes esforços no sentido de ver cumprida com maestria esta obrigação fundamental.

A teoria da organização federativa conferiu aos três níveis de entes executivos públicos a competência comum para exercer de forma cooperativa os deveres decorrentes do direito fundamental ambiental. Cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; preservar as florestas, a fauna e a flora, registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios¹¹.

Esta plêiade de responsabilidades públicas reforçam aquelas definidas no § 1º do art. 225 da Constituição. O tema ambiental, contudo, não está desamparado de organização que defina os órgãos que exercerão as competências comentadas. A Lei Federal nº 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu no art. 6º o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA. Este Sistema criou seis níveis de hierarquia com a disposição, finalidade e competência de organismos autônomos que conduzirão as ações para assegurar o direito fundamental ao meio ambiente hígido.

No topo da pirâmide, tem-se o órgão superior, representado pelo Conselho de Governo, com a função de assessoramento do tema junto ao presidente da República; hoje, o Ministério do Meio Ambiente. Em seguida, encontra-se o órgão consultivo e deliberativo, denominado de Conse-

¹¹ CF/88, art. 23, inc. III, IV, VII e XI.

Iho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, cujo escopo é editar normas administrativas para regulamentação de questões ambientais. Logo após, o SISNAMA estabeleceu o órgão central, representado pela Secretaria do Meio Ambiente, cuja missão é planejar diretrizes governamentais voltadas ao meio ambiente. O quarto órgão na escala foi nomeado de executor, função dada ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, com a missão de fazer cumprir as normas ambientais. O penúltimo organismo na linha hierárquica são os seccionais, representados pelos órgãos estaduais da administração indireta, responsáveis pela conformidade e observação das regras ambientais nos estados da federação. E, finalmente, o SISMANA previu os órgãos locais, responsáveis pela aplicação nos municípios das regras que disciplinam o tema.

Veja-se que a todos os entes administrativos foi conferida parcela de responsabilidade em zelar pela conservação dos recursos naturais. A criação de órgãos especializados para desempenho destas funções proporciona ofertar serviços com mais propriedade, pois seus gestores são capacitados a se aprofundarem nas questões e temas relevantes. A desvantagem decorre do estancamento do assunto ambiental, que se reveste de viés inter e transdisciplinar, em apenas um único órgão. Todo o aparato para exercício da Administração Pública tem interface com a crescente demanda das questões ambientais, inclusive muitos contribuem decisivamente para o agravamento da crise ambiental. Não é do desconhecimento da maioria que os órgãos públicos de meio ambiente são os menos favorecidos com recursos orçamentários, apresentam restrito quadro de servidores e estrutura de trabalho mal dimensionada, sucateada e até mesmo inoperante.

Para desenvolver seu dever-obrigação, o Poder Público usufrui dos instrumentos colocados ao seu dispor para desempenho das funções administrativas. Não apenas as leis e regras balizam suas ações, mas também, principalmente, as políticas públicas, que surgem como norte do caminho a ser seguido. Assim, o ente público deve ser eficiente, pois a este foi conferida a gestão, em primeiro lugar, do patrimônio público ambiental. A eficiência desejada deve ser cobrada, testada e comprovada por aqueles afetados pelo direcionamento dessas ações e pelo organismo auxiliar do Poder Legislativo, cuja competência conferida constitucionalmente foi a de controlar e

fiscalizar as ações dos entes públicos: os tribunais de contas.

4. As cortes de contas, sua missão institucional e o meio ambiente

A Constituição Federal disciplina, nos artigos 70 a 75, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária dos entes públicos por parte do Tribunal de Contas da União (TCU). Determina, no último dispositivo, que essas normas se aplicam, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Para compreensão mais ampla desta diretriz constitucional, importante que sejam esmiuçadas algumas particularidades contidas nos dispositivos citados. O art. 70, por exemplo, prediz que a atividade objeto de controle deve ser fiscalizada quanto aos seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, permitindo a verificação da contabilidade, receitas e despesas, execução do orçamento, dos resultados alcançados, bem como dos acréscimos e diminuições patrimoniais¹².

No que tange ao controle, ele deve ser observado considerando os seguintes pontos: controle de legalidade dos atos, de modo a analisar a atenção ao disposto nas normas pertinentes; controle de legitimidade, considerado o exame de mérito do ato fiscalizado e atendimento das prioridades previamente estabelecidas; controle de economicidade, verificando se o órgão controlado procedeu de modo mais econômico visando à obtenção de recursos adequados, em quantidades necessárias e em momento certo; controle de fidelidade funcional dos agentes da administração responsáveis por bens e valores públicos, incluindo neste caso os bens ambientais; e controle de metas e resultados do cumprimento de programas, projetos e atividades.

Quanto aos que são obrigatoriamente submetidos a este controle e fiscalização, inclui-se a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades da administração direta e indireta e todas aquelas pessoas que física ou juridicamente utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais ao ente público responda,

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 500 e 501.

ou que, em nome deste, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Encontra-se, ainda, a possibilidade e obrigatoriedade deste controle e fiscalização serem exercidos duplamente: por meio de órgãos da própria Administração Pública, por meio do controle interno, e o controle externo, exercido pelo Poder Legislativo com auxílio dos Tribunais de Contas. Nesta forma de controle, as cortes de contas receberam, via art. 71 da Constituição Federal de 1988, ampliação das suas funções até aquele momento exercidas. Destaca-se: a realização da fiscalização financeira, a análise de consultas de casos hipotéticos, a prestação de informações quando solicitado, o julgamento das contas daqueles sujeitos ao controle externo, a aplicação de sanções quando as contas são consideradas ilegais ou irregulares, a determinação de prazo para adoção de ações de natureza corretivas, com escopo de tornar válida atividade considerada irregular, e o recebimento e apuração de denúncias que possam configurar ofensa aos princípios da legalidade ou fatos que levem à classificação de determinada conduta como irregular.

Quando foram pensados e criados, os tribunais de contas tinham função exclusivamente voltada para análise da aplicação em gastos dos recursos de natureza pública. O sistema de contabilidade pública passou por uma grande evolução. Os três mais importantes instrumentos para aferição do cumprimento de metas e objetivos previamente definidos, o Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentária e Lei Orçamentária, foram criados pela Constituição de 1988.

Ao mesmo tempo em que houve novo disciplinamento para tratamento das contas públicas, os tribunais de controle externo também foram legitimados para ampliar o leque de atuação e considerar outros temas em sua missão institucional. A possibilidade de controle e fiscalização sob a ótica do desempenho operacional habilitou as cortes de contas para utilização de importante instrumento: auditorias operacionais.

Como decorrência do escopo de atribuições conferidas pela Constituição de 1988, a natureza investigativa das auditorias públicas encontra-se latente. Nenhum programa, atividade ou ação desempenhada pelo Poder que deve administrar a sociedade foge do controle e fiscalização. Temas como prestação da saúde, promoção da assistência social e suas vertentes, como família, crianças, idosos e portadores de deficiências, ações de fomento à

cultura, atividades voltadas ao bem-estar dos índios e a gestão do patrimônio público ambiental passam a ser alvo de atuação do poder conferido às cortes de controle externo.

Especificamente sob o viés ambiental, o TCU elaborou a Portaria n° 383/1998, que definiu as estratégias de procedimento para controle e fiscalização de temas ligados a área ambiental, especificamente relacionado com a gestão ambiental. O conceito de gestão ambiental vem assim definido no § 1º do art. 1º: “conjunto das ações que visem à adequada utilização do meio ambiente”.

Seguindo orientação da International Organization of Supreme Audit Institutions (INTOSAI), organização internacional que congrega todas as Entidades de Fiscalização Superior (EFS), o TCU, na Portaria citada, considera como premissa para execução das auditorias ambientais: “o dever do Poder Público em preservar a qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, com vistas à disponibilidade equitativa e permanente dos recursos ambientais e a necessidade de promoção do desenvolvimento sócio-econômico em compatibilidade com a preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”¹³.

O modo de exercício deste controle será efetuado em três vertentes: (a) por meio de fiscalização ambiental de ações executadas por órgãos integrantes do SISNAMA e políticas e programas de desenvolvimento que possam degradar o meio ambiente; (b) por meio da introdução do viés ambiental na fiscalização de políticas e programas de desenvolvimento que tenham potencial de causar danos ambientais e projetos e atividades que causem impactos negativos ao meio ambiente; e (c) por meio da inserção do aspecto ambiental nos processos de tomadas e prestações de contas de órgãos e entidades integrantes do SISNAMA e daqueles responsáveis por políticas, programas, projetos e atividades com potencial de degradar o meio ambiente¹⁴.

Desta feita, o art. 225 da Constituição não fica apenas no papel, e a acepção da expressão “impondo-se ao Poder Público” acaba por incluir também os tribunais de contas, órgãos públicos independentes, que auxiliam o

¹³ Brasil. TCU. Portaria n° 383/98. Art. 2º, inc. I e II.

¹⁴ Brasil. TCU. Portaria n° 383/98. Art. 3º, inc. I, II e III.

Poder Legislativo no dever de defender e preservar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

5. Auditoria ambiental pública

As auditorias praticadas pelas EFSs que tenham como escopo o meio ambiente têm como objeto principal a avaliação das ações dos órgãos governamentais encarregados da gestão ambiental e a verificação do cumprimento da legislação específica por parte dos demais órgãos e entidades da administração indireta. Cumpre destacar que o conceito de meio ambiente foi bastante alargado, passando a ser considerado em três dimensões: meio ambiente natural, meio ambiente artificial e meio ambiente cultural.

O primeiro diz respeito aos aspectos naturais em si considerados, como os bens ambientais renováveis e não renováveis e sua inter-relação com os demais componentes deste sistema, como os elementos químicos, sólidos e gasosos. O segundo quer dizer o meio ambiente construído pelo homem, simbolizado principalmente pelas cidades e todas as demais transformações operadas nos sistemas naturais. O terceiro está relacionado com os objetos e bens que correspondem à identidade cultural de um povo, incluindo aspectos históricos ou atuais que ganhem relevância social devido à construção de valores imersos numa sociedade.

As EFSs brasileiras vêm seguindo, o exemplo e recomendações da INTOSAI e do TCU para exercício do controle e fiscalização da gestão ambiental pública. Em 2001, a Portaria n° 214 do TCU aprovou o Manual de Auditoria Ambiental, documento de grande auxílio e guia para a atuação deste dever constitucional. O Tribunal de Contas do Estado do Paraná e o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE/RS) já instrumentalizaram suas práticas escrevendo manuais próprios internos de auditoria ambiental.

De acordo com o Manual do TCU, as auditorias ambientais consistem no “conjunto de procedimentos aplicados no exame e avaliação dos aspectos ambientais envolvidos em políticas, programas, projetos e atividades

desenvolvidas pelos órgãos e entidades sujeitos ao seu controle”¹⁵. Esta análise tem o escopo de exame da ação praticada por pessoas jurisdicionadas ao Tribunal que tenham a obrigação de exercer o controle ou a proteção ambiental, em decorrência de sua competência original ou da obrigação de prevenir ou reparar danos ambientais decorrentes de seus atos.

Importa ressaltar o princípio da iniciativa, inerente a toda corte de contas para a realização das auditorias de natureza ambiental. Diferentemente da apreciação e julgamento das contas dos ocupantes de cargos eletivos em nível federal, estadual e municipal, que são anuais e obrigatórias, as ações para exercício do controle da gestão ambiental dependem da programação e da iniciativa do órgão máximo responsável pela gestão da EFS, normalmente a sua presidência.

O corpo gestor das EFSs deve ser conscientizado sobre a relevância do meio ambiente e capacitado para realizar auditorias ambientais.

Questão que reforça a relevância desta missão institucional conferida às cortes de controle externo é o descaso do ente administrativo com o meio ambiente. Primeiro ponto é a fatia do orçamento público destinado às entidades responsáveis pela gestão do patrimônio ambiental. Checando as leis orçamentárias da União, do estado de Santa Catarina e da cidade de Florianópolis, os órgãos de meio ambiente responsáveis, Ibama, Fatma e Floram, respectivamente, receberam, em média, 0,5% (meio por cento) do total previsto para o gasto público anual, valor bastante irrisório para fazer frente a todas as responsabilidades com os deveres ambientais. Como consequência, constata-se que tais órgãos dispõem de recursos humanos e físicos escassos, obsoletos e defasados, insuficientes para exercícios de suas tarefas institucionais.

Deve-se considerar ainda a sujeição destes órgãos a práticas de corrupção, visando à facilitação dos serviços prestados e desvio dos preceitos ambientais, como foi exemplo a operação Moeda Verde, deflagrada pela Polícia Federal na cidade de Florianópolis¹⁶, que teve como fundamento a

¹⁵ Brasil. TCU. **Manual de Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2001. p. 12.

¹⁶ A operação Moeda Verde investiga crimes de ordem tributária, formação de quadrilha, corrupção, falsificação de documento, uso de documento falso e tráfico de influência, ocorridos na cidade de

suspeita de fraude em licenciamentos ambientais.

A INTOSAI, por meio de seu Grupo de Trabalho sobre Auditoria Ambiental, publicou documento intitulado “Orientação para a Realização de Auditorias de Atividades com uma Perspectiva Ambiental”, identificando três tipos de auditoria nas quais questões ambientais podem ser abordadas: auditoria de relatórios financeiros, auditoria de conformidade e auditoria de desempenho.

No primeiro tipo, as questões ambientais podem incluir iniciativas para: (a) prevenir, diminuir ou remediar danos ao ambiente; (b) indicação para conservação de recursos renováveis e não-renováveis; e (c) alerta das consequências da violação de leis e regulamentos ambientais em atenção às responsabilidades pela ação ou omissão imposta ao Estado.

Nas auditorias de conformidade, é possível verificar, sob o prisma da lei, a garantia de que as atividades governamentais estão sendo conduzidas nos devidos preceitos das regras ambientais de âmbito nacional.

Já nas auditorias de desempenho, é possível verificar se os indicadores de desempenho relacionados ao meio ambiente refletem ponderadamente a performance da entidade examinada e a garantia de que os programas e atividades voltados para a questão ambiental sejam conduzidos de modo econômico, eficiente, eficaz e efetivo¹⁷.

Entretanto, não se pode mais conceber a competência para atuação no tema meio ambiente por órgãos públicos estanques, paupérrimos e defasados. Assim como a Lei da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei nº 9.795/99) guarda como princípio o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade, o panorama ambiental deve permear todos os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo as próprias EFSs.

A realização da gestão ambiental compete a todos como dever estabelecido constitucionalmente. Não é mais concebível que se continue a

Florianópolis/SC.

¹⁷ INTOSAI. **Diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional: normas e diretrizes para a auditoria operacional baseadas nas Normas de Auditoria e na experiência prática da INTOSAI**. Trad. Inaldo da Paixão Santos Araújo e Cristina Maria Cunha Guerreiro. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2005. p. 49.

usar e desperdiçar os recursos ambientais, já tão explorados e utilizados em demasia. É necessário um esforço conjunto para a redução da utilização dos bens ambientais e a diminuição do impacto negativo constatado diuturnamente. A atuação das cortes de contas em executar auditorias com enfoque ambiental deve ser ampliada, para conferir o nível de colaboração que cada agente, órgão e entidade pública está realizando em prol do meio ambiente, visando a sua proteção e conservação.

Um recurso de extrema relevância para aferição da correta, eficaz e consistente gestão ambiental do patrimônio público, visando precipuamente ao alcance da sustentabilidade, é a adoção de indicadores de desempenho atrelados a critérios de avaliação de resultados. Estudos recentes têm buscado aferir indicadores que correspondam a situações ideais, que revelem quando um dado estado ambiental encontra-se em sustentabilidade e em equilíbrio dinâmico¹⁸.

Aos agentes públicos começam a ser esboçados os primeiros caminhos para concretização e adoção de indicadores de desempenho da gestão pública¹⁹. O desafio será, então, aliar os dois indicadores e revelar quando a atividade pública protege e conserva o meio ambiente. Como dever fundamental atrelado a um direito humano, o meio ambiente exige de todos os seus atores ações práticas de contensão e reversão do atual quadro de esgotamento dos recursos naturais, poluição desmedida em todos os ambientes e desperdício generalizado das fontes de sustento.

Neste escopo, as auditorias ambientais públicas representam imprescindível instrumento para busca de efetividade e garantia da manutenção do meio ambiente hígido. Os tribunais de contas devem, com urgência, fomentar o exercício deste poder institucional conferido pela Carta Magna e contribuir para melhoria da prestação do serviço em prol do meio ambiente, desempenhado pelos órgãos especializados.

¹⁸ MOTTA, Ronaldo Seroa da. Indicadores Ambientais no Brasil: aspectos ecológicos, de eficiência e distributivos. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/1996/td_0403.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2009.

¹⁹ TOSCATO JR., Eudes M. Auditoria de Desempenho: o desafio de otimizar a avaliação da Gestão Pública. Disponível em: <http://www.redecontabil.com.br/artigo/arquivos/art_37.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2009.

6. A utilização da auditoria operacional para defesa do meio ambiente

A crescente preocupação com a obtenção de eficiência, eficácia e economia na gestão dos recursos públicos faz com que as informações geradas pelos relatórios financeiros da contabilidade tradicional não sejam suficientes. Para suprir a necessidade de informações gerenciais que demonstrem como se encontram estas variáveis perante os órgãos e entidades públicas, surgiu a técnica de auditoria operacional.

A auditoria operacional apresenta-se de grande importância para o crescimento e desenvolvimento da Administração Pública e para defesa do meio ambiente, tendo em vista uma nova percepção da gestão.

Esta modalidade de auditoria com enfoque centralizado na gestão, utilizando a aplicação de indicadores e parâmetros para a avaliação da gestão e do desempenho dos gestores públicos, é vista como alternativa útil para auxiliar a direção na consecução das metas e objetivos propostos estrategicamente.

7. Considerações finais

A novidade e urgência da questão ambiental importam em necessária reflexão do papel e missão constitucional imposta às cortes de contas brasileiras. A sociedade exige nova postura de todos frente aos desafios impostos decorrentes da crise ambiental. Consequências incalculáveis sujeitam toda a comunidade global a estreitar laços de solidariedade em prol de um destino comum; sob pena de atingir a todos, não segregando ricos nem pobres. A mudança, entretanto, deve partir do interior para causar reflexos no exterior.

O meio ambiente equilibrado, consagrado como direito fundamental, é a única condição garantidora de saúde digna e manutenção da vida. Os deveres impostos para concretização do meio ambiente sadio dizem respeito a todos, cabendo a cada um exercer sua parcela de responsabilidade e contribuir decisivamente para mudança dos rumos.

Não será apenas assumindo sua responsabilidade em executar auditorias ambientais que as EFSs cumprem seu papel. Toda a gestão de suas estruturas também precisa acompanhar o novo modelo de sustentabilidade.

de. Utilização de equipamentos de baixo consumo, destinação correta dos resíduos sólidos, captação e reutilização da água, emprego de produtos de pequeno impacto ambiental e papel reciclado compõem o quadro de exigências que a Administração Pública deve acompanhar, principalmente os órgãos de controle externo.

Em verdade, os tribunais de contas estão em desconformidade com o meio ambiente, segundo princípio de auditoria ambiental, pois não aplicam técnicas para diminuir o desperdício e gerar economias. É essencial o investimento em metodologias específicas de auditoria ambiental, em capacitação diversificada dos auditores e na criação de núcleos especializados em meio ambiente como estratégia de curto prazo para atendimento do desafio conferido pela Constituição Federal às EFSs brasileiras.

Dentre suas atribuições, os tribunais de contas podem recomendar a alteração de políticas ambientais como meio de torná-las mais eficientes, eficazes e econômicas, ou ainda visando a compatibilizá-las entre si ou adequá-las a um conjunto maior de políticas públicas ambientais. Todos esses aspectos são passíveis de verificação pelas EFS quando da realização de auditorias operacionais.

Ainda que não tenham a missão constitucional de atuar diretamente na fiscalização ambiental, as cortes de contas precisam dar mostras que podem contribuir para o aperfeiçoamento dos órgãos governamentais responsáveis pelo gerenciamento dos recursos naturais, garantindo a preservação do meio ambiente, combinada com o manejo racional, controle e utilização sustentável.

A auditoria operacional é, sobretudo, uma nova filosofia acerca do papel que o controle externo deve exercer para a melhoria de qualidade dos órgãos e entidades públicos. O instrumento operacional pode ser definido como uma técnica, um enfoque ou uma metodologia.

Acredita-se que o exercício das funções de controle externo garantidas constitucionalmente, consideradas como elementos geradores de ações corretivas, em permanente ação pedagógica e orientadora da gestão pública, poderá produzir efeitos positivos para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referências

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à auditoria operacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2001.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental no Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros. Teoria do direito e ecologia: apontamentos para um direito ambiental do século XXI. In: FERREIRA, Helene Sinivi; LEITE, José Rubens Morato. (org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição de República Federativa do Brasil**: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 52/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL. TCU. Auditoria de Aspectos Ambientais das Obras Públicas. In: Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas, 7, 2002, Brasília. **Anais...** Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002, p. 140-173.

BRASIL. TCU. **Cartilha de Licenciamento Ambiental**. 2. ed. Brasília: TCU, 2007.

BRASIL. TCU. **Manual de Auditoria Ambiental do Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, 2001.

BRASIL. TCU. **Manual de auditoria de natureza operacional**. Brasília: TCU, 2000.

BRASIL. TCU. Técnicas de auditoria: indicadores de desempenho e mapa de produtos. Brasília: TCU, 2000.

CAPPELLI, Sílvia; BEZERRA, Maria do Carmo de Lima; RUSCHEL, Caroline. Indicadores de aplicabilidade e cumprimento da norma ambiental para ar, água e vegetação. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 134-161, abr./jun. 2006.

CORRÊA, Elizeu de Moraes. **Auditoria Ambiental**. Guia Elementar no Âmbito dos Tribunais de Contas. Curitiba: TCE/PR, 1997.

CORREA, Heitor Delgado; ANDRADE, Pierre André da Rocha. Avaliação da gestão ambiental como indicador de desempenho do mandato de agente público. **Revista do TCMRJ**, Rio de Janeiro, ano XXI, n. 27, p. 34-44, ago. 2004.

DE CONTO. Michelle Fernanda. **A auditoria operacional como ferramenta na busca da eficiência na administração pública**. 2004. 40 f. Monografia. (Especialização em Auditoria Pública) – Curso de Pós-Graduação em Auditoria Pública, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (org.). **Temas de direito ambiental e urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FERREIRA, Helene Sinivi. Política Ambiental Constitucional. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; LEITE, José Rubens Morato. (org.) **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GARCIA, R. C. **Avaliação de ações governamentais:** pontos para um começo de conversa. Brasília: IPEA/CENDEC, 1997.

_____. **Subsídios para organizar avaliações da ação governamental.** Brasília: IPEA/CENDEC, 2001.

GIL, Antônio de Loureiro. **Auditoria operacional e de gestão:** qualidade da auditoria. São Paulo: Atlas, 1992.

GONÇALVES, Fernando. **Papel e Responsabilidade do Tribunal de Contas da União na Auditoria do Meio Ambiente.** Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9107/1/Papel_e_responsabilidade_do_Tribunal_de_Contas.pdf>. Acesso em: 15 jun. 07.

GRATERON, Ivan Ricardo Guevara. Auditoria de gestão: utilização de indicadores de gestão no setor público. **Caderno de Estudos FIPECAFI**, São Paulo, maio/ago, 1999.

INTOSAI. **Diretrizes para aplicação de normas de auditoria operacional:** normas e diretrizes para a auditoria operacional baseadas nas Normas de Auditoria e na experiência prática da INTOSAI. Trad. Inaldo da Paixão Santos Araújo e Cristina Maria Cunha Guerreiro. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2005.

INTOSAI; WGEA. Auditoria Ambiental e de Regularidade. **Revista do TCU**, Brasília, n. 100, p. 48-54, abr./jun. 2004.

KRIECK, Manfredo. **Auditoria pública.** Florianópolis: FEPESE, 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 14. ed. rev. atual. ampl. Malheiros: São Paulo, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1998.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. Indicadores Ambientais no Brasil: aspectos ecológicos, de eficiência e distributivos. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/1996/td_0403.pdf> . Acesso em: 15 jun. 2009.

OLIVEIRA, Alci Malaquias de. **Controle e Auditoria Governamental com Enfoque em Auditoria Operacional**. Brasília: TCU, 1996.

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. 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: TCE/SC, 2006. p. 77-147.

TOSCATO JR, Eudes M. **Auditoria de Desempenho: o desafio de otimizar a avaliação da Gestão Pública**. Disponível em: <http://www.redecontabil.com.br/artigo/arquivos/art_37.pdf> . Acesso em: 15 jun. 2009.

Revisão Geral e Anual da Remuneração dos Servidores Públicos: Subsídios Hermenêuticos para sua Redenção

Gustavo Terra Elias

Advogado

Servidor do Tribunal de Contas do Estado de
Minas Gerais

Professor Universitário

Mestrando em Direito Público pela UFMG

Resumo: Previsto de forma clara na Constituição Federal, em seu art. 37, XI, a revisão geral e anual de vencimentos é direito que os servidores públicos pouco desfrutaram, embora a obrigação de seu pagamento já tenha sido reconhecida em decisão do STF já nos idos de 2001, na ADI 2.061-DF. Entretanto, tem prevalecido a inércia das autoridades em tomar providências para sua efetividade. Em que pese o quadro acima exposto, procuraremos desvendar a correta interpretação que se deve dispensar a este instituto jurídico, com a finalidade de demonstrar que sua adoção, nas poucas ocasiões em que teve vez, foi mal formulada. A partir das conclusões extraídas, procuraremos formular novas veredas para aplicação do instituto, especialmente demonstrar que a valorização da função pública demanda sua aplicabilidade imediata, pois seu escopo – de assegurar correção monetária dos vencimentos – tem sido sistematicamente esquecido, em prejuízo da parcela considerável dos servidores públicos.

Introdução

Não é de agora, nem em breve cessarão, as recorrentes mobilizações das mais diversas categorias de servidores públicos de todos os níveis de governo deste país em torno de reivindicações por melhores vencimentos, especialmente quando se encontram defasados ao longo do tempo, não somente em relação a outros servidores da mesma carreira, vinculados a outros entes, como também em relação a profissionais com semelhantes funções no mercado de trabalho.

Com lutas e barganhas entre governos e sindicatos de servidores públicos, consegue-se aqui e acolá, ainda que muitas vezes em níveis insuficientes, acenos de valorização da remuneração dos servidores públicos, por meio de aumentos dos vencimentos, criação de adicionais ou reestruturação da carreira.

Entretanto, em meio a esta intermitente e latente tensão entre governos e servidores públicos em busca de consensos pela justa fixação dos valores dos vencimentos dos servidores, pouco se avançou em termos de concretização do instituto da revisão geral anual de vencimentos, previsto pelo inciso X do art. 37, da Constituição da República.

Como teremos oportunidade de demonstrar, a adoção da revisão geral representa sensível progresso em busca da preservação dos valores vencimentais dos servidores públicos, especialmente quando é notória a defasagem provocada pelas perdas inflacionárias.

Em face deste cenário, faremos um resgate do tratamento jurídico dispensado a este instituto pelo Judiciário, pela legislação e pela doutrina, com o propósito de extrair elementos que possam contribuir para alavancar seu emprego na política remuneratória dos servidores públicos.

A Distinção entre Revisão Geral e Aumento de Remuneração dos Servidores Públicos.

É de nossa tradição constitucional a normatização do sistema remuneratório dos servidores públicos. A Constituição da República de 1988 trouxe diversos regramentos sobre o tema, com destaque para normas de controle das despesas de pessoal, sem se esquecer de assegurar garantias aos servidores públicos, a exemplo da revisão geral da remuneração e da irredutibilidade de vencimentos, previstas, respectivamente, nos incisos X e XV do art. 37.

Com relação à revisão geral, foi prevista originalmente na Constituição de 1988 na seguinte dicção:

Art. 37 [...]

X – a revisão geral da remuneração de servidores públi-

cos, sem distinção de índices entre servidores públicos e militares, far-se-á sempre na mesma data.

Com o advento da Reforma Administrativa, veiculada pela EC/19/98, deu-se nova redação a referido dispositivo, com as seguintes alterações:

Art. 37. [...]

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o §4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices.

Nitidamente, com a nova redação dada ao inciso X do art. 37, há o tratamento de matérias distintas. A primeira parte do texto trata da fixação e alteração de remuneração e subsídios, sempre por meio de lei específica, e a segunda parte refere-se à revisão geral anual.

No que tange à revisão da remuneração, percebe-se que, além de geral, isto é, destinar-se indiscriminadamente a todas as carreiras de servidores, ela será anual. A Constituição, aqui aperfeiçoada, definiu a periodicidade anual dentro da qual recairá a revisão.

Comentando as alterações da EC/19 ao instituto da revisão geral de remuneração dos servidores públicos, assenta Di Pietro (2000, p. 437):

Os servidores passam a fazer jus à revisão geral anual, para todos na mesma data e sem distinção de índices (estas últimas exigências a serem observadas em cada esfera de governo). A revisão anual, presume-se que tenha por objetivo atualizar as remunerações de modo a acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda; se assim não fosse, não haveria razão pra tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data para todos. Essa revisão anual constitui direito dos servidores, o que não impede previsões outras, feitas com o objetivo de reestruturar ou conceder melhorias a carreiras determinadas, por outras razões que não a de atualização do poder aquisitivo dos vencimentos e subsídios.

Em continuidade à lição de Di Pietro, é fundamental perceber o discri-men entre a revisão e o reajuste da remuneração, que, na linguagem técnica do direito, possuem finalidades específicas. O reajuste, gênero no qual se incluem aos aumentos de vencimentos e reestruturações de carreiras, representa acréscimo real na remuneração dos servidores públicos; são concedidos mediante juízo discricionário da Administração, que decide valorizar determinadas carreiras, com remuneração defasada ao longo dos anos.

Por sua vez, distintamente dos reajustes, a revisão da remuneração constitui correção da expressão nominal da remuneração, com vistas à recomposição do poder aquisitivo da moeda em face das perdas inflacionárias. A respeito da revisão geral, discorre Mariano (2002, p. 152):

[...] por revisão geral, é de se entender o aumento que é concedido em razão da perda do poder aquisitivo da moeda. Com efeito, justo não seria que os vencimentos, proventos ou pensões permanecessem irreajustados, ou seja, não acompanhassem a evolução dos preços dos bens de consumo e serviços e assim, não mais corresponderem à realidade econômica do País.

Admitir o contrário, ou seja, que a economia sofresse as conseqüências da inflação sem que os vencimentos dos servidores fossem reajustados, importaria em impor a estes, por via indireta, perda substancial do poder aquisitivo, ou, em outras palavras, redução do poder de compra e subsistência, o que nada mais é do que a redução, propriamente dita, dos vencimentos.

A reflexão sobre a separação conceitual entre reajuste e revisão de vencimentos de servidores foi premiada com a inteligência do Ministro Carlos Britto, do STF, que, por ocasião de julgamento da ADI 3.599-1/DF, consignou em seu voto a seguinte passagem:

Entendo que em matéria de remuneração há apenas duas categorias ou dois institutos. Ou o instituto é da revisão, a implicar mera reposição do Poder aquisitivo da moeda, por isso que a Constituição no inciso X do artigo 37 fala

de índices e datas absolutamente uniformes, iguais; ou, então, aumento. Mesmo que a lei chame de reajuste, entendendo que é um aumento. Aí, sim, há uma elevação na expressão monetária do vencimento mais do que nominal e, sim, real. Aumento tem a ver com densificação no plano real, no plano material do padrão remuneratório do servidor; revisão, não. Com ela se dá uma alteração meramente nominal no padrão remuneratório do servidor, mas sem um ganho real.

Delimitado o perfil com que se apresenta a revisão de remuneração, trataremos das condições para sua aplicação.

A Aplicação da Revisão Geral de Remuneração dos Servidores Públicos

Conforme visto, a norma constitucional que assegura a revisão geral é de eficácia limitada, ou seja, a produção plena e integral de seus efeitos demanda a integração por meio de norma infraconstitucional, no caso, lei específica, ou seja, lei monotemática, que disponha unicamente sobre a matéria em questão, sem apanhar tema dela diverso.

Entretantes, a lei específica, di-lo o inciso X do art. 37 da Constituição, é de “iniciativa privativa em cada caso”, ou seja, em respeito à autonomia administrativa e financeira decorrente do princípio da separação de poderes, cabe ao chefe de cada um dos Poderes das diversas entidades federadas fazer a propositura da lei de revisão de remuneração. É nesse sentido que caminhou o entendimento do Ministro Carlos Brito, em outro trecho de seu voto lançado na referida ADI 3.599-1/DF:

No inciso X do artigo 37, ao falar de revisão geral anual, a Constituição teve o cuidado de prever “...*observada a iniciativa em cada caso, ...*” Ora, significa, “*observada a iniciativa em cada caso...*”, que o poder executivo cuida dessa iniciativa de lei, em se tratando de revisão remuneratória no âmbito da administração direta e indireta sob a autoridade máxima do Presidente da República – estou

falando no plano federal - , e, no âmbito dos demais Poderes, a iniciativa é de cada um deles. É do Poder Judiciário quando se tratar de revisar a remuneração dos cargos próprios do Poder Judiciário, e no âmbito do Congresso Nacional, há uma bipartição: a iniciativa tanto é da Câmara dos Deputados quanto é do Senado Federal. Tudo a constituição deixa para mim explicitado, com todas as letras, em alto e bom som.

Em que pese a nova redação do inciso X do art. 37 da Constituição Federal deixar cristalino que assegurou a revisão geral da remuneração dos servidores públicos sem distinção de índices, agora com periodicidade anual, a omissão, em especial do Poder Executivo, na propositura da lei específica fez da revisão de remuneração instituto jurídico de inexpressiva efetividade, que revela o desprezo de nossas autoridades em dar cumprimento ao dever de garantir os direitos estampados na Constituição cidadã.

Depois de transcorrido um ano da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, sem que houvesse a deflagração de projetos de lei referente à revisão geral de remuneração, sobrevieram diversas ações diretas de inconstitucionalidades por omissão, especialmente em face da inércia dos Governos Federal e Estaduais em proporem a regulamentação da matéria.

Ao enfrentar esta controvérsia, a Excelsa Corte declarou a inconstitucionalidade da omissão do Poder Executivo em propor o projeto de lei, mas se recusou a supri-la. Assim, deteve-se o STF, consoante deixa evidente a emblemática ADI 2031-7/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 25/04/01, em proclamar a mora do Poder Executivo na regulamentação do texto constitucional, sem condená-lo à providência cominatória, em função de deter o Chefe do Poder Executivo, no entendimento do STF, discricionariedade para avaliar a conveniência da propositura de medida legislativa, visando à regulamentação da revisão geral. A propósito, reproduzimos a ementa da ADI 2061-7/DF:

Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Art. 37, X, da Constituição Federal. Norma consti-

tucional que impõe ao Presidente da República o dever de desencadear o processo de elaboração da lei anual de revisão geral da remuneração dos servidores da União, prevista no dispositivo constitucional em destaque, na qualidade de titular exclusivo da competência para iniciativa da espécie, na forma prevista no art. 61, §1º, II, “a”, da CF.

Mora que, no caso, se tem por verificada, quanto à observância do preceito constitucional, desde junho de 1999, quando transcorridos os primeiros doze meses da data da edição da referida EC 19/98.

Não se compreende, a providência, nas atribuições de natureza administrativa do Chefe do Poder Executivo, não havendo cogitar, por isso, da aplicação, no caso, da norma do art. 103, § 2º, in fine, que prevê a fixação de prazo para o mister.

Meses depois ao julgamento da ADI 2061-7/DF, foi editada, no âmbito federal, a Lei 10.331, de 18 de dezembro de 2001, que regulamentou o inciso X do art. 37 da Constituição Federal, fixando, em seu art. 1º, a revisão geral aos servidores da Administração Direta e Indireta, sempre no mês de janeiro, estendida aos inativos e pensionistas, com índice de revisão geral de 3,5% para o ano de 2002, fixado no art. 5º.

Referida lei ainda dispõe, em seu art. 2º, as seguintes condicionantes à revisão geral anual: I) autorização na lei de diretrizes orçamentárias; II) definição do índice em lei específica; III) fonte de custeio para suas despesas; IV) comprovação de disponibilidade financeira, sem comprometimento de despesas continuadas de interesse econômico e social; V) compatibilidade com a evolução nominal e real das remunerações no mercado de trabalho; VI) atendimento aos limites para despesa com pessoal de que tratam o art. 169 da Constituição e a Lei Complementar nº 101/00.

A regulamentação feita pela Lei 10.331/01, que serve de oportunidade para reflexão sobre a aplicação do instituto da revisão geral, deve ser recebida com reservas. Começamos por dizer que o percentual de 3,5% concedido foi arbitrário. Não reflete, conforme é inerente à revisão geral, a

perda do poder aquisitivo em função da inflação registrada no ano de 2002. Conforme apuramos no sítio eletrônico do IBGE, o IPCA (Índice de Preços ao Consumidor Amplo)¹, medido mensalmente pelo IBGE, utilizado pelo Governo como medidor oficial da inflação do país, registrou para o ano de 2002 índice de inflação de 12,53%. Logo, a revisão concedida nem mesmo recompôs as perdas inflacionárias do período, como tem sido de praxe no país.

Portanto, o percentual da revisão geral não pode ser fixado a bel-prazer do Poder Executivo, ou mediante metodologia de cálculo própria, pois deve sempre espelhar a inflação do período apurada em índice oficial, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade. Enfim, não há como escapar dos percentuais fixados pelos índices oficiais de inflação.

A respeito da escolha do índice de revisão, elucida Carvalho Filho (2008, p. 654):

Conquanto não haja previsão do índice a ser adotado para a revisão remuneratória, parece-nos que o Poder Público não tem inteira discricionariedade de fixar aquele que lhe convenha; a ser assim, tal decisão poderia tornar ineficaz o mandamento constitucional. Deve ser aplicado índice oficial e, se mais de um houver, aquele que retrate o escopo da norma isto é, que proceda à reposição remuneratória e restabeleça o poder aquisitivo do servidor.

Também releva notar a compreensão de Alegre (2008, p. 04) sobre a questão em exame:

A reposição da perda do valor da moeda é dever do Estado, de modo que no ano seguinte o seu poder aquisiti-

¹ O IPCA é o indicador que reflete o custo de vida de famílias com renda mensal de 1 a 40 salários mínimos, residentes nas regiões metropolitanas de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Curitiba, Salvador, Recife, Fortaleza e Belém, além do Distrito Federal e do município de Goiânia. O governo usa o IPCA como referência para verificar se a meta estabelecida para a inflação está sendo cumprida.

vo se mantenha inalterado. O ano subsequente torna-se igual ao antecedente. E reposição na exata medida do que se perdeu, no mínimo, pois nada impede que a revisão vá além, inclusive por diversas razões, em obséquio à valorização do trabalho humano, fundamento da República e da Ordem Econômica. Enfim, o que nos parece é que inexistente liberdade de escolha de índice, quando se trata de revisão. A exemplo do que sucede com a contratação administrativa, o índice é o oficial. E havendo mais de um, o que melhor refletir a variação real e efetiva do poder aquisitivo, decorrente da corrosão inflacionária. Ou, ao menos, o que mais aproxime dela, posto que este é o critério adotado pelo Poder Público quando se trata de receber seu créditos.

Por outro lado, as condicionantes impostas à revisão geral pelo art. 2º da Lei 10.331/01 não se lhe aplicam. Logo de plano cumpre descartar a vinculação da revisão geral com a evolução da remuneração do mercado de trabalho, pois a revisão geral somente guarda relação com a variação do processo inflacionário. A associação com a evolução da remuneração do mercado de trabalho somente é apropriada em sede de reestruturação de carreiras ou aumentos reais de vencimentos.

Também não tem lugar os regramentos da Lei 10.331/01 concernentes ao custeio das despesas decorrentes da revisão geral anual, pois, registre-se, a disciplina de finanças públicas foi cometida pela Constituição Federal, em seu art. 163, à lei complementar. À Lei 10.331/01 e qualquer outra lei específica que venham a dispor sobre revisão geral, por serem leis ordinárias, com espaço de atuação residual, é vedado regular matéria reservada pela Constituição à disciplina da lei complementar, a exemplo do que se dá em matéria de finanças públicas, atualmente regidas pela Lei Complementar 101, de 04 de maio de 2000, e pela Lei 4.320, de 17 de março de 1964, recepcionada pela atual ordem constitucional com força de lei complementar.

Sem pretendermos aprofundar a discussão acerca da hierarquia das leis complementares sobre as leis ordinárias – que não é o foco do nosso articulado –, está pacificado na doutrina que não cabe às leis ordinárias alterar matéria já regulada por lei complementar. Para ilustrar, reproduzimos a

lição de Bastos (1997, p.161):

“... o que vier disposto em lei complementar legítima não pode ser infringido pelas leis ordinárias. Trata-se, portanto, de um caso manifesto de reserva de matérias. As leis complementares tornam-se as únicas aptas a versar certas matérias. Daí por que qualquer contrariedade que venham a encontrar por parte das demais leis tem por causa, muito certamente, o estarem estas leis indevidamente invadindo o campo material próprio das leis complementares”.

Portanto, a Lei 10.331/01, pelo conduto de seu art. 2º, desbordou de seus limites, pois impôs regramentos à concessão da revisão geral que não foram previstos pela Lei Complementar 101/00.

Com efeito, a Lei Complementar 101/00, ao dispor sobre limites de despesas de pessoal, soube conciliar seus comandos com o direito dos servidores à revisão geral e anual de vencimentos garantidos no inciso X do art. 37 da Constituição, excluindo-a até mesmo das medidas de contenção de despesas de pessoal em função da superação do limite prudencial, conforme se extrai da redação do parágrafo único do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), *verbis*:

Art. 22 [...]

Parágrafo único – Se a despesa total com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no art. 20 que houver incorrido no excesso:

I – concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, salvo os derivados de sentença judicial ou de determinação legal e contratual, **ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição. (grifo nosso).**

Os Tribunais de Contas, órgãos aos quais é confiado o controle do cumprimento das normas de gestão fiscal, já tiveram de dirimir a questão

da superação do limite prudencial de despesas de pessoal em função da concessão de revisão geral anual de vencimentos. Nesse sentido, o Tribunal de Contas de Minas Gerais, na consulta nº 712718, admitiu a possibilidade de concessão da revisão geral anual de vencimentos, mesmo com os gastos de pessoal ultrapassando o limite prudencial, conforme se observa na transcrição seguinte:

[...] Indo ao encontro do dispositivo constitucional, a Lei de Responsabilidade Fiscal autoriza, ainda que ultrapassado o limite prudencial da despesa total com pessoal, a revisão geral da remuneração dos agentes públicos nos seguintes termos:

“Art. 22 ...

Parágrafo único. Se a despesa com pessoal exceder a 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão...:

I – Concessão de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título (...), ressalvada a revisão prevista no inciso X do art. 37 da Constituição”

Nesse norte, é a posição de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para quem “o chamado limite prudencial – 95% – tem por objetivo assegurar que a Administração Pública possa suportar os acréscimos compulsórios, como os previstos no art. 37, inc. X, da Constituição Federal, e considerar o fato de que a receita é variável, mês a mês, o que leva a uma variável proporcional do percentual definido” (in Responsabilidade fiscal, questões práticas na função do ordenador de despesa; na terceirização da mão-de-obra; na função do controle administrativo. 2. ed. rev., atual. e ampl. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, pp. 195/6).

Em idêntica linha interpretativa, outro não é o entendimento segundo o qual “a primeira vedação estabelecida é a do inciso I. O ente não poderá conceder aumento, vantagem, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título. Mas a lei estabelece exceções. **A mais evidente é a revisão geral anual da remuneração dos**

servidores públicos de que trata o artigo 37, inciso X, da CF. Trata-se de revisão assegurada pela Lei Maior, não podendo lei complementar dispor de forma contrária. (Grifo nosso)

Esta orientação está consolidada no Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, no qual se fez editar ementa de prejulgado nº 1379, no seguinte teor: “não há impedimentos na Lei de Responsabilidade Fiscal para que os Municípios promovam a revisão geral anual dos vencimentos de seus servidores, ainda que a despesa total com pessoal esteja acima do limite prudencial”.

Assinalamos ainda que a aplicação da revisão geral anual remuneratória está dispensada, pelo comando do § 6º do art. 17 da LRF, da obrigação de realizar a estimativa do impacto orçamentário-financeiro dela decorrente, bem como da demonstração da origem dos recursos para seu custeio, ficando evidente que a Lei 13.331/01 regulamentou a matéria em contrariedade ao tratamento dispensado pela Lei Complementar 101/00, diploma com legitimidade constitucional para cuidar das questões inerentes a despesas públicas.

Como se viu, o legislador infraconstitucional, ao editar a LC 101/00, agiu com sabedoria, pois se comprometeu em preservar a efetividade da recomposição anual do poder aquisitivo dos servidores públicos, livrando o instituto da revisão geral da observância de providências que são exigíveis somente com relação à concessão de aumentos reais de remuneração.

A Intersecção da Concessão da Revisão Geral Anual com os Aumentos Reais de Vencimentos

Questão controvertida, consiste em interpretar situações nas quais determinados servidores, ao lado de aumentos de remuneração decorrentes de reestruturação da carreira, ou criação e majoração de vantagens, sejam contemplados, em curto espaço temporal, por revisões gerais e anuais de vencimentos.

A controvérsia em pauta origina-se da seguinte redação do art. 3º² da Lei 10.331/01:

Art. 3º - Serão deduzidos da revisão os percentuais concedidos no exercício anterior, decorrentes de reorganização ou reestruturação de cargos e carreira, criação e majoração de gratificações ou adicionais de todas as naturezas e espécies, adiantamentos ou qualquer outra vantagem inerente aos cargos ou empregos públicos.

Esta norma esteve com sua constitucionalidade sob ataque na ADI 2.723-3/DF, com o fundamento de que violava o art. 37, X, da Carta de 1988, pois confundia reestruturação de carreiras, que diz respeito à política de recursos humanos, com revisão geral, associada unicamente à recomposição do poder de compra dos vencimentos dos servidores.

A inconstitucionalidade arguida, segundo os requerentes da ADI 2.723-3/DF, encontrava-se justamente na previsão de compensação da revisão geral com aumentos reais porventura concedidos no ano anterior a certas categorias de servidores.

Em sua maioria, os ministros do STF compreenderam correta a compensação dos aumentos reais a determinadas categorias de servidores com a revisão geral vindoura, tal como prevista no art. 3º da Lei 10.331/01. A respeito do tema assentou o Relator, Ministro Maurício Corrêa:

Não se pode afirmar que a dedução prevista no artigo 3º do ato impugnado traduza negativa de revisão aos contemplados com aumento real, uma vez que, em face do sistema adotado, a citada dedução já se encontra prevista e embutida no aumento real concedido durante o exercício e limita-se à revisão imediatamente posterior, não contaminando, a partir daí, futuros aumentos ou correções salariais.

Oportuno asseverar, nesse passo, que a impossibilidade

² O art. 3º da Lei 10.331/01 foi revogado pelo art. 3º da Lei 10.697, de 02 de julho de 2003, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações dos servidores públicos federais referentes ao exercício de 2003.

de compensação resultaria em percentual menor de revisão anual, em evidente prejuízo para aqueles que ao longo do ano não tiveram qualquer espécie de aumento.

Na mesma linha consignou o Ministro Nelson Jobim:

Pretende-se aqui que, nos reajustes gerais, as carreiras que tiveram, por qualquer razão, reajustes parciais e reorganizações parciais gozem do mesmo reajuste de todos. Isso importará redução do reajuste, tendo em vista a impossibilidade de caixa do Governo e a previsão da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

É absolutamente razoável a alternativa proposta, ou seja, manter a possibilidade de se fazer os reajustes intercorrentes no ano, as reorganizações necessárias e, ao final, fazer-se um reajuste compatível com aquelas que não tiveram nenhuma reorganização interna e possam ter uma recuperação real. Se os outros tiveram, vai inviabilizar orçamentariamente. Sofrerão, exatamente, as carreiras de menor remuneração.

Entretanto, vozes surgiram em sentido contrário, reconhecendo ser inconstitucional referida compensação, por representar violação da garantia da revisão geral e anual. Dessa forma, sustentavam que a revisão geral deveria ficar intacta a deduções, mesmo diante de reajustes setoriais. Nesse sentido, o Ministro Ilmar Galvão:

Se há uma revisão geral linear, não há porque não contemplar as categorias cuja remuneração foi reestruturada. Quando se há uma revisão geral para o exercício seguinte, têm de ser contempladas também essas categorias reestruturadas, porque, senão, elas vão ficar defasadas novamente.

Considerou-se, por exemplo, que o agente fiscal do INSS deve receber o mesmo que o agente fiscal da União. Mas isso agora, neste momento. Para o exercício seguinte, a revisão geral tem de contemplar todo mundo, caso con-

trário essa categoria que foi reestruturada vai ficar defasada novamente.

Com muita propriedade, destacou o Ministro Marco Aurélio em seu voto que revisão geral e reajustes de vencimento são institutos diferentes, com finalidades próprias, daí ser inviável compensação entre eles. De acordo com suas palavras:

Ora, se a Administração Pública precisa reestruturar cargos, a remuneração de cargos para atender até mesmo às exigências do mercado e obstaculizar a fuga de prestadores de serviço, não pode, num passo subsequente, à margem do ditame constitucional sobre a revisão na mesma data e no mesmo percentual, simplesmente determinar a compensação de coisas heterogêneas, coisas que não guardam similitude, tendo em conta a razão de ser e o objetivo visado, que, no caso de reestruturação, gratificação, dizem respeito a maior ou menor responsabilidade do cargo, não estando esses fatores ligados à reposição do poder aquisitivo da moeda.

Referida compensação, em nossa ótica, é causa para mitigação da efetividade da norma constitucional que assegura a revisão geral e anual, pois é inadequado dar aos aumentos reais, destinados a carreiras específicas, interpretação que lhe permita absorver as funções da revisão geral e anual.

É dizer: somente se a remuneração do servidor, na data-base fixada em lei, submeter-se à correção monetária no mesmo percentual dos indicadores oficiais de inflação, os servidores terão condições de conhecer em que medida os reajustes específicos a suas carreiras representaram aumento material em sua remuneração, sobrepostos à correção monetária, mas sem reduzi-la. Nessa situação, com transparência, os servidores saberão que, além de terem recompostos seu poder de compra em face das perdas inflacionárias, obtiveram, com os reajustes específicos em sua carreira, maior poder de compra (aumento real na remuneração).

Para não se pensar que olvidamos, com o argumento aqui exposto, de avaliar o impacto financeiro da aplicação defendida, temos a dizer que

é possível, com planejamento, conceder aumentos reais sem deduções sobre revisão geral e anual. Basta que o Governo, ao conceder aumento real para determinada carreira, preceda-o de estudos feitos com base em estimativas confiáveis dos índices de medição de inflação que serão adotados para efeitos da revisão geral e anual a ser concedida na data-base do exercício subsequente. Ciente da quantia que deverá desembolsar para garantir a recomposição da perda da inflação, cujos índices oficiais são medidos e divulgados mensalmente, o Governo terá condições de mensurar a disponibilidade financeira necessária para suportar os aumentos reais às carreiras que pretenda reestruturar de acordo com a conveniência de sua política de recursos humanos, em obediência aos limites de despesa de pessoal fixados na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por fim, registramos que, sem embargo de já ter sido revogado pela Lei 10.697/03, abordamos o art. 3º da Lei 10.331/01 por conta das férteis reflexões a que conduziu, fazendo despertar os indispensáveis cuidados dos quais se devem cercar aqueles que se proponham a aplicar com efetividade o instituto da revisão geral de vencimentos.

Conclusões

É com os olhos voltados à sua natureza, identificada com a correção monetária da remuneração dos servidores públicos, que se deve interpretar o instituto da revisão geral, com a finalidade de dar-se efetividade ao comando do art. 37, X, da Constituição Federal.

Partindo desta premissa, não custa repetir que a lei deverá atrelar a revisão geral ao índice oficial que melhor reflita a recomposição do poder aquisitivo da remuneração dos servidores ocorrida no período anual que antecede à data-base, extensiva, com igualdade, a todos os servidores. E assim é porque todos os servidores, indistintamente, estão sujeitos à mesma defasagem salarial, razão pela qual o índice de revisão será anual e geral, idêntico para todos os servidores, de todas as carreiras.

A propósito, se na fase do ingresso de receitas, a atualização do valor monetário da base de cálculo não constitui majoração do respectivo tributo, conforme prevê o art. 97, §2º do Código Tributário Nacional, pela mesma

lógica, a correção monetária, por meio da revisão geral e anual, não traduz aumento de despesa. Assim, é justamente por fazer a função de correção monetária que a revisão geral de remuneração está imune a diversos condicionantes que a Lei de Responsabilidade Fiscal impõe aos reajustes de vencimentos de servidores, pois estes, ao contrário da revisão geral, representam aumento real, com acréscimo nas despesas de pessoal.

Encaminhando-se para o fecho deste trabalho, vale ressaltar que a efetividade da aplicação do instituto da revisão geral cobra interpretação que se comprometa com o escopo da norma de proteger o servidor público, e a própria função pública que exerce, contra a desvalorização que representam a defasagem salarial e a falta de transparência em deixar o servidor ciente da efetiva correção salarial que, oxalá, venha a alcançá-lo em face do fenômeno inflacionário.

Assim, encarece de importância a edição de lei específica sobre a revisão geral e anual, concedida sempre na mesma data-base, tendo em vista que a vedação, pela Súmula 679 do STF, da fixação de vencimentos dos servidores públicos por meio de convenção coletiva mitiga o poder de negociação salarial das entidades representativas dos servidores públicos.

Nesse sentido, deve-se cobrar das autoridades executivas e legislativas a edição de lei específica sobre a revisão geral e anual, bem como sua regulamentação, cuja omissão deve ser enfrentada pelo Poder Judiciário, com vistas a dar concretude ao dispositivo constitucional que a assegura.

Nessa quadra, não é mais razoável, com toda a vênia, que o Poder Judiciário, na linha da jurisprudência que o STF capitaneou, limite-se tão-somente a emitir, em suas decisões, especialmente em sede de mandados de injunções, certidão de mora do Poder Executivo em dar iniciativa ao projeto de lei que disponha sobre matéria, pois o transcurso do tempo comprova que a síndrome da ausência de efetividade da Constituição permanece. A título ilustrativo, na esfera federal, a última norma que dispôs sobre a revisão geral de remuneração foi a Lei 10.697/03, que concedeu revisão geral no percentual de apenas 1% aos servidores federais, com efeitos financeiros retroativos a janeiro de 2003.

Portanto, não basta mais, especialmente ao Poder Judiciário, firmar o

entendimento pela existência da obrigação de se conceder a revisão geral. Isto todos já sabem, a Constituição não deixa dúvidas! É chegado o tempo de se fazer cumprir esta obrigação.

Bibliografia

ALEGRE, José Sergio Monte. Revisão Anual da Remuneração de Servidores Públicos. Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, set/nov 2008. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br). Acesso em 27 de julho de 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Financeiro e Direito Tributário. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. Lei 10.331 de 18 de dezembro de 2001. Regulamenta o inciso X do art. 37 da Constituição, que dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações dos servidores públicos federais dos Poderes Executivo, Legislativo e do Judiciário da União. Disponível em www.planalto.com.br. Acesso em 22/07/2010.

BRASIL. Lei 10.697, de 02 de julho de 2003. Dispõe sobre a revisão geral e anual das remunerações dos servidores públicos federais, de que trata a lei nº 10.331, de 18 de dezembro de 2001, referente ao ano de 2003. Disponível em www.planalto.com.br. Acesso em 22/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.061-7/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão, julgado em 25/04/01. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.726-3/DF. Relator: Ministro Maurício Corrêa, julgado em 05/12/2002. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 20/07/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade

nº3.599-1/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado e, 21/05/2007. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em www.stf.jus.br.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARIANO, Cynara Monteiro. Revisão geral e anual de vencimentos. Revista de Direito Administrativo. Nº 227, jan/mar 2002.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas. Consulta nº 712.718. Relator: Conselheiro Moura e Castro, julgada em 04/10/2006. Disponível em www.tce.mg.gov.br. Acesso em 19/07/2010.

Medidas Cautelares como Meio de Garantia da Efetividade da Jurisdição de Contas

Italo Viana Aragão

Acadêmico de Direito do 8º semestre do Curso
de Direito da Faculdade 7 de Setembro
Estagiário do Ministério Público do Estado
do Ceará, lotado na Secretaria Executiva das
Promotorias da Fazenda Pública

Ms. Felipe dos Reis Barroso

Professor da Faculdade 7 de Setembro

Ms. Raquel Ramos Machado (orientadora)

Professora da Faculdade 7 de Setembro

Resumo: A efetividade processual, caracterizada pela solução célere dos conflitos, tem sido preocupação constante na hodiernidade. Tal preocupação tem sido maior no âmbito da Jurisdição de Contas, visto que o principal interesse tutelado é o da própria sociedade, que anseia por uma Administração Pública eficiente e livre da corrupção. No presente artigo, busca-se analisar, com base na Doutrina dos Poderes Implícitos, a existência de poder geral de cautela nos Tribunais de Contas pátrios, como forma de garantia da efetividade de seu mister de órgão de controle externo. Procura-se, ainda, de forma sintética, verificar as medidas cautelares adotadas.

Palavras-chave: Tribunais de Contas. Jurisdição. Efetividade. Poder geral de cautela. Doutrina dos poderes implícitos.

Sumário: 1 A busca pela efetividade no processo. 2 Poder geral de cautela como meio de garantia da efetividade da jurisdição de contas. 3 Poder geral de cautela como competência implícita das cortes de contas. 4 Adoção de medidas cautelares na prática. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. A busca pela efetividade no processo

Hodiernamente, com o advento da era da informação, a humanidade tem buscado cada vez mais a celeridade, nos mais diversos ramos do conhecimento, não sendo diferente na seara do Direito Processual. Legislador, doutrinadores e sociedade têm, respectivamente, buscado, discutido e ansiado por formas de imprimir maior rapidez aos processos – cíveis, penais ou, até mesmo, administrativos – sem, contudo, abandonar a busca pela verdade real, que caracteriza o devido processo legal.

Sabe-se que o tempo é algo imanente ao processo, surtindo, contudo, efeitos danosos ao direito pretendido pela parte. Neste sentido, Guerra (1997, p. 14) afirma que

[...] por mais simples que seja a estrutura atribuída ao processo, sempre marcada pelo contraditório, tende ele, inexoravelmente, a durar, **e esta duração, em si mesma, já significa uma fonte perene de obstáculos à própria efetividade da tutela jurisdicional a ser através dela prestada** [destaque nosso]. Seja sublinhado que esta duração não se trata, necessariamente, de uma duração “patológica”, mas antes aquela que bem pode ser chamada de “fisiológica”. Duração, portanto, ineliminável, pois decorrente das garantias fundamentais com as quais se pretende assegurar a justiça do resultado final a ser alcançado através do processo.

Entretanto, aliado ao tempo necessário ao processo, tanto o Judiciário, como os mais diversos tipos de processos na seara administrativa sofre com o problema da morosidade, tendo aquele Poder variadas explicações para isso, tais como a escassez de servidores, o despreparo dos existentes, a quantidade de processos etc.

Como se pode ver, esse tempo necessário ao processo, bem como o problema da morosidade, afeta sobremaneira a credibilidade que a sociedade confere ao Judiciário e aos procedimentos administrativos, visto que, conforme Orione (2004, p.1), a dilação temporal indevida não se apresenta apenas como a satisfação tardia dos interesses da parte. Ao contrário, repre-

senta a própria denegação da justiça.

Neste sentido, Theodoro Júnior (2010, p.13) aponta que

Não basta ao ideal de justiça garantir a solução judicial para todos os conflitos; o que é imprescindível é que essa solução seja efetivamente justa, isto é, apta útil e eficaz para outorgar à parte a tutela prática a que tem direito segundo a ordem jurídica vigente.

Em outras palavras, é indispensável que a tutela jurisdicional proporcionada pelo Estado a seus cidadãos seja idônea a realizar, em efetivo, o desígnio para o qual foi engendrada, pois de nada valeria condenar o obrigado a entregar a coisa devida se ela já inexistir ao tempo da sentença, ou garantir à parte o direito de colher um depoimento testemunhal, se a testemunha decisiva já estiver morta, quando chegar a fase instrutória do processo, ou, ainda, declarar em sentença o direito de alimentos a quem, no curso da causa, vier a falecer por carência dos próprios alimentos

Como não poderia ser diferente, o mesmo se aplica à processualística das Cortes de Contas, com um agravante que não pode ser olvidado: no âmbito judicial cível, os interesses a serem tutelados são restritos, em geral, às partes litigantes. Na jurisdição de Contas, todavia, o interesse a ser tutelado é o da própria sociedade, visto que os processos julgados dizem respeito à prestação de contas de gestores da res publica.

2. Poder geral de cautela como meio de garantia da efetividade da jurisdição de contas

Como forma de atenuar os efeitos danosos do tempo na esfera processual, em outras palavras, garantir efetividade à tutela jurisdicional, o legislador pátrio, inspirado na doutrina processualista italiana, implementou as medidas cautelares no Código de Processo Civil Brasileiro. Conforme Guerra (1997, p. 15):

É fácil perceber, pois, a exigência (constitucional) da efetividade da tutela jurisdicional a induzir o sistema a preordenar meios adequados à eliminação ou neutralização desse perigo específico, resultante da incontornável duração do processo. Daí o ordenamento jurídico brasileiro [...] ter previsto remédios jurisdicionais, especificamente destinados a tal fim e que compõem, no seu conjunto, uma classe autônoma de tutela jurisdicional denominada, como é sabido, de tutela cautelar.

Da mesma forma, Calamandrei (2000, p. 210) entende que as medidas cautelares são predispostas “pelo interesse da administração da justiça, das quais garantem o bom funcionamento e, também se poderia dizer, o bom nome”.

Observa-se ainda, em Orione (2004, p.1), que a dilação temporal indevida não se apresenta apenas como a satisfação tardia dos interesses da parte; ao contrário, representa a própria denegação da justiça. E, vale lembrar, nos processos de julgamento das contas de gestores de bens públicos, o interesse a ser satisfeito é o da própria sociedade.

Consciente destes riscos, o art. 798 do Código de Processo Civil, dispõe que o órgão julgador poderá adotar medidas, em caráter provisório, quando constatar “[...] fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Para implementação da medida cautelar, é necessário que sejam constatados dois requisitos: o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Por *fumus boni iuris*, em vernáculo, fumaça do bom direito, Orione (2004, p. 116) entende “plausibilidade ou probabilidade de um direito”. Por se tratar de possibilidade, é que se fala do caráter de hipoteticidade da tutela cautelar. Neste sentido, Guerra (1997, p. 24) afirma que o *fumus boni iuri* implica numa “mera previsibilidade hipotética quanto ao conteúdo da tutela jurisdicional que se diz ameaçada por um *periculum in mora*”.

Já o *periculum in mora*, segundo Calamandrei (2000, p. 37), representa a própria base das medidas cautelares. Conforme Silva (2009, p. 25-26), “trata-se especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, tido como inevitável em **razão da lentidão do procedimento ordinário**” [destacou-se].

Verifica-se, portanto, que a adoção de medidas cautelares representa instrumento mais do que hábil para amenizar o efeito danoso do tempo na efetividade do exercício do controle externo, por parte das Cortes de Contas.

3. Poder geral de cautela como competência implícita das cortes de contas

Contudo, em análise ao art. 71 da Lei Magna, observa-se, em uma leitura superficial, que referido poder geral de cautela não foi concedido aos Tribunais de Contas pátrios. Ao contrário, seus incisos IX e X indicam que, quando se tratar de atos, o Tribunal de Contas deverá comunicar o órgão ou entidade que emanou o ato tido por ilegal, para que adote as medidas cabíveis. Somente se não atendido é que o Tribunal de Contas teria competência para sustar o ato. O mesmo se dá com contratos ditos ilegais, entretanto a comunicação deverá ser dirigida ao Congresso Nacional, não ao órgão ou entidade, moldes dos §§ 1º e 2º. Veja-se:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

[...]

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Pela leitura da norma constitucional, parece, de início, que não quis o Constituinte originário conceder às Cortes de Contas um poder geral de

cautela. Contudo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consubstanciado no Mandado de Segurança nº 24.510/DF, sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, é o de que caberia, sim, às Cortes de Contas a adoção de medidas cautelares, como meio hábil à garantia da efetividade de suas decisões. Transcreve-se sua ementa:

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA 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.^{4º113§ 1º2º8.666}

(24510 DF , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/11/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00018 EMENT VOL-02144-02 PP-00491 RTJ VOL-00191-03 PP-00956) [destacou-se].

Em seu voto, a relatora manifestou-se pela possibilidade das Cortes de Contas adotarem medidas cautelares, objetivando evitar danos ao erário ou a direito alheio, assim como garantir a efetividade das decisões por elas emanadas:

Fica claro, pois, que cabe à Corte de Contas o exame de editais de licitação publicados, o que se concilia com sua

competência de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade” (CF, art. 71, IX). Por outro lado, **se as Cortes de Contas têm legitimidade para determinar que os órgãos ou entidades da Administração interessada adotem as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, com maior propriedade, possuem legitimidade para a expedição de medidas cautelares** [destacou-se], como a ora impugnada, a fim de prevenir a ocorrência de lesão ao erário ou a direito alheio, bem como a garantir a efetividade de suas decisões.

Contudo, o Min. Ayres Britto inaugurou acirrado debate entre os ministros, entendendo que a sustação de procedimento licitatório estaria condicionada ao não atendimento – pelo órgão ou entidade – da determinação emanada pelo Tribunal de Contas:

[...] o Tribunal de Contas não assinou o prazo para a suposta ilegalidade se corrigida e, assim sendo, não poderia sustar a licitação, porque o ato de sustação – diz o inciso IX do artigo 71 – está condicionado ao não atendimento deferido que fora determinado pelo Tribunal.

[...]

O TCU deveria, a meu sentir, efetivar uma representação ao poder competente sobre irregularidade ou abusos apurados.

Conclui, ainda, que as competências deferidas ao TCU pelo legislador magno no art. 71 da Lei Maior são *numerus clausus*, i.e, taxativas, não podendo ser ampliadas pelo intérprete.

Relativo ao posicionamento do Min. Ayres Britto, importante colacionar os questionamentos feitos pelos Ministros Sepúlveda Pertence e César Peluso:

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Quer dizer, ele tem o poder de julgar a representação, mas não tem o poder cautelar eventualmente necessário?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Ele não tem poder cautelar

O SR. MINISTRO CEZAR PELUSO – Ele tem o poder de remediar, mas não o de prevenir? Vamos esperar seja consumada a ilegalidade para, só depois atuar o Tribunal de Contas?

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO – Não, ele assina prazo. [negritos no original]

Após, o Min. Sepúlveda Pertence pontuou que o STF tem “entendido sempre ser o poder cautelar inerente à competência para decidir”.

Em seu voto, o Min. Celso de Mello considerou que:

[...] a atribuição de **poderes explícitos** ao Tribunal de Contas, **tais como enunciados** no art. 71 da Lei Fundamental da República, **supõe** que se lhe reconheça, **ainda que por implicitude**, a titularidade de meios **destinados** a viabilizar a adoção **de medidas cautelares** vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, **permitindo**, assim, **que se neutralizem** situações de lesividade atual ou iminente ao erário público.

Impende considerar, no ponto, em **ordem a legitimar** esse entendimento, a **formulação** que se fez em torno **dos poderes implícitos**, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso **McCULLOCH v. MARYLAND** (1819), **ênfatiza** que a outorga **de competência expressa** a determinado órgão estatal **importa** em deferimento **implícito**, a esse mesmo órgão, **dos meios necessários** à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. [negritos no original]

Desta forma, a Corte Suprema, entendeu – com base na Doutrina dos Poderes Implícitos – que, para a realização de seu papel constitucional, o Tribunal de Contas da União foi dotado, pelo Constituinte Originário, de uma série de competências que não se encontram expressas no texto magno.

Em outras palavras, a Doutrina dos Poderes Implícitos pode ser sintetizada no brocardo latino *in eo quod plus est semper inest et minus*. Em

vernáculo: no âmbito do mais, sempre se compreende, também, o menos.

Comentando referida doutrina, Canotilho (2003, p. 548) entende existir três tipos de competências que a Constituição concede a um órgão. O primeiro **são as competências constitucionais escritas expressas**, i.e., aquelas “expressamente mencionadas nos enunciados lingüísticos das normas constitucionais”.

O segundo tipo diz respeito às **competências constitucionais (escritas) implícitas**, que são consideradas “implicitamente derivadas das normas constitucionais escritas”.

Por fim, o constitucionalista português cita as **competências não escritas**, que não encontram qualquer base, mesmo que implícita, no texto constitucional.

Como se vê, o poder de cautela se encontra no segundo tipo de competências, visto que o mesmo, apesar de não se encontrar expresso no texto da Constituição Federal de 1988, é corolário da competência jurisdicional dos Tribunais de Contas.

Marshall (apud BONAVIDES, 2010, p. 472), o Chief Justice da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *McCulloch versus Maryland*, considerado o leading case, que consolidou a Doutrina dos Poderes Implícitos, entendeu que:

Pode-se com assaz de razão sustentar que um governo, ao qual se cometeram tão amplos poderes (como o dos Estados Unidos), para cuja execução a felicidade e a prosperidade da nação dependem de modo tão vital, deve dispor de largos meios para sua execução. Jamais poderá ser de seu interesse, nem tampouco se presume haja sido sua intenção, paralisar e dificultar-lhe a execução, negando para tanto os mais adequados meios.

Portanto, mesmo não havendo expressa disposição constitucional que conceda às Cortes de Contas a utilização de medidas cautelares, a doutrina e a jurisprudência pátria têm entendido que o poder de cautela representa meio necessário ao exercício da jurisdição de contas.

4. Adoção de medidas cautelares na prática

Com apoio nesta doutrina, o Tribunal de Contas da União, mesmo sem previsão constitucional, prevê a adoção de medidas cautelares em seu Regimento Interno, em especial nos arts. 273 a 276. Não é à toa que, durante o ano de 2010, o Tribunal de Contas da União adotou 100 (cem) medidas cautelares, envolvendo o montante de – aproximadamente – R\$ 2,46 bi em recursos públicos federais, segundo dados do próprio TCU (2011, p. 22-23), sintetizados no quadro abaixo:

Medidas Cautelares

Determinação	Nº de Cautelares		Valores Envolvidos (R\$)	
	2009	2010	2009	2010
Suspensão de licitação e contratos	70	8	829.672.707,95	71.363.588,37
Suspensão de repasses/pagamentos a convênios/contratos	18	63	197.927.467,53	1.824.336.170,17
Suspensão de processo seletivo para provimento de cargo público	2	20	-	516.567.127,72
Outros	1	9	-	47.767.462,71
Total	91	100	1.027.600.175,48	2.460.034.348,97

Quadro 4.1: Medidas Cautelares adotadas pelo TCU (Fonte: Relatório Anual de Atividades – 2010, p. 23)

Observa-se, ainda, que a utilização de tais medidas não tem sido exclusiva do TCU, mas adotadas também pelas demais Cortes de Contas. A título de exemplo, o Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso – TCE/MT, também com previsão em seu Regimento Interno (arts. 297 a 300), efetivou, no mesmo ano, treze destas medidas, consoante dados do próprio TCE-MT (2011, p. 26), em cumprimento à estratégia para o cumprimento antecipado da meta de “garantir o controle externo concomitante sobre os atos de governo e de gestão em 100% dos jurisdicionados, até dezembro de 2011” (2011, p. 25).

Em nosso estado, o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM/CE surpreendeu ao determinar a suspensão de uma licitação no âmbito do Município de Fortaleza, no valor aproximado de R\$ 100 milhões, por meio do Processo de nº. 2011.FOR.TCE.4905/11, sob a relatoria

do Auditor Substituto de Conselheiro Fernando Uchôa, mesmo sem qualquer previsão expressa em sua Lei Orgânica ou Regimento Interno, mais uma vez com esteira no poder geral de cautela dos Tribunais de Contas, como poder implícito.

4.1 Medidas cautelares em espécie

Em sua obra, Lima (2011) divide as medidas cautelares aplicadas pelos Tribunais em duas espécies, quais sejam as relativas a atos/procedimentos administrativos e aquelas que afetam diretamente a pessoa dos gestores e responsáveis.

4.1.1 Medidas cautelares sobre o ato/procedimento

Dentre as primeiras, podem ser citadas a suspensão de licitação, suspensão de repasse a convênio, a suspensão de contrato, a retenção de valores em pagamento de contrato e a suspensão de concurso ou seleção pública. Comentando-as, Lima (2011, p. 174) aduz:

O Plenário, o Relator, ou, excepcionalmente, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada.

Importante observar que, conforme referido autor, a medida cautelar poderá ser adotada *inaudita altera pars*, desde que a urgência da medida assim o exija. Contudo, em se tratando de suspensão de contratos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o entendimento, consubstanciado no bojo do Mandado de Segurança nº. 26.925-1, sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, de que se faz necessária a prévia oitiva das partes, em respeito ao *due process of law*.

O processamento de referidas medidas cautelares é de competência do Plenário do respectivo Tribunal de Contas, podendo, em caso de urgência, ser adotado pelo Relator ou pelo Presidente da Corte, devendo ser submetido ao Plenário na primeira sessão subsequente à adoção da medida. Faculta-se, ainda, sua revisão *ex officio*, por quem a tenha adotado.

4.1.2 Medidas cautelares sobre a pessoa do gestor/responsável

Diferente das medidas aplicadas sobre os atos/procedimentos administrativos, as cautelares sobre a pessoa dos gestores e responsáveis não podem ser adotadas pelo Relator ou Presidente, mas apenas pelo Plenário.

Lima (2011, p. 432-436), com base na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, arrola três tipos de medidas cautelares sobre a pessoa do gestor ou responsável. São eles: afastamento temporário do responsável (art. 44); indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º); e arresto de bens (art. 61). Passa-se à análise de cada um.

4.1.1.1 Afastamento temporário do responsável

Dispõe o art. 44 da Lei Orgânica do TCU:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

Havendo fundados indícios de que o responsável, no exercício de suas funções, possa atrapalhar o bom andamento de auditorias ou inspeções, causar novos danos ao erário ou tornar inviável seu ressarcimento, poderá o Tribunal de Contas determinar seu afastamento, pelo tempo que se fizer necessário à instrução processual.

Referido afastamento deverá ser efetuado pela autoridade hierarquicamente superior, sob pena – aos moldes do art. 44, §1º, LOTCU – de responsabilidade solidária.

Quanto ao assunto, colaciona-se entendimento da Corte Suprema, consubstanciado em Questão de Ordem no MS 21636, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio:

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - AUDITORIA E INSPEÇÃO - AFASTAMENTO DE DIRIGENTE - SOCIEDADE CIVIL. **A norma inserta no artigo 44 da Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, não se aplica às sociedades civis. Pressupõe o exercício de função pública e o fato de a pessoa jurídica estar integrada a Administração.** [destacou-se] O simples recebimento de subvenção pública, como ocorre relativamente a Cruz Vermelha - alínea “e” do artigo 33 do Estatuto aprovado mediante o Decreto n. 76.077/75 e Lei n. 6.905/81, não respalda o afastamento de qualquer dos seus dirigentes, sem que isto possa implicar prejuízo da atuação fiscalizadora do Tribunal de Contas da União quanto ao emprego de verbas públicas e correspondente prestação de contas. Redação do acórdão em 3 de abril de 1995 em face do recebimento dos autos apenas em 30 de março imediatamente anterior.

Desta forma, conforme ementa retro, verifica-se que a aplicação desta medida cautelar se restringe aos responsáveis vinculados a entes e órgãos integrantes da Administração Pública, não abrangendo, portanto, sociedades civis.

4.1.1.2 Indisponibilidade de bens

Presentes os requisitos para o afastamento temporário, a Corte de Contas poderá, ainda, decretar a indisponibilidade dos bens dos responsáveis, se esta medida for considerada suficiente para o ressarcimento dos danos ao Erário a serem apurados.

Observe-se que, conforme o art. 44, § 2º, LOTCU, referida medida não poderá ser superior a um ano. Nada impede, entretanto, que, presentes os requisitos originais, possa o Tribunal de Contas, mediante novas deliberações, renovar continuamente a medida cautelar.

Frise-se, ainda, que referida determinação é emanada diretamente pela Corte de Contas, não havendo qualquer participação do Poder Judiciário ou Ministério Público.

4.1.1.3 Arresto de bens

Conforme o art. 61, LOTCU, o Tribunal de Contas poderá, por meio de seu 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 dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

Observe-se que, diferente da indisponibilidade de bens, esta medida não terá prazo de validade e somente poderá ser adotada em juízo definitivo que reconheça a existência de débito e indique o responsável.

Embora a doutrina reconheça sua natureza cautelar, entendemos, data venia, não ser o caso de medida cautelar, mas, sim, corolário do poder de representação previsto no art. 71, XI, CF/88, uma vez que o arresto será adotado pelo Poder Judiciário, quando da execução do Acórdão que fixar débito, a requerimento da AGU ou quem de direito.

Considerações finais

Ante o exposto, pode-se concluir que:

a) A efetividade processual, marcada pela solução dos conflitos de ágil e eficaz, tem sido a grande preocupação da sociedade, doutrinadores e legisladores, em especial com o advento da Era da Informação;

b) O tempo é imanente ao processo, sendo necessária a adoção de meios que, ao mesmo tempo, respeitem o tempo necessário ao seu desen-

volvimento e garantam sua efetividade;

c) O decurso temporal se torna ainda mais danoso na Jurisdição de Contas, uma vez que os interesses tutelados não são particulares, mas, sim, da própria sociedade, que anseia por uma Administração Pública livre da corrupção;

d) Neste sentido, a adoção de medidas cautelares, pelos Tribunais de Contas, torna-se meio mais do que hábil para garantia da efetividade de suas decisões;

e) Embora a Constituição não tenha concedido às Cortes de Contas, de forma explícita, um poder geral de cautela, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal entende que o mesmo encontra-se dentre suas competências implícitas, com base na Doutrina dos Poderes Implícitos;

f) Sua adoção, na prática, tem resguardado o erário de condutas danosas e garantido o efetivo mister dos Tribunais de Contas pátrios.

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. **Lei 5.969, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Poder Executivo, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº. 24510-DF do Tribunal Pleno**. Relator: Min. Ellen Gracie. Julgado em: 19/11/2003. Brasília: STF, 2003. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades: 2010** / Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento e

Gestão, 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Resolução nº. 155 de 4 de dezembro de 2002. Aprova o **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União**. Boletim do Tribunal de Contas da União – v. 25, n. 37 (2007) – Brasília: TCU, 2007.

CALAMANDREI, Piero. **Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares**. Tradução da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CEARÁ (Estado). Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. **Acórdão nº. 1286/2011** do Tribunal Pleno. Processo nº. 2011.FOR.TCE.4905/11. Relator: Auditor Fernando Uchôa. Julgado em: 17/03/2011. Fortaleza: TCM/CE, 2011. Disponível em: <<http://www.tcm.ce.gov.br>> Acesso em: 17 out. 2011.

GUERRA, Marcelo Lima. **Estudos sobre o processo cautelar**. São Paulo: Malheiros, 1997.

LIMA, Luiz Henrique. **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. **Resolução nº. 14, de 02/10/2007**. Institui o Regimento Interno do Tribunal de Contas, nos termos da Lei Complementar nº 269, de 29 de janeiro de 2007 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso. Cuiabá: TCE/MT, 2007. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br>>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso. **Relatório de atividade**

des/2010. Cuiabá: TCE/MT, 2011. Disponível em: <<http://www.tce.mt.gov.br>> Acesso em: 17 out. 2011.

ORIONE Neto, Luiz. **Processo cautelar.** São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Jaqueline Mielke. **Tutela de urgência: de Piero Calamandrei a Ovídio Araújo Baptista da Silva.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar.** 25. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2010

Breves Reflexões sobre Controle Externo e Controle Social

George Brasil Paschoal Pítsica

Auditor Fiscal de Controle Externo do Tribunal
de Contas do Estado de Santa Catarina.

Graduado em Direito pela Universidade do
Vale do Itajaí – UNIVALI

Especialista em Relações Internacionais para o
Mercosul pela Universidade do Sul do

Estado de Santa Catarina - UNISUL e em
Direito Constitucional pela Universidade

Potiguar - UNP

Resumo: O presente trabalho acadêmico tem como foco principal o estudo da progressividade do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana), em face aos princípios da vedação ao confisco ou não-confiscatoriedade (art. 150, inciso IV, da Constituição da República) e capacidade contributiva (art. 145, § 1º da Constituição Brasileira). Analisa-se a aplicação da chamada progressividade “no tempo” ou “extrafiscal”, no que tange à função social da propriedade, ou seja, a sua devida utilização como instrumento de política urbana, previsto na Carta republicana de 1988, em seu art. 182, posteriormente regulado pela Lei nº 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade. Observa-se criticamente a instituição por meio da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, da chamada progressividade “fiscal” sobre um imposto real como o IPTU, no que concerne à sua constitucionalidade, além de examinar com minúcia o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina abalizada sobre os referidos temas.

Palavras-chave: Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana. Progressividade. Função Social da Propriedade. Confisco.

Introdução

A sociedade, na explosão de suas manifestações sociais, econômicas e políticas, não admite mais um Poder Públi-

co hermético, ausente do planejamento e subordinado a regras administrativas ultrapassadas. As decisões de gabinete, o individualismo, a discricionariedade e as políticas populistas, geralmente vestidas do manto da demagogia, não encontram mais espaço e causam sérios danos ao administrador. Os discursos de base clientelista, as promessas de palanque e o assistencialismo irrefreado acabam por encaminhar o responsável para a colocação de Winston Churchill, de que os estadistas fazem planos para as futuras gerações e os políticos para as próximas eleições. [...]

É preciso que o cidadão tenha efetiva participação nos destinos de sua cidade, do Estado e do País. A ideia do controle social pressupõe exatamente a integração da sociedade no controle do que é público. (IATAURO, 2002)

Nesse contexto, necessário se faz o resgate do papel dos Tribunais de Contas como órgão constitucional de promoção do Estado democrático (e social) de direito, sendo fundamental a atuação conjunta entre os controles externo e social.

Portanto, é prioritário o fortalecimento da cidadania ativa, em que o cidadão se liberta dos resquícios passivos oriundos do Estado liberal, que focava o indivíduo apenas como detentor de direitos e com pouca ou nenhuma responsabilidade social. Mileski (2006, p.87, apud MOREIRA NETO, 2000), traz a seguinte colocação:

Participação e consensualidade são decisivas para as democracias contemporâneas, contribuindo para a governabilidade (eficiência), a contenção de abusos (legalidade), a atenção a todos os interesses (justiça), a tomada de decisões mais sábias e prudentes (legitimidade), o desenvolvimento da responsabilidade das pessoas (civismo) e tornar os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem).

Para tanto, necessário se faz uma breve análise sobre os controles externo e social, passando pela evolução dos modelos de Administração

Pública, bem como o tratamento dado pelas Constituições brasileiras, com enfoque na atual Carta de 1988.

Evolução do controle externo e social entre os modelos de administração pública

Em decorrência das mudanças provocadas pela tentativa de se transpor do modelo burocrático de Administração Pública para o modelo gerencial, a solidificação do sistema de Controle Social como parceiro do controle oficial exercido pelos Tribunais de Contas surge como uma necessidade premente.

O sistema de Controle Social está diretamente ligado ao modelo de Administração Pública, motivo pelo qual, para uma rápida digressão sobre a evolução dos modelos de Administração Pública, bem como sobre a forma como o controle foi exercido, necessário se faz a transcrição de Ribas Júnior (2003, p.60-62):

Teria nascido neste ponto – meados do século XIX – a administração pública burocrática. Nasceu com o Estado Liberal [...] para “combater a corrupção e o nepotismo patrimonialista”. Este tipo de administração tem como base: (1) a profissionalização; (2) a legalidade; (3) o formalismo. (4) a hierarquia; (5) a impessoalidade. Passou por um longo processo de expansão onde houve lugar para a ocorrência de atos e fatos opostos. Assim, tanto houve seu aperfeiçoamento como a sua deterioração. Os sistemas de controle surgiram como essenciais na expansão da burocracia do século XIX para o século XX. [...]

Em nome da eficiência, da redução de custos, da melhoria da qualidade surge a chamada administração gerencial. [...]

É nesse ponto que se propõe uma mudança mais profunda no *controle* da operação dos órgãos públicos. Pensa-se que o ideal é a manutenção de alguns dos princípios que norteavam a administração burocrática e ao mesmo tempo em que se introduz um outro tipo de controle.

Esse novo controle “deixa de basear-se nos processos para concentrar-se nos resultados e não na rigorosa profissionalização da administração pública, que continua um princípio fundamental” – acentuam os redatores do Plano Diretor da Reforma do Estado.

Ao que tudo indica, neste tipo de administração a estratégia volta-se para: (1) a definição precisa dos objetivos que o administrador público deve atingir em sua unidade; (2) a garantia de autonomia do administrador na gestão dos recursos humanos, materiais e financeiros que lhe forem colocados à disposição para que possa atingir os objetivos contratados [...] (3) e o controle ou cobrança *a posteriori* dos resultados.

Assim, adotando-se o modelo gerencial, a sistemática de fiscalização também se adequou. A urgência em se correlacionarem as formas de Controle Externo com o Controle Social decorre da forma de fiscalização, que é inerente ao sistema gerencial¹. Nesse sentido, (SILVA, 2002. p.39):

A ampliação da autonomia de unidades descentralizadas, por meio de uma Reforma do aparelho do Estado, torna a administração mais dinâmica e traz diversas vantagens do ponto de vista meramente administrativo. Porém, em contrapartida, é importante o estabelecimento de mecanismos de controle da atuação dos gestores públicos nos programas do governo. [...] Contudo, a maior autonomia de gestão e a flexibilização da administração, almejada na reestruturação do Estado, precisa ser compensada com dispositivos realmente eficientes de controle. Ao que parece, esse plano de reforma pressupõe que o controle social passe a agir como mecanismo compensatório, criando elementos e condições para um funcionamento eficiente do modelo gerencial.

Diante dessa mudança de enfoque do controle, *a priori*, para o contro-

¹ Referência ao fato de o controle ser, *a priori*, no sistema burocrático, e, no modelo gerencial, dar ênfase no controle de resultados, ou *a posteriori*. Cf. SILVA (2002, p. 34).

le de resultados, surgem maiores possibilidades de ocorrerem desvios, pois, ao se dar às instituições maiores poderes, igualmente surgem maiores riscos. Nesse sentido, Bonavides (2006, p. 148), inspirado em Montesquieu, expõe:

[...] afirma Montesquieu que uma experiência eterna atesta que todo homem que detém o poder tende a abusar do mesmo.

Vai o abuso até onde se lhe deparem limites. E para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a Sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder.²

Do controle externo na constituição brasileira

O controle externo encontra-se, estrategicamente, no Título IV da Carta Magna (BRASIL, 1988), que trata da Organização dos Poderes, mais especificamente na Seção IX, “Da fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, e dispõe acerca da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das entidades da Administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Segundo os artigos 70 e 71³ da Constituição (BRASIL, 1988), a função

² A mesma passagem também é encontrada em: FERNANDES (2005, p. 31), que acrescenta a expressão “*le pouvoir errête le pouvoir* (que o poder detenha o poder)”; idem em DAL POZZO (2010, p. 45); e em COSTA (2006, p. 36).

³ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I – apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

de Controle Externo será exercido pelo Congresso Nacional com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Sobre o Controle Externo, pode-se afirmar, em síntese, que se trata de controle exercido por um órgão que não pertence à estrutura organizacional daquele que é controlado (Cf. GUERRA, 2003, P. 25). Frente às possibilidades existentes de Controle Externo⁴, ater-se-á o presente ensaio ao controle exercido na Administração Pública, direta e indireta.

Dentre os órgãos que a Constituição da República Federativa do Brasil incumbiu do exercício do Controle Externo da Administração Pública, destaca-se o Ministério Público, o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas (o da União, o dos Estados e, em alguns casos, o dos Municípios). Não olvidando, desde já, o próprio Controle Social adiante será abordado.

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III – apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV – realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II

V – fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, dentre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX – assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X – sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI – representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

⁴ v.g. Controle Externo do Judiciário, Controle Externo do Ministério Público.

O presente estudo está focado no controle exercido pelos Tribunais de Contas. Para tanto, preliminarmente, cumpre delimitar o campo histórico-constitucional dispensado às Cortes de Contas. Nesse sentido, Cretella Júnior (1992, p. 2795) nos traz a seguinte sistematização sobre a questão nas Constituições brasileiras:

CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824:
Omissa.

CONSTITUIÇÃO DE 1891, art. 89: É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso.

CONSTITUIÇÃO DE 1934, art. 99: É mantido o Tribunal de Contas que, diretamente, ou por delegações organizadas de acordo com a lei, acompanhará a execução orçamentária e julgará as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. Art. 101: Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo. §1º: Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de administração pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste.

CONSTITUIÇÃO DE 1937, art. 114: Para acompanhar, diretamente ou por delegações organizadas de acordo com a lei, a execução orçamentária, julgar das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos e da legalidade dos contratos celebrados pela União, é instituído um Tribunal de Contas, cujos membros serão nomeados pelo Presidente da República, com a aprovação do Conselho Federal.

CONSTITUIÇÃO DE 1946, art. 77: Compete ao tribunal de Contas: I – acompanhar e fiscalizar diretamente, ou por delegações criadas em lei, a execução do orçamento; II – julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e

outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas; III – julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões. §1º: Os contratos que, por qualquer modo, interessarem à receita ou à despesa só se reputarão perfeitos depois de registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspenderá a execução do contrato até que se pronuncie o Congresso Nacional. §4º: O Tribunal de Contas dará parecer prévio, no prazo de sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República deverá prestar anualmente ao Congresso Nacional.

CONSTITUIÇÃO DE 1967, art. 71, §1º e EC nº1, de 1969, art. 70, § 1º: O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. §2º: O Tribunal de Contas da União dará parecer prévio, em sessenta dias, sobre as contas que o Presidente da República prestar anualmente. Não sendo estas enviadas dentro do prazo, o fato será comunicado ao Congresso Nacional, para fins de direito, devendo aquele Tribunal, em qualquer caso, apresentar minucioso relatório do exercício financeiro encerrado. Art. 73, §8º e art. 72, §8º: O Tribunal de Contas julgará da legalidade das concessões iniciais de aposentadorias, reformas e pensões.

A criação do Tribunal de Contas da União somente⁵ se deu por meio

⁵ Pontes de Miranda lembra que: “*Origens do Tribunal de Contas no Brasil*: A ideia de um Tribunal de Contas vem, no Brasil, de 1826, em projeto apresentado ao Senado do Império Por Felisberto Caldeira Brant (Visconde de Barbacena) e por José Inácio Borges. [...] Em 1845, Manuel Alves Branco, Ministro do Império, propôs a organização de um Tribunal de Contas que, sobre exercer fiscalização financeira, apurasse a responsabilidade dos exatores da Fazenda Pública, com o poder de ordenar a prisão dos desobedientes e contumazes e de julgar à revelia as contas que tivessem de prestar. Se bem que a ideia viesse com Pimenta Bueno (depois Marquês de São Vicente), Silveira Martins, o Visconde de Ouro Preto, e João Alfredo, o Império não possuiu o seu Tribunal de Contas” (BASTOS, 1998, p. 18).

do Decreto 966-A, de 07 de novembro de 1890, no qual, em seu artigo 1^o⁶, previa a criação e competência da Corte⁷.

Com base na previsão constitucional e na necessidade de se ter mais de um nível de análise das contas, surgiram, também, as Cortes de Contas estaduais, nascendo de forma pioneira o Tribunal de Contas do Estado do Piauí, instalado no dia 1^o de agosto de 1899, seguido pelo da Bahia, com a criação em 1915; São Paulo, em 1924; e Rio de Janeiro, em 1936. O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina somente foi criado em 4 de novembro de 1955, por meio da Lei nº 1.366. (Cf. SANTA CATARINA, 2006, p. 38-55)

Com a Constituição de 1988, os Tribunais de Contas teriam seu papel fortalecido, com a possibilidade, dentre outras, de apreciar⁸, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público.

Com isso, os tribunais de contas retomavam uma prerrogativa perdida em abril de 1977. Naquele ano, depois de ter rejeitada pelo TCU a aposentadoria de um juiz do Tribunal Regional do Trabalho, o Presidente da República tomou para si a prerrogativa de conceder aposentadorias sem passar pelo crivo do órgão de controle de contas.

Na mesma direção, o texto de 1988 corrigia outro equívoco dos militares. Pela nova Constituição, os contratos considerados irregulares seriam sustados pelo Congresso Nacional, que ficava encarregado de solicitar as medidas

⁶ art. 1^o É instituído um Tribunal de Contas, ao qual incumbirá o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despesa da República. (SANTA CATARINA, 2006, p.37).

⁷ Na exposição de motivos do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União, Rui Barbosa justifica a sua criação nos seguintes termos: corpo de magistratura intermediária à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias – contra quaisquer ameaças –, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil. (SANTA CATARINA, 2006, p.35).

⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do. Art. 71, III.

corretivas ao Poder Executivo. Como complemento, previa o texto: “Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito”. Era o inverso da regra prevista na Constituição de 1967. Por ela, contratos sustados pelos TCs tornavam-se válidos se os parlamentares não se pronunciavam sobre o assunto em 30 dias.

Além disso, a Constituição previa a criação de controles internos em todos os Poderes, o que veio a ocorrer somente anos depois, e possibilitava a “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato” apresentar denúncias de “irregularidades ou ilegalidades”. (SANTA CATARINA, 2006, p. 136-137)

Sobre a origem do termo “controle”, Fernandes (2005, p. 31) cita Giannini e Medauar, ao afirmarem que a expressão possui origem do “latim fiscal medieval” e que, da contração de *contra* e *rotulum*, surge, em francês, o termo *contrarole*, que era utilizado pelos exatores como rol (relação) de contribuintes⁹.

O vocábulo controle é de origem estrangeira, sendo utilizado para diversos significados, como o de fiscalização, na França; regulação, na Alemanha; e dominação e poder, na Inglaterra. Os diversos sentidos do termo são utilizados pela doutrina pátria, gerando confusão semântica. Pactuamos, para efeito deste trabalho, a utilização do termo controle, predominantemente, no sentido de fiscalização e o conceituamos como ato de vigiar, visitar, inspecionar, examinar, guiar, fiscalizar, restringir algo, velar por algo ou a seu respeito, inquirir e colher informações. (SIRAQUE, 2009, p. 221)

Sobre o objeto da função controle, esclarece Fernandes (2005, p. 31) que:

⁹ No mesmo sentido: GUALAZZI (1992, p. 22); COSTA (2006, p. 38); DAL POZZO (2010, p. 38).

O objeto da função de controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São, assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.

Segundo Rocha (2004, p. 119), o estudo do instituto controle dentro do direito administrativo é decorrência da Ciência da Administração sobre a técnica de administrar. Nesse sentido, o controle é o quinto elemento da atividade administrativa, que é composta por: planejamento, organização, comando, coordenação e controle.

Percebido o conceito de controle, destaca-se, por oportuno, também a definição de Controle Externo, que, na elaboração de Chaves (2007, p. 9), é funcional, posto que:

Controle Externo é a fiscalização e a apreciação das prestações de contas dos responsáveis pela coisa pública, quando exercidas por um ente que está fora do âmbito no qual o fiscalizado está inserido. [...]

O Controle Externo aqui tratado é uma função complexa constituída por algumas atividades de rotina e outras eventuais, que podem ser desencadeadas por iniciativa do próprio ente responsável por ela, sem necessidade de provocação.

Fernandes (2005, p. 99), no sentido operacional, delimita o Controle Externo como sendo:

O sistema de controle externo pode ser conceituado como o conjunto de ações de controle desenvolvidas por uma estrutura organizacional, com procedimentos, atividades e recursos próprios, não integrados na estrutura controlada, visando fiscalização, verificação e correção de atos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo a diretriz do Estado Brasileiro. Em seu texto, é possível verificar, por meio de uma malha constituída de finalidades, tarefas e imposições, o espectro dos objetivos traçados. Aí se encontra a esteira sobre a qual deve trilhar a Administração Pública. Nesse sentido, Bonavides (2008, p. 98):

Imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos, componentes de uma realidade viva e dinâmica, a Constituição Formal não é algo separado da Sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente a espontaneidade do sentimento social mas também a força presente à consciência de uma época, inspirando a organização política fundamental, regulada por aquele instrumento jurídico.

Do controle social

Inaugurando o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, o art. 1º, elenca o rol dos princípios fundamentais e, em seu parágrafo único, traz a máxima segundo a qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, constituindo a base interpretativa (princípio fundamental) para todos os demais dispositivos constitucionais.

Em tal contexto é que, no Brasil, efetivamente se fortaleceu a expressão “Controle Social”, ou seja, aquele controle exercido diretamente pela sociedade. Assim, a lição de Ayres Britto (1992, p. 122) complementa a extensão do preceito contido no parágrafo único do art. 1º da Constituição:

A democracia brasileira já não é exclusivamente representativa, diz o parágrafo único do art. 1º, resgatando o componente que faltava no célebre conceito lincolniano de que ela é o regime que realiza o governo do povo, pelo povo e para o povo (o regime exclusivamente representativo se traduz no governo do povo, mas sem o povo). Agora, como que se dá uma satisfação parcial a Jean-Jacques Rousseau, para quem “a soberania não pode ser representada”.

Apesar de, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789¹⁰, haver a possibilidade de a sociedade exigir a prestação de contas dos agentes públicos sobre a sua administração, no Brasil essa forma de controle ganhou relevo a partir da CRFB/88. Nesse sentido:

O controle social surgiu com a Constituição Federal de 1988 (§2º do art. 74), quando dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União. Por sua vez se concretiza nas várias formas de participação direta da população na elaboração e execução dos orçamentos públicos, destacando-se as experiências de orçamento participativo, as audiências públicas e tantas outras manifestações semelhantes, algumas das quais previstas na própria Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

A gestão pública transparente é uma exigência do Estado Democrático de Direito. A responsabilidade, expressão do princípio republicano, é inerente àquele que exerce função pública e o controle social, pois, um dever de todo e qualquer indivíduo. (LEITE, 2010, p. 42-43)

O controle social apresentado pelo §2º do art. 74 da Constituição demonstra que a ordem jurídica brasileira tem nos Tribunais de Contas um instrumento da cidadania ativa, o que os torna, também por isso, indispensáveis ao bom funcionamento do regime democrático. (Cf. SANTOS, 2002, p. 36)

A participação popular no controle das atividades governamentais é inerente ao Estado social, bem como a uma sociedade pluralista, como resalta Di Pietro (2005, p. 166):

[...] pela concepção do Estado Social, os direitos funda-

¹⁰ Art. 15.º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_dos_Direitos_do_Homem_e_do_Cidad%C3%A3o> Acesso em 2 set. 2011.

mentais já não constituem apenas uma barreira à atuação do Estado. Cabe a este promover, estimular, criar condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para que o indivíduo se desenvolva livremente e igualmente dentro da sociedade; para isso é necessário que se criem condições para a participação do cidadão no processo político e no controle das atividades governamentais.

Com base nessa concepção, a todos os setores da sociedade deve ser dada oportunidade de participação, diminuindo as barreiras entre Estado e sociedade; daí falar-se em *sociedade pluralista*, aquela em que os representantes dos vários setores e não apenas os grandes grupos, devem ter a mesma possibilidade de participação.

Também a ideia de que a proteção do interesse público não é privativa do Estado; o particular também pode e deve agir para defender o interesse público.

Em outro prisma, Sarlet (2010, p. 194-197), ao tratar do tema “direitos fundamentais sociais a prestações”, apresenta uma classificação destes direitos em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido estrito, estariam direitos a prestações materiais, fáticas; por outro lado, em sentido amplo, divide o autor em direitos de proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Sobre estes últimos, Sarlet nos apresenta o seguinte:

[...] o reconhecimento da existência de direitos fundamentais de participação na organização e procedimento encontra-se, da mesma forma como os direitos à proteção, vinculado aos desdobramentos da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais. [...]

[...] os direitos fundamentais, para além de outorgarem legitimidade ao Estado Democrático de Direito, possuem um caráter democrático que, no contexto da dimensão organizatória e procedimental, se manifesta justamente no reconhecimento de uma democracia com elementos

participativos.

No contexto da Constituição Federal de 1988, que agasalhou importantes instrumentos de participação direta da população no processo político-decisório (tais como plebiscito, o referendun e a iniciativa popular legislativa), a valorização da assim designada dimensão organizatória e procedimental (também democrático-participativa) dos direitos fundamentais passa a ser uma tarefa primordial do Estado Brasileiro. [...]

[...] a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento. Em suma, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo (fundamental) do indivíduo.

A Constituição Cidadã¹¹ de 1988 estabeleceu, em diversos dispositivos, a participação popular¹², fortalecendo o conceito de Estado Democrático de Direito¹³. Nesse sentido, Lima (2005, p.34-35) sustenta que

O **controle social** surge no início do processo de redemocratização do Brasil, no final do governo militar. Seu foco central é garantir a eficiência e eficácia em qualquer

¹¹ É a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33.ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 90.

¹² Como exemplo, citamos o art. 37, §3º e 74, §2º, da CRFB.

¹³ A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. p. 118.

programa de governo, qualidade dos serviços, e assegurar que a Administração atue de acordo com os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, avançando para uma gestão pública mais justa e transparente.

E conclui que:

Os Tribunais de Contas deverão ser um agente poderoso e facilitador no desenvolvimento do controle social, O desafio é transformar o TCE num instrumento de exercício da cidadania, tornando-o um referencial de credibilidade na apreciação das políticas governamentais.

Outro dispositivo de relevância para o Controle Social foi estabelecido pelo legislador infraconstitucional com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) ou Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. O dispositivo legal estabeleceu o princípio da transparência, do qual decorre o incentivo à participação popular e realização de audiências públicas¹⁴.

Como mecanismos de transparência, necessários para que se possa

¹⁴ Art. 48. 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.

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;

III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

assegurar a efetiva participação popular, Di Pietro (2005, p. 171-172) apresenta um rol que é perfeitamente cabível à análise que se apresenta:

A participação exige uma série de medidas que se englobam na ideia geral de transparência:

1. *Publicidade dos atos*, sejam eles individuais ou normativos; especialmente, ampla divulgação, em termos simples e acessíveis, das decisões que possam afetar os direitos dos usuários
2. *Obrigatoriedade de audiências públicas e consultas públicas* (a serem previstas com caráter de obrigatoriedade) para discussão de temas relevantes que possam atingir direitos individuais e coletivos;
3. *Obrigatoriedade de análise das sugestões mais relevantes apresentadas pelos interessados ou por entidades que os representem;*
4. *Motivação das decisões*, inclusive das razões que levaram à não acolhida de sugestões, sob pena do debate tornar-se meramente formal, com um ônus para o erário público, sem atingir o seu real objetivo;
5. *Direito de ser ouvido* em todas as hipóteses em que os regulamentos a serem baixados possam atingir direitos individuais e coletivos;
6. *Direito de denunciar irregularidades*, seja perante o Ministério Público, seja perante o Tribunal de Contas, seja perante auditor ou ouvidor ou ombudsman;
7. *Direito à obtenção de informação* de interesse pessoal ou coletivo;
8. *Promulgação da lei prevista no artigo 37, §3º, da Constituição*, à semelhança do que foi feito no Estado de São Paulo com o Código de Defesa do Usuário do Serviço Público.

Como visto, a República participativa foi adotada pelo art. 1º, pará-

grafo único, da CRFB/88. Neste contexto, importante se faz o resgate da cidadania ativa, impondo ao cidadão não apenas direitos frente ao Estado, mas também o amadurecimento desta noção de cidadania, restando a todos os sujeitos seu posicionamento como responsável e importante colaborador para os órgãos oficiais encarregados pelo controle externo, frente aos assuntos inerentes à coisa pública, como bem ilustra Aguiar (2011, p. 152):

A participação do cidadão no contexto sociopolítico é um bom indicador do desenvolvimento de um povo. Os países mais desenvolvidos tendem a ter um forte controle social, pois os cidadãos preocupam-se pormenorizadamente com a aplicação das verbas públicas.

Um controle social forte depende tanto da vontade do povo como da vontade do Estado. Caso o povo não possua bom nível de instrução, não poderá checar se as ações desenvolvidas pelo governo estão ou não consoante o seu desejo, bem como se está havendo ou não respeito às normas aplicáveis à Administração Pública. Quanto mais ignorante for o povo, mais benefícios o gestor mal-intencionado poderá tirar. Por essa razão, era, e em alguns rincões ainda é, comum a manutenção de parcela da população com baixo grau de instrução, pois, assim, esta parcela poderia ser utilizada como fácil massa de manobra, a fim de alavancar votos em eleições futuras.

Considerações finais

Partindo de um pressuposto histórico-constitucional de que os Tribunais de Contas no Brasil foram, em sua origem, instituições voltadas à análise meramente contábil das finanças públicas e de que, com o decorrer das diversas Constituições brasileiras, essa competência foi se ampliando, chega-se ao momento atual, em que a Constituição de 1988, além das competências arroladas ao Tribunal de Contas, ao instituir um sistema aberto de regras e princípios e posicionar o Controle Social como Princípio Fundamental, possibilitou que este funcione como necessário instrumento de direção para o exercício do Controle Externo.

Nesse passo, observa-se que as diversas Cortes de Contas estão se posicionando em ampliar o espectro de participação da sociedade no âmbito do Controle Externo da Administração Pública, com a implementação de ouvidorias, criação do portal do cidadão, portal da transparência, exposição em ciclos de estudos voltados a gestores e demais administradores públicos, dentre outros.

Tal fato se justifica na medida em que, cada vez mais, os Tribunais de Contas estão priorizando o seu papel de órgão constitucional de defesa do Estado Democrático (e social) de direito.

Para tanto, o resgate da cidadania ativa, em colaboração ao exercício do controle externo, ao fazer com que cada cidadão seja um fiscal do erário público, oportuniza que alcancemos um novo patamar em responsabilidade e responsabilização perante a Administração Pública, pois a certeza da impunidade gera o cometimento de ilegalidades.

Conforme Santos (2002, p. 41), a integração dos agentes responsáveis pelo controle externo com a sociedade permitiria a efetiva implementação do controle social, superando as barreiras oponíveis ao controle público estatal, que, não podendo ser onipresente, fica impossibilitado de tomar conhecimento de todas as irregularidades que ocorrem no âmbito da Administração Pública.

Nesse passo, o controle social se apresenta como uma certeza invisível de que toda e qualquer prática lesiva aos interesses públicos poderá ser denunciada e, assim o sendo, será apurada, agindo diretamente no principal enfoque em que pode coibir tais práticas: se existe a dúvida (que gera a esperança ao mau gestor de não ser responsabilizado) de que o fato possa passar despercebido pelo órgão do controle externo, certamente restará a certeza de que não passará pelo onipresente olho social.

Referências

ALVES, Diego Prandino. Divergências entre instrumentos de controle social no Brasil: uma comparação entre dados do Portal da Transparência, dos relatórios de gestão anuais de entidades públicas e do Relatório do Tribunal de Contas da União sobre as Contas da República. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, v. 10, n. 114, p.64-80, Junho. 2011.

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A administração pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de. O parecer prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. **Revista do TCE: Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 77, n. 4, p.51-73, Nov./dez. 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1998. 11 v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 189, p.114-122, Jul./Set. 1992.

BRITTO, Maisa Fotini G. Kalatzis. A SOCIEDADE E O CONTROLE SOCIAL - Parte I. **Revista do TCE: Sergipe, Aracajú**, n. 50, p.12-13, Julho. 2010.

BRITTO, Maisa Fotini G. Kalatzis. A SOCIEDADE E O CONTROLE SOCIAL - Parte II. **Revista do TCE: Sergipe, Aracajú**, n. 51, p.14-15, Setembro. 2010.

CAMPELLO, Valmir. Controle social da gestão pública. **Revista do TCE: Ceará**, Fortaleza, n.16, p.119-123, 2004.

CARVALHO, Harley Sousa de; ALBUQUERQUE, Felipe Braga. Fortalecendo a democracia: a contribuição dos Tribunais de Contas para o controle social. **Controle: Revista do TCE: Ceará**, Fortaleza, v. 8, n. 1, p.371-384, Set. 2010.

CARVALHO, José Tanajura. Acessibilidade às informações do controle externo: um instrumento para o controle social do estado. **Revista do TCE: Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 42, n. 1, p.123, Jan./abril. 2002.

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

CORBARI, Ely Célia. Accountability: prática de governança pública e mecanismo de controle social. **Revista do TCM: Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 46, p.12-17, Jan. 2011.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 5.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o estado de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Regulação, poder estatal e controle social. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p.163-172, Jul/Set. 2005.

DROPA, Romualdo Flávio. Improbidade Administrativa e controle social.

Revista de Administração Pública e Política - L&C, Brasília, v. 9, n. 99, p.22-24, Setembro. 2006.

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

FREITAS, Juarez. O controle social do orçamento público. **Interesse Público: Revista Bimestral de Direito Público**, Belo Horizonte, v. 3, n. 11, p.13, Jul./set. 2001.

GOMES, Adhemar Martins Bento. O TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE SOCIAL. **Gestão Pública e Controle Externo**, Salvador, v. 1, n. 1, p.75-100, Novembro. 2005.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUERRA, Evandro Martins. A INTERAÇÃO ENTRE OS CONTROLES INTERNO, EXTERNO E SOCIAL. **Revista de Direito Administrativo e LRF - IDAF**, Curitiba, v. 8, n. 89, p.437-448, Dezembro. 2008.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

IATAURO, Rafael. Controle social. **Revista do TCE: Paraná**, Curitiba, n. 142, p.28, Abr./jun. 2002.

JÚNIOR, Salomão Ribas. **Ética, governo e sociedade**. Florianópolis: Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2003.

LEITE, Júlio César Holanda. Controle externo, interno e social. **Revista do TCE: Rio Grande do Norte**, Natal, v. 5, n. 1, p.42-43, Dezembro. 2003.

LIMA, Evilânia Macêdo. Controle social e cidadania: o papel dos tribunais

de contas. **Controle:** Revista do TCE: Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 1, p.34-35, Fevereiro. 2005.

MACEDO JÚNIOR, Geraldo de Oliveira. Controle externo social, educação e cidadania. **Controle:** Revista do TCE: Ceará, Fortaleza, v. 8, n. 1, p.357-370, Set. 2010.

MAGALHÃES FILHO, Inácio. O controle social e as denúncias nos tribunais de contas. **Revista do TCE:** Distrito Federal, Brasília, n. 36, p.9-18, Jan./dez. 2010.

MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos; PEREIRA, José Matias. Controle social no brasil: confrontando a teoria, o discurso oficial e a legislação com a prática. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 34, n. 98, p.63, Out/Dez. 2003.

MILESKI, Hélio Saul. Controle social: um aliado do controle oficial. **Interesse Público:** Revista Bimestral de Direito Público, Belo Horizonte, v. 8, n. 36, p.85-98, Mar./abr. 2006.

MESQUITA, Ronaldo Sant'Anna de. A emenda constitucional 25, a lei de responsabilidade fiscal e o controle social. **Revista do TCE:** Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 22, n. 51, p.21-23, Jan./Fev./Mar. 2001.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Administração pública gerencial:** estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília: MARE/ENAP, 1996. Disponível em: <http://www.ena.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=259> Acesso em: 5 set. 2011.

REBOUÇAS, Ricardo Batista. Gestão da qualidade nos serviços das entidades fiscalizadoras superiores - controle social como instrumento de melhoria contínua na qualidade. **Revista do TCE:** Ceará, Fortaleza, n. 18, p.122-129, Jan./dez. 2008.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. A função controle na administração pública orçamentária: controle interno e externo. In: SOUSA, Alfredo José de; et al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 2. ed. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, Zilton. Os Tribunais de Contas e os desafios para a promoção do controle social. **Revista do TCM**: Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 28, n. 46, p.4-11, Jan. 2011.

SANTA CATARINA. **Tribunal de Contas de Santa Catarina: 50 anos de história**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2006.

SANTOS, Jair Lima. O TCU e os controles estatal e social da administração pública. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 33, n. 94, p.13, Out/Dez. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

SILVA, Eliane de Sousa. Auditoria operacional: um instrumento de controle social. **Revista Gestão Pública e Controle**, Salvador, v. 1, n. 2, p.177-206, Agosto. 2006.

SILVA, Francisco Carlos da Cruz. Controle social: reformando a administração para a Sociedade. in **Prêmio Serzedello Corrêa 2001: Monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da administração pública**. Tribunal de Contas da União. Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2002.

SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante da. Controle social das políticas públicas no Brasil. Controle: **Revista do TCE**: Ceará, Fortaleza, v. 8, n. 1, p.71-90, Set. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRAQUE, Vanderlei. **Controle social da função administrativa do estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VUOLO, Cassyra L. Os Tribunais de Contas como instrumento de construção da cidadania. **Revista do TCE: Mato Grosso, Cuiabá**, p.42-44, Agosto. 2008.

Brevíssimas Palavras sobre a Democracia Identificada e Estruturada como Princípio Eleitoral no Direito Brasileiro

Murilo Ruiz Ferro

Advogado

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
de São Bernardo do Campo (FDSBC)

Mestrando em Direito do Estado pela

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Resumo: O presente trabalho condensa uma série de breves apontamentos no sentido de, a partir da diferenciação entre princípios e regras, delinear um raciocínio para demonstrar a possibilidade não apenas de alocar a democracia dentro da categoria de princípio jurídico de direito eleitoral, como também de, através do manejo das noções constitucionais de soberania, cidadania e pluralismo político, fundamentar a sua estrutura principiológica.

Palavras-chave: democracia, direito eleitoral, direitos políticos, principiologia jurídica.

1. Introdução: a democracia como princípio eleitoral

No âmbito da teoria política contemporânea, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p. 326-327) lembram que as definições de democracia geralmente são moduladas por meio de uma gama de características, também chamadas de regras de jogo ou de “procedimentos universais”.

Segundo os autores (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p.327), estão dentro deste elenco os seguintes procedimentos:

“[...] 1) o órgão político máximo, a quem é assinalada a função legislativa, deve ser composto por membros direta ou indiretamente eleitos pelo povo, em eleições de primeiro ou de segundo grau; 2) junto do supremo órgão

legislativo deverá haver outras instituições com dirigentes eleitos, como os órgãos da administração local ou o chefe de Estado (tal como acontece nas repúblicas); 3) todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem distinção de raça, de religião, de censo e possivelmente de sexo, devem ser eleitores; 4) todos os eleitores devem ter voto igual; 5) todos os eleitores devem ser livres em votar segundo a própria opinião formada o mais livremente possível, isto é, numa disputa livre de partidos políticos que lutam pela formação de uma representação nacional; 6) devem ser livres também no sentido em que devem ser postos em condição de ter reais alternativas (o que exclui como democrática qualquer eleição de lista única ou bloqueada); 7) tanto para as eleições dos representantes como para as decisões do órgão político supremo vale o princípio da maioria numérica, se bem que podem ser estabelecidas várias formas de maioria segundo critérios de oportunidade não definidos de uma vez para sempre; 8) nenhuma decisão tomada por maioria deve limitar os direitos da minoria, de um modo especial o direito de tornar-se maioria, em paridade de condições; 9) o órgão do Governo deve gozar de confiança do Parlamento ou do chefe do poder executivo, por sua vez, eleito pelo povo”.

Do acima destacado, num paralelo entre teoria política e teoria jurídica, é nítida a caracterização do conceito de democracia através da combinação de regras que perfazem a sistematização dos direitos políticos – na especificidade de seu núcleo, o direito de sufrágio¹ –, o que torna viável a perquirição da democracia como princípio eleitoral².

O presente trabalho busca demonstrar, embora a partir de uma abordagem bastante sucinta, de que forma esta acepção – a da democracia como

¹ “Núcleo dos direitos políticos – direito de sufrágio” é expressão utilizada por Alexandre de Moraes (2003, p. 233), para quem “O direito de sufrágio é a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger e ser eleito”.

² Por este prisma, é interessante a afirmação de Walter de Almeida Guilherme (2010, p. 12): “Dizer de democracia e eleição popular é dizer de Direito Eleitoral”.

princípio eleitoral – mostra-se lógica e congruente à sistemática do direito constitucional brasileiro, positivado pelo Texto Magno de 1988. Para isso, fa-lo-á, brevemente, em duas etapas: a primeira, partindo da diferenciação entre princípios e regras, para estabelecer uma relação entre democracia e principiologia jurídica; e a segunda, desenvolvida pela análise e pelo consequente estabelecimento de relações entre conceitos que, juntos – nos termos dos argumentos a seguir apresentados –, dão estrutura de princípio eleitoral ao instituto da democracia.

2. Raciocínio preliminar: distinção entre princípios e regras e uma possível relação entre democracia e principiologia jurídica

Como já se sabe, um dos critérios possíveis para a distinção entre princípios e regras é a proposição teórica de Robert Alexy, conforme abaixo registrado pelas palavras de Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 32):

“Segundo Alexy, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Definidos dessa forma, os princípios se distinguem das regras de forma clara, pois estas, se válidas, devem sempre ser realizadas sempre por completo. O grau de realização dos princípios, ao contrário, poderá sempre variar, especialmente diante da existência de outros princípios que imponham a realização de outro direito ou dever que colida com aquele exigido pelo primeiro”.

Prosseguindo com seu raciocínio – ainda com base na teoria de Alexy – para explicar as diferenças contidas nas figuras do “conflito de regras” e da “colisão entre princípios”, são lições do Professor Titular de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (SILVA, 2008, p. 33-34):

“Nos casos de conflitos entre regras, vale o conhecido raciocínio “tudo ou nada”. Se duas regras entram em

conflito, isso pode ser resolvido por meio da definição de uma espécie de “cláusula de exceção” em uma das duas regras. Mas isso nem sempre é possível, pois pode ocorrer que duas regras prevejam duas conseqüências jurídicas inconciliáveis para o mesmo suporte fático. Nesses casos, não há outra alternativa que não a verificação da invalidade de uma delas.

Segundo Alexy, isso ocorre porque, nos casos de conflito entre regras, estamos diante de uma questão que se refere exclusivamente a um problema de validade e que, e isso é o mais importante, validade não é graduável, pois uma norma ou é válida ou não. *Tertium non datur*. Assim, duas regras que prevêm conseqüências jurídicas diversas para o mesmo suporte fático não pode pertencer ao mesmo sistema jurídico. Uma delas é, pelo menos para este sistema, inválida”.

[...]

“A solução de colisões entre princípios não exige a declaração de invalidade de nenhum deles e também não é possível que se fale que um princípio institui uma exceção a outro. Como Alexy ressalta, nos casos de colisão entre princípios, o que se exige é a definição de relações condicionadas de precedência. Essa diferença decorre da estrutura dos princípios, que são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, como já visto acima, eles exigem que algo seja realizado na maior medida possível, mas sempre de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. “Condições jurídicas”, aqui, expressam a possibilidade de colisão com outros princípios, o que poderá limitar, no caso concreto, a realização de um ou mais princípios de forma parcial ou total”.

Conceber a ideia de princípios jurídicos como mandamentos de otimização que devem ser aplicados na maior medida possível é crucial para o desenvolvimento de uma relação lógica – nos moldes aqui sugeridos³ –

³É por isso que o uso dos termos “uma possível relação entre democracia e principiologia jurídica” e “um dos critérios possíveis para a distinção entre princípios e regras” é proposital, eis que não se pode ignorar também

entre democracia e principiologia jurídica. Isso porque, do cotejo teórico que quase sempre se faz entre os termos “democracia formal” e “democracia substancial”⁴, percebe-se que o desiderato da democracia plena não se manifesta de forma absoluta no plano da realidade, mas, sim, apresenta-se como um ideal a ser atingido⁵, isto é, justamente, um mandamento de otimização a ser aplicado na maior medida possível.

Desta feita, tem-se na democracia um princípio⁶ válido tanto para o

a possibilidade de concepção da idéia de princípios jurídicos não como “mandamentos de otimização”, mas, sim, como “mandamentos nucleares ou disposições fundamentais do sistema”, conforme sustenta ainda a maior parte da doutrina, como, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 54), ao lecionar que “Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e sentido delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

⁴ Neste ponto, é clássica a comparação apresentada por Luigi Ferrajoli (1997, p. 99): “as duas classes de normas sobre a produção jurídica acima distinguidas – as formais que condicionam a vigência, e as substanciais que condicionam a validade – garantem de fato outras tantas dimensões da democracia: a dimensão formal da “democracia política”, que respeita ao quem e ao como das decisões e que é garantida pelas normas formais que disciplinam as formas das decisões, assegurando com elas a expressão da vontade da maioria; e a dimensão material daquilo a que podemos chamar “democracia substancial”, dado que respeita ao que não pode ou deve ser decidido pela maioria, e que é garantida pelas normas substanciais que das mesmas decisões disciplinam a substância ou o significado, vinculando-as, sob pena de invalidade, ao respeito dos direitos fundamentais e dos outros princípios axiológicos por elas estabelecidos”. [...] “Assim, uma concepção exclusivamente procedimental ou formal da democracia é solidária com uma concepção igualmente formal da validade das normas como mera vigência ou existência, que da primeira representa, por assim dizer, o pressuposto; enquanto uma concepção substancial da democracia, garante dos direitos fundamentais dos cidadãos e não simplesmente da onipotência da maioria, requer que se admita a possibilidade de antinomias e de lacunas geradas pela introdução de limites e vínculos substanciais – sejam eles negativos, como os direitos de liberdade, ou positivos, como os direitos sociais – como condições de validade das decisões da maioria.” Válido registrar, contudo, a existência de uma sólida crítica à dicotomia “democracia formal” vis a vis “democracia substancial/social”. Neste sentido, para aprofundamento, recomenda-se a leitura da obra “A democracia”, escrita por Hans Kelsen (1993, p. 99-102).

⁵ Interessante, neste passo, a observação de José Afonso da Silva (2003, p. 95): “essa noção de democracia como processo significa que seu conceito não é absoluto, porque não existe democracia acabada. Talvez seja nesse sentido que Rousseau advertiu que, a tomar o termo no rigor de sua acepção, jamais existiu verdadeira democracia, e não existirá jamais, e acrescentou que se houvesse um povo de Deus, ele se governaria democraticamente, o que, no fundo, significa reconhecer ser esse o melhor regime político”.

⁶ Obtempera-se, no entanto, que o raciocínio ora delineado não afirma que a consideração da democracia como princípio jurídico seja uma novidade dentro do direito. Ao contrário, Paulo Bonavides (2001, p. 253), não obstante manifestar suas objeções à teoria dos princípios de Alexy (Cf. BONAVIDES, 2009, p.

280-281) – utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho –, sustenta: “a nosso ver, a democracia, conforme temos reiteradamente assinalado, é a esta altura da civilização política, do gênero humano,

sopesamento e aplicação diante de outros princípios colidentes na resolução de determinado caso concreto, quanto para a definição teleológica das normas – quando do momento da elaboração das leis.

3. Uma possível estruturação para o princípio da democracia à luz da Constituição Federal de 1988

O artigo inaugural de nosso Texto Magno prescreve que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, sustentando-se em cinco pilares fundamentais: 1) a soberania; 2) a cidadania; 3) a dignidade da pessoa humana; 4) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; 5) o pluralismo político.

Em seguida, no corpo de seu parágrafo único, estatui que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Tal prescrição foi comentada por Eduardo Domingos Bottallo (2003, p. 80) da seguinte maneira:

“Essa expressão, “todo poder emana do povo”, exige que se reflita a respeito de seu sentido, desvendando sua real significação que, em última análise, é a base constitucional de todo o direito eleitoral.

Quando a Constituição diz que “todo poder emana do povo” significa que ela outorga ao povo o exercício fundamental dos direitos políticos e reconhece, nele, o titular soberano do exercício desse poder. Os direitos políticos, portanto, decorrem do povo. Esse é o grande significado substancial dessa cláusula. Não há nada mais importante, na nossa ordem jurídica, do que o exercício do poder

direito de quarta geração, direito cuja universalidade, em vigor, deriva de sua natureza *princípial*, e como princípio entra ela de forma constitutiva no ordenamento republicano, precisamente como *caput* do art. 1º, em que o constituinte qualifica por democrático o nosso Estado de Direito. A partir, pois, dessa formulação conceitual, positiva na lei maior, podemos dizer que a democracia é rigorosamente o mais valioso dos direitos fundamentais” [...] “A democracia, por conseguinte, não é apenas forma de governo senão princípio constitucional da mais subida juridicidade na hierarquia dos ordenamentos; é, como, já se disse, direito da quarta geração, que agrega todas as dimensões antecedentes na escala dos direitos humano”.

político pelo povo. Esse poder coloca-se, portanto, no patamar mais alto do nosso sistema constitucional.

A Constituição prossegue, entrando no campo da instrumentalização: como esse poder deverá ser exercido? “Através de seus representantes ou diretamente”.

“Através de seus representantes” significa mediante o exercício do direito do voto; “diretamente”, expressa a preocupação, entre tantas coisas, nessa mesma área, que a Constituição de 1988 teve de melhor dotar o povo de meios para exercer seus direitos”.

Note-se que, para comentar a disposição constitucional aqui abordada, o referido jurista desenvolve uma aproximação natural das instituições “democracia” e “direitos políticos” (no sentido de que a democracia é pressuposta de fundamentos de ordem política que dão sustentação à sua estrutura); aproximação esta, que também se mostra presente no pensamento de Monica Herman Salem Caggiano (2004, p. 92):

“A Democracia, já advertia Gianfranco Pasquino em 1997, é exigente. Consagra, em verdade, os contornos em uma fórmula política especialíssima, por envolver imposições e condutas especialíssimas: implica na indisponibilidade do pluralismo político, na ampla configuração do corpo eleitoral, a manifestar livremente suas opções políticas, no mais largo leque de candidaturas a serem oferecidas a este mesmo eleitorado, na efetiva e eficaz liberdade de difusão e divulgação de idéias e plataformas políticas, enfim, na expectativa de permanente conformação da atuação governamental aos anseios da sociedade, no sentido de que o pólo da tomada das decisões venha a espelhar as perspectivas da comunidade que, por via do poder de sufrágio, os elegeu para conduzir as políticas públicas em nome da comunidade social”.

Assim, sob à ótica de sua funcionalidade eleitoral, não é equivocado

asseverar que a democracia seja um princípio estruturado por três das cinco pilstras que sustentam o Estado Democrático de Direito. Sendo mais específico, o que se impõe dizer é que a democracia, à luz do sistema traçado pela Constituição Federal de 1988, ganha estrutura de princípio eleitoral, equilibrado pelo tripé resultante dos fundamentos da soberania, da cidadania e do pluralismo político, conforme, a partir de agora, passa-se a demonstrar.

3.1. Soberania, cidadania e pluralismo político

Soberania, cidadania e pluralismo político são noções que, dentro do que propõe o presente trabalho, devem ser abordadas simultânea e combinadamente, dada a maneira com a qual um fundamento se conecta a outro na estruturação da democracia como princípio eleitoral.

Essas conexões ficam bastante claras na medida em que se faz a análise do Texto Constitucional brasileiro. Por primeiro, nos termos de seu art. 14, verifica-se que a soberania popular deverá ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, bem como através de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Ocorre que o regular exercício da soberania popular inexistente sem o fundamento da cidadania, que, segundo Vera Maria Nunes Michels (2006, p. 13), “[...] é a expressão que indica a qualidade da pessoa que, estando na posse da plena capacidade civil, também se encontra no uso e no gozo de seus direitos políticos”, conceito que pode ser completado por Thales Tácito Pontes Luz de Pádua Cerqueira (2004, p. 144), ao definir que “cidadão, pois, é o vínculo que liga o indivíduo ao Estado e que lhe atribui direitos e deveres de natureza política”.

Mas se a cidadania, ao se traduzir na capacidade pessoal de compartilhar do exercício do sufrágio (capacidade eleitoral ativa – *iussufragii*) (Cf. RIBEIRO, 1997, p. 190), torna-se condição para o regular exercício da soberania, por outra dimensão (capacidade eleitoral passiva – *iushonorum*) designa a capacidade pessoal para concorrer, mediante eleição popular, a mandatos de atuação política, desde que preenchidos certos requisitos (Cf. MOARES, 2003, p. 237), dentre eles o da “filiação partidária”, que, regulada pelo art. 17 da Constituição Federal de 1988, constitui, consoante o racio-

cínio até aqui entabulado, o ponto de conexão entre soberania, cidadania e pluralismo político.

Considerando que a democracia brasileira, conforme a sistemática constitucional ora analisada, é indubitavelmente semidireta, posto harmonizar elementos da democracia representativa (art. 1º, parágrafo único da CF/88: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente) com institutos da democracia direta (art. 14, III e art. 61, § 2º, da CF/88 – *iniciativa popular*; art. 14, II e art. 49, XV, da CF/88 – *referendo popular* e; art. 14, I e art. 18, §§ 3º e 4º, da CF/88 – *plebiscito*) (Cf. CERQUEIRA, 2004, p. 54), apregoa-se que as dimensões passiva e ativa da cidadania constituem, em verdade, duas faces do aspecto representativo desta democracia. Com efeito, abordar o conceito de democracia representativa para que se possa conceber o fundamento do pluralismo político dentro da composição estrutural da democracia como princípio eleitoral é objeto do subtópico abaixo, a seguir delineado.

3.2. Democracia representativa, pluralismo político e partidos políticos

As duas faces de uma mesma moeda chamada “democracia representativa” podem ser identificadas também a partir das lições de José Afonso da Silva (2003, p. 97-98):

“[...] Democracia representativa é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente. É no regime de democracia representativa que se desenvolvem a cidadania e as questões da representatividade, que tendem a fortalecer-se no regime de democracia participativa”.
[...]

“Na democracia representativa, a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo,

não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política. Realmente, nas democracias de partido e sufrágio universal, as eleições tendem a ultrapassar a pura função designatória, para se transformarem num instrumento, pelo qual o povo adere a uma política governamental e confere seu consentimento, e, por consequência, legitimidade, às autoridades governamentais. Ela é, assim, o modo pelo qual o povo, nas democracias representativas, participa na formação da vontade do governo e no processo político”.

Como se vê, a colacionada expressão “preferência entre alternativas”, característica inerente à democracia representativa, resta desprovida de sentido se ausente o fundamento do pluralismo político; afinal, é da natureza democrática a imposição de formas plurais de organização da sociedade (Cf. BASTOS; MARTINS, 1988, p. 426).

Destarte, é neste ponto que se busca a aproximação do fundamento de “pluralismo político” com a noção de “pluralismo partidário”, pois a mencionada “imposição de formas plurais de organização da sociedade” não engloba somente o pluralismo dos partidos políticos, mas também o pluralismo dos sindicatos, das igrejas, das instituições de ensino, das organizações empresariais e culturais, etc (Cf. BASTOS; MARTINS, 1988, p. 426). Contudo, não há dúvidas de que na multiplicidade partidária reside a essência do pluralismo político constitucionalizado, vez que os partidos políticos constituem verdadeiros mecanismos de operacionalização da democracia⁷.

⁷ Neste sentido, Cláudio Lembo (1991, p. 59) classifica os partidos políticos como sendo “personagens indispensáveis da cena política”, posto terem sido transformados em “titulares do monopólio eleitoral”. Em verdade, tal concepção – a de “partidos políticos como personagens indispensáveis da cena política” – reproduz uma linha de pensamento evoluída, ao longo dos anos, sobretudo por autores estrangeiros, conforme demonstram alguns concisos dizeres, tais como os de John Adams: “todos os países sob a luz do sol devem ter partidos”; e de James Bryce: “o espírito e a força dos partidos são tão necessários ao funcionamento do governo quanto o vapor o é à locomotiva”; ambos traduzidos e citados por Paulo

Com efeito, a indispensabilidade dos partidos políticos no processo democrático é encontrada, entre outros autores, na obra de Enrique Ricardo Lewandowski (2010, p. 8):

“Em que pesem, porém, as imperfeições que ainda caracterizam o sistema partidário brasileiro⁸, não há dúvidas de que, hoje, os partidos políticos são indispensáveis ao processo democrático, não apenas porque expressam a multiplicidade de interesses e aspirações dos distintos grupos sociais, mas sobretudo, porque concorrem para a formação da opinião pública, o recrutamento de líderes, a seleção de candidatos aos cargos eletivos e a mediação entre o governo e o povo”.

O que acaba por demonstrar, por fim, mais uma relação de dependência entre institutos; desta vez, manifestados na interligação dos conceitos de democracia representativa, pluralismo político e partidos políticos.

4. Síntese conclusiva

A linha condutora para o desenvolvimento do presente trabalho fora a perquirição da democracia como princípio eleitoral. Por este caminho, encontrou-se primeiramente a ilação de que a democracia plena é um ideal a ser atingido, um fim que não se manifesta em sua plenitude no plano da realidade, razão pela qual pode ser alocada na categoria de princípio jurídico, vez que se constitui em verdadeiro mandado de otimização, válido tanto para o sopesamento e aplicação diante de outros princípios colidentes na resolução de determinado caso concreto, quanto para a definição teleológica das normas – quando do momento da elaboração das leis.

Prosseguindo, uma vez dada ao conceito de democracia esta roupagem principiológica, buscou-se estabelecer qual seria sua estrutura à luz da

Bonavides. (2003, p. 350-351)

⁸ Para aprofundamento crítico acerca dos problemas do sistema partidário brasileiro, sugere-se a leitura da obra “Curso de direito constitucional”, desenvolvida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2006, p. 121-128)

sistemática da Constituição Federal de 1988, e, neste sentido, constatou-se que a democracia é certamente um princípio jurídico estruturado pelos fundamentos da soberania, da cidadania e do pluralismo político.

Em sequência, para reforçar a constatação acima apresentada, demonstrou-se, através da análise do texto constitucional, sem prejuízo do apoio no escólio doutrinário, a conexão e dependência existente entre os fundamentos então examinados, justamente na função estrutural da democracia como princípio eleitoral, fato esse reforçado também pela conexão e dependência verificada ao final entre os institutos de democracia representativa, pluralismo político e partidos políticos.

Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. v.1. 5.ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A salvaguarda da democracia constitucional. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (org.). **Constituição e democracia**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Ciência Política**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de direito constitucional**. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. **Lições de direito público**. São Paulo: Dialética, 2003.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia, segurança jurídica e os modismos. Cotas para vereadores. In **Revista do Advogado**. nº 79. São Paulo: 290

lo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2004.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Direito eleitoral brasileiro**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org.). In **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GUILHERME, Walter de Almeida. Direito eleitoral. In **Revista do Advogado**. n° 109. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LEMBO, Cláudio. **Participação política e assistência simples no direito eleitoral**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Fidelidade Partidária. In **Revista do Advogado**. n° 109. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MICHELS, Vera Maria Nunes. **Direito eleitoral**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e

democracia participativa. In **Revista do Advogado**. n° 73. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito – Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Finanças Públicas Municipais: do Arcabouço Teórico às Evidências Empíricas

Luís Abel da Silva Filho

Professor do Departamento de Economia da Universidade Regional do Cariri – URCA. Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Regional do Cariri–URCA. Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Pesquisador do Observatório das Metrôpoles, núcleo da UFRN

Willian Gledson e Silva

Professor do Departamento de Economia da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Bacharel em Ciências Econômicas e Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN.

Adriano Olivier de Freitas e Silva

Bacharel em Ciências Econômicas e Mestre em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN

Resumo: a descentralização fiscal no Brasil, implementada a partir da Constituição Federal de 1988, representou significativas transformações no cenário das contas públicas do país. Maior autonomia foi concedida às unidades subnacionais em um contexto de federalismo fiscal. Com isso, os problemas de endividamento e descontrole dos gastos públicos foram prementes. Nesse contexto, em maio de 2000, entrou em vigor a lei complementar 101/2000. Tal prerrogativa tinha como meta a orientação e o controle dos gastos públicos nas três esferas do Executivo, União, estados e municípios. Nesse contexto, é pretensão deste estudo observar o comportamento dos gastos públicos municipais no Piauí. A escolha do espaço geográfico deu-se pelo fato de ser este um dos estados do nordeste que concentram o maior número de pequenos municípios, além de estar economicamente entre as três menores economias da região. Os anos selecionados para a avaliação empírica foram 2001 e 2009. Além disso, a fonte de dados que norteou o estudo é a Secretaria do Tesouro Nacional. Metodologicamente, utilizou-se uma revisão de literatura e posteriormente os dados empíricos que obtiveram tratamentos estatísticos, além do auxílio de um modelo de regressão para robustecer mais os resultados. Os achados pela pesquisa apontam elevação dos gastos per capita pelos municípios piauienses.

ses, em todas as variáveis, além de se observar elevação do poder de explicação das variáveis, gastos com Legislativo, educação e cultura e saúde e saneamento, em detrimento da redução das demais variáveis, na explicação dos gastos públicos municipais. As variáveis selecionadas ajustaram-se bem ao modelo e observou-se significância entre 1 e 5% em todos os anos.

Palavras-chave: Descentralização fiscal; LRF; gasto público; municípios piauienses.

1. Considerações iniciais

Em sistemas federativos, conforme é o caso do Brasil, as unidades componentes dessa estrutura administrativa pública estabelecem relações entre si, de modo a tornar fortalecida a federação nacional. Com isso, entes que apresentem ritmos econômicos menos dinâmicos, demandam mais recursos advindos de instâncias economicamente mais robustas, em face de esferas governamentais que contribuem repassando maiores volumes de receita àquelas entidades mais dependentes dos referidos repasses (AFONSO; SERRA, 1999).

Assim, podem ser definidas as características federativas do Brasil, as quais revelam a existência da denominada descentralização fiscal, que consiste em uma liberdade administrativa mais ampla e em maiores possibilidades de decisão por parte dos gestores públicos, notadamente no âmbito de estados e municípios. Logo, essa condição originária do sistema federativo é favorável ou não ao país?

Silva (2009), por sua vez, apresenta um importante debate, no que se refere à plausibilidade da descentralização fiscal. De um lado, resgata a pertinência da autonomia dos administradores estaduais e municipais na efetivação de gastos capazes de atender às demandas mais localizadas; por outro, aborda o fato de que, havendo descentralização, atribuindo maior liberdade aos gestores, tende a ocasionar desequilíbrios nas contas públicas dos enfatizados entes, além de contribuir na geração de desajustes macroeconômicos para o país.

Nesse sentido, nota-se que a Constituição Federal de 1988, institucionaliza a descentralização, possibilitando aos administradores, principalmente dos municípios, a realização de políticas com maior autonomia.

O argumento a esse fim é factual, pois, em função de o Brasil ser um país de proporções continentais, portanto, regionalmente desigual, o mecanismo descentralizador se torna essencial, na tentativa de reduzir o referido desequilíbrio regional (SILVA, 2009).

No final do século XX e início do XXI, emerge no país uma regulamentação direcionada às finanças públicas brasileiras, tendo em vista a expectativa de ordenar a gestão fiscal, através da conhecida Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Essa instituição formal tem por objetivo organizar as contas das unidades federativas, cuja finalidade é a busca pelo controle do déficit, redução dos gastos, aumento da arrecadação própria, etc.

Entretanto, o que se encontra postado na legislação, associado a diversos estudos que mostram ser a LRF uma prerrogativa fundamental às finanças públicas brasileiras, depara-se com a leitura de Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006), a qual revela que o advento da LRF traz um aumento médio nos dispêndios governamentais, contrariamente ao verificado até então. Neste caso, a regulamentação antes citada é plausível ao país?

Com efeito, tais aspectos permitem investigar os municípios do estado do Piauí, nos anos de 2001 e 2009, tendo em vista esse período se relacionar a uma década após a implantação da Lei de Responsabilidade Fiscal. Logo, torna-se cabível ressaltar a hipótese do estudo a qual consiste no fato de que a LRF não soluciona os desajustes advindos da descentralização institucionalizada pela CF de 1988, agravando o contexto já desfavorável.

Nesse sentido, faz-se necessário revelar que o Piauí é o único estado observado por Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006) que não elevou a despesa com o advento da LRF, em comparação às outras entidades estaduais nordestinas. Além disso, essa unidade da federação apresenta reduzido dinamismo econômico e conta com elevado número de municípios de pequeno porte, sendo por tais aspectos que é possível justificar a presente pesquisa.

O objetivo do estudo, de um modo geral, decorre da análise do comportamento dos gastos municipais piauienses, levando em consideração a média dos dispêndios em diversas áreas, na tentativa de revelar a tendência da enfatizada variável de natureza fiscal. Daí a necessidade da sistematização da metodologia relativa ao estudo, mas que será apresentada no item 4 deste artigo.

Finalmente, este artigo se encontra dividido em mais 6 seções além dessas considerações iniciais. No item 2, a seguir, realiza-se uma breve recuperação teórica sobre os gastos municipais no contexto do descentralismo fiscal; posteriormente, retoma-se a discussão em relação à LRF; dando sequência, sistematizam-se os procedimentos metodológicos fundamentais do estudo; nas seções 5 e 6, mostram-se respectivamente os resultados alcançados pela estatística descritiva e pelo modelo de regressão log-log; por fim, apresentam-se algumas considerações finais e as consequentes recomendações.

2. Gastos municipais no contexto das finanças públicas brasileiras

Nesta seção, é pretensão discutir, brevemente, aspectos relativos ao estudo das despesas municipais, tomando-se como referência trabalhos já desenvolvidos e que tratam, de uma maneira geral, do comportamento dos gastos, ressaltando a estrutura institucional existente na federação brasileira. Logo, tal condição pode viabilizar uma tendência quanto a um maior ou menor padrão de dispêndios por parte das entidades municipais.

Inicialmente, torna-se plausível salientar o que venha a ser uma instituição, haja vista que essa corresponde às denominadas regras do jogo, isto é, significa que os agentes econômicos passam a se submeter a tais aspectos institucionais. Nesse sentido, as referidas regulamentações podem ser entendidas como formais se houver a vigência de normas escritas capazes de limitar as ações dos indivíduos; de outra sorte, as enfatizadas instituições podem assumir seu caráter informal, quando se referirem aos valores, costumes, cultura, etc, de acordo com a análise de North (1993).

Conforme esses argumentos, pode-se utilizar a compreensão anterior para examinar as finanças públicas do Brasil, já que o país é, administrativamente, a representação de uma federação, quer dizer, as diferentes unidades componentes deste sistema federativo estabelecem relações entre si, cujo movimento pode ocasionar um mais amplo ou restrito ambiente interativo das distintas gestões, a partir de um aumento ou redução na liberdade fiscal e poder decisório atribuídos aos entes de menor amplitude federativa (estados e Distrito Federal e os municípios), corroborando com o previsto no

descentralismo fiscal. (SILVA, 2009).

Afonso e Serra (1999), por sua vez, mostram que o sistema federativo nacional, através da descentralização, recolhe a mais significativa parcela dos recursos de competência da União advindos das regiões economicamente mais dinâmicas, redistribuindo aos espaços menos robustos do ponto de vista de suas economias. Assim, uma constatação de relevo é o fato de que a capacidade alocativa dos municípios brasileiros tem sido notadamente diminuta, quando considerado estudos dessa magnitude.

Esses argumentos podem ser verificados a partir dos resultados alcançados por Silva Filho et al. (2009; 2010), os quais observam uma tendência dos municípios pertencentes aos estados nordestinos apresentarem reduzida capacidade alocativa própria, tendo uma inclinação à captação de recursos transferidos, de instâncias de maior alcance administrativo nacional para aquelas de menor representatividade, reforçando a ideia de que existe um grau de dependência contundente por parte dos entes municipais, na composição de suas arrecadações, cuja natureza permeia as transferências.

Em concordância com tais aspectos, Silva et al. (2009) e Silva (2009) demonstram haver uma relação entre o arrecadado e os gastos públicos municipais, pois instâncias federativas da magnitude das aqui examinadas são fortemente dependentes de transferências, visto que o ritmo econômico que vivenciam é notavelmente arrefecido, demandando maiores contingências de receitas para financiar os dispêndios essenciais ao adequado funcionamento da máquina pública.

Com efeito, uma constatação é pertinente: os gastos governamentais dos municípios são influenciados consistentemente pela estrutura federativa do Brasil, dando mostras de que o descentralismo possibilita esse comportamento das despesas dos entes municipais, cujas contas públicas são pouco austeras e reúnem pré-disposições ao desequilíbrio fiscal. Entretanto, o que ocasiona as enfatizadas tendências de ordem administrativa?

A explicação a esse aspecto é factível, já que o ambiente institucional brasileiro favorece tal predisposição, ou seja, tomando-se como referência a Constituição Federal de 1988, nota-se haver um estímulo a uma elevação na demanda por recursos transferidos e, portanto, uma expansão tendencial nos gastos municipais, como consequência do referido processo. De fato, a

ênfatisada instituição formal prever a legitimação do descentralismo fiscal, a antítese da CF de 1967, a qual apresenta uma natureza centralizadora, em função da característica político-administrativa própria do período militar (REZENDE, 2001).

Afinal de contas, em que consistem os conceitos de descentralismo e centralismo fiscais? A partir de Silva (2006; 2009), os elementos federativos antes ressaltados correspondem respectivamente a um aumento da autonomia na administração das contas públicas e poder decisório por parte dos gestores, em face de uma restrição de mesma natureza, em um contexto federativo.

Contudo, que implicações apresentam os elementos anteriormente postados? A resposta a esse questionamento é emblemática, visto que, após o advento da CF de 1988, houve no Brasil um processo bastante significativo de criação de municípios, notadamente pequenos, cuja sustentabilidade econômica é fundamentalmente firmada por meio de transferências, fontes de financiamento aos gastos municipais, caracterizando-se assim em um importante obstáculo a própria administração do Governo Central. (MAIA GOMES; MAC DOWELL, 1995).

Isso se deve ao fato de que a CF de 1988 estabelece uma característica municipalista, em que o Fundo de Participação dos Municípios (FPM) é a principal fonte de transferências aos entes municipais, determinando a existência de um piso, ofertando uma quantidade mínima de transferências, onerando fortemente os cofres da União (REZENDE, 2001; SILVA, 2006).

O efeito provável do descentralismo fiscal provocado institucionalmente é factual, uma vez que, mesmo na atualidade não havendo a continuidade do processo de criação municipal, os pequenos entes remanescentes seguem onerando a federação como um todo, principalmente no que se refere ao custeio da máquina com folha de funcionários, acarretando o que denominam Maia Gomes e Mac Dowell (1995) de trabalho improdutivo. Além disso, Silva (2009) afirma haver um produto marginal decrescente do funcionalismo público, sendo elevados os dispêndios, e o retorno do significativo contingente de transferências torna-se reduzido aos municípios do país em sua íntegra.

Em suma, as regras formais brasileiras, do ponto de vista das finanças

públicas necessitam de ajustes prementes, haja vista a institucionalização dos gastos excessivos por parte dos municípios pertencentes ao país, dificultando substancialmente a gestão nacional, já que as próprias normas legitimam a tendência de uma inadequada administração governamental. Sendo, portanto, a questão fiscal, suposta e contundentemente, reconsiderada a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal, de 2000, regulamentação essa a ser examinada a seguir neste estudo.

3. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os gastos municipais

A Constituição Federal de 1988 norteou o que seria a municipalização no Brasil a partir da descentralização fiscal no bojo da autonomia concedida às unidades subnacionais diante da referida CF. Por um lado, a maior autonomia é observada como forma de melhor assegurar as ações dos gestores diante de uma maior aproximação dos problemas sociais de cada região, sendo pertinente a criação de unidades municipais que tornem possível a interação entre os problemas e as possíveis soluções (Afonso e Serra, 1999). Em contrapartida, Maia Gomes e Mac Dowell (1995) asseguram que, a descentralização, na verdade, permitiu a proliferação de pequenas unidades municipais, que, em sua quase totalidade, dependem das transferências de recursos de unidades de maior amplitude para manterem suas despesas.

A descentralização possibilitou uma mais elevada redistribuição de recursos entre estados e municípios. Além disso, a União aumentou a quantia a ser repassada diante do contexto da descentralização fiscal brasileira. Nesse quadro de redistribuição e repasse de recursos da União para estados e municípios, assistiu-se a criação de unidades subnacionais com extrema dependência financeira, frente a tão somente o argumento de que essas unidades teriam melhor desempenho alocativo no cenário da descentralização.

Entretanto, as evidências empíricas têm demonstrado que, em estados do nordeste, por exemplo, a dependência de transferências de recursos da união chega a ser, em média, superior a 90% das receitas correntes das unidades municipais, dando mostras de que uma reduzida capacidade alocativa própria torna possível a elevação da dificuldade a ser enfrentada pelo país em sua íntegra (SILVA FILHO, et al, 2010).

Diante do quadro de elevados dispêndios pelos municípios e da forte dependência financeira de transferências de recursos, em maio de 2000 foi instituída a Lei de Responsabilidade Fiscal, para orientar e propor soluções aos problemas de despesas e receitas aos municípios brasileiros. Seria essa instituição formal eficiente no controle de gastos e na proposta de arrecadação por parte dos municípios que apresentavam elevados índices de endividamento? Que propostas de controle e melhoria do gasto público seriam orientadas pela LRF? Essas questões, ao longo dos anos após a entronização da lei, foram amplamente acompanhadas e debatidas na literatura.

Couberti (2005) constatou que, em 1997, 11,4% dos municípios brasileiros gastavam mais de 60% da receita corrente líquida com pessoal. Nesse caso, esse era o percentual de municípios com gasto acima do permitido posteriormente pela LRF. Em 2003, o mesmo autor observa que apenas 0,9% dos municípios gastavam com pessoal, além do permitido pela Lei Complementar 101/2000. Essa redução na quantidade de municípios ajustando seus dispêndios pode ser efeito da LRF no contexto das finanças públicas municipais.

Nunes e Nunes (2006) observaram que os gastos com pessoal pelos municípios brasileiros foram em média de 40,2% entre os anos de 1999 e 2001. Destarte, esses resultados evidenciam a restrição alocativa do gasto inferior ao permitido pela lei. Já Menezes (2006), ao estudar os municípios brasileiros entre os anos de 1998 e 2004, constatou que a LRF pode não ter apresentado impacto positivo, haja vista que ela estabeleceu como teto um valor bem acima do gasto médio nacional.

Nesse debate, chama a atenção os resultados encontrados por Corbari (2008), que, ao investigar os impactos da LRF nos municípios brasileiros, percebeu que a quantidade de municípios que gastavam menos que o teto estabelecido posteriormente pela lei era significativamente elevado. Por outro lado, os municípios que tiveram que reduzir os gastos para ajustarem-se às normas implementadas pela LRF eram em número bem inferior. Com isso, elevaram-se os gastos dos municípios brasileiros, até aproximá-los ao permitido pela lei, de forma que aqueles que tiveram que reduzir não apresentaram tanto efeito, pois eram minoria, quando comparado ao total.

Assim, Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006) asseguram que tais resul-

tados refletem o fato de que os limites estabelecidos pela lei foram significativamente superiores ao gasto médio observado no país. Desta feita, elevaram-se os gastos com pessoal, a partir da LRF, comprometendo as finanças públicas municipais do país. Nos municípios nordestinos, os autores destacam que somente nos estados da Bahia e de Pernambuco encontraram-se entes municipais gastando mais que a média nacional entre os anos de 1998 e 2004. Além disso, com a exceção das entidades federativas piauienses, as instâncias governamentais dos demais estados elevaram seus gastos após a entronização da Lei Complementar 101/2000.

Diante disso, busca-se investigar os efeitos da referida lei no estado nordestino cujos municípios fugiram ao padrão observado na região e não superaram o gasto médio observado nas esferas municipais brasileiras após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

4. Procedimentos metodológicos

Para a realização da pesquisa, foram necessárias algumas medidas de ajuste e construção das variáveis aqui selecionadas. Inicialmente, faz-se uma análise descritiva das estatísticas e, posteriormente, adota-se um modelo de regressão para auxílio no tratamento dos dados. Esses últimos são oriundos da Secretaria do Tesouro Nacional e foram tabulados para os anos de 2001 e 2009.

O recorte temporal aqui apresentado tem como fundamento o fato de 2001 ser o primeiro ano após a implementação da LRF, ocorrida em maio de 2000, e 2009 ser o décimo ano de vigência do referido dispositivo legal. Assim, pretende-se observar o comportamento dos municípios diante do conjunto de normas estabelecidas pela Lei Complementar. O estado selecionado faz parte da observação feita por Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006), os quais afirmam que, no nordeste, somente o estado do Piauí não elevou seus gastos após a entronização da LRF.

Diante disso, pretende-se observar essa unidade da federação brasileira, já que ela tem apresentado padrão de gastos com pessoal inferior ao proposto pela LRF e mantido, parcialmente, as exigências inclusas na referida lei. Por outro lado, a rara produção científica acerca da temática sobre o enfatizado estado, associada à idéia de que o Piauí representa uma

das economias mais pobres e de mais reduzida industrialização da região nordeste, motiva a realização da investigação posta nessas páginas.

De início, faz-se uma avaliação dos gastos per capita a partir das variáveis selecionadas e, posteriormente, a estatística descritiva, utilizando parâmetros como a média e o desvio padrão. As variáveis não foram selecionadas através de um processo aleatório, mas, sim, foram determinadas por serem importantes rubricas na composição dos dispêndios municipais, que justificam a escolha delas. A construção ocorreu da forma que se segue:

- Legislativa: ação legislativa, controle externo, outras despesas na função legislativa, planejamento e orçamento.
- Assistência e previdência: assistência ao idoso, assistência ao deficiente, assistência à criança, assistência comunitária e outras despesas com a função assistência; previdência básica, previdência do regime estatutário, previdência complementar, previdência especial e outras despesas na função previdência.
- Saúde e saneamento: atenção básica; assistência hospitalar, suporte profilático, vigilância sanitária, vigilância epidemiológica, alimentação e nutrição, outras despesas na função saúde; saneamento básico rural, saneamento básico urbano e outras despesas na função saneamento.
- Educação e cultura: ensino fundamental, ensino médio, ensino profissional, ensino superior, educação infantil, educação de jovens e adultos, educação especial e outras despesas na função educação; patrimônio cultural, difusão cultural e outras despesas na função cultura.
- Habitação e urbanismo: habitação rural, habitação urbana e outras despesas na função habitação; infraestrutura urbana, serviços urbanos, transportes coletivos urbanos e outras despesas na função urbanismo.

Conforme as variáveis antes apresentadas, procura-se explicar as despesas correntes dos municípios a partir dessas rubricas, tomando como referência a LRF para os anos selecionados, tendo em vista a análise das citadas contas, na condição de relevantes elementos capazes de fornecer qual desses gastos é mais pronunciado no conjunto dos dispêndios governamentais municipais.

A partir de agora, torna-se objetivo discutir o modelo de estimação fundamental ao artigo, o qual procura explicar o comportamento da despesa

corrente dos municípios piauienses. De fato, conforme estudos como os de Silva Filho et al. (2009; 2010), dentre outros, o método já havia sido utilizado satisfatoriamente na análise das finanças públicas de municípios para explicar as receitas correntes municipais.

O Modelo de Regressão Linear Múltipla tem por finalidade adicionar relevância aos resultados da pesquisa e robustecer a análise a ser apresentada. Este trabalho emprega o método dos Mínimos Quadrados Ordinários (MQO). O procedimento adotado procura encontrar estimativas para os parâmetros, de forma que a soma dos quadrados dos resíduos seja a mínima possível.

Johnston e Dinardo (2001) e Gujarati (2006) propõem que esse método estabelece uma relação entre a variável dependente (Y) em função de duas ou mais variáveis explicativas ($X_1, X_2, X \dots X_K$), além do erro aleatório (ε). A construção do modelo econométrico apresenta a sistematização que segue:

$$Y = X\beta + \varepsilon \quad (1)$$

Em que: Y é a variável dependente (a ser explicada), X representa a matriz de variáveis exógenas (explicativas) ($N \times K^1$), corresponde ao vetor de parâmetros da função de regressão ($K \times 1$), e (ε) assume o caráter de erro aleatório viabilizado a partir da estimação².

Como o estudo não contempla todos os municípios do Piauí³, faz-se necessário mencionar que se tem o (Y) observado e o estimado ($\hat{Y}$), cuja diferença entre eles reflete o erro (ε). Porém, tem-se que encontrar o $\hat{Y}$, sendo esse resultado do processo de estimação, o qual pode ser obtido a partir de:

$$\hat{Y}_i = \beta_0 + \beta_1 X_i + \varepsilon_i \quad i (1 \dots K)^4 \quad (2)$$

¹ N é o tamanho da amostra e K o rank da matriz.

² As estimativas de MQO, neste caso, estão associadas à dimensão amostral.

³ No ano de 2001, a amostra foi composta por 170 municípios, entretanto foram 175 que declararam todos os dados à STN. Contudo, excluíram-se os municípios de Floriano, Piripiri, Picos, Parnaíba e Teresina, por apresentarem gastos destoantes do resto da amostra e, consequentemente, inflarem a variância dos erros. Em 2009, dos 187 municípios do estado que declararam todas as informações pertinentes ao desenvolvimento dessa pesquisa, somente 182 foram utilizados, pelo mesmo motivo em relação ao ano de 2001, e, dessa forma, Floriano, Piripiri, Picos, Parnaíba e Teresina saíram da amostra. Com isso, utilizaram-se os municípios com até 50.000 habitantes no estado.

⁴ Para maiores detalhes referentes ao processo de derivação de β , consultar Johnston e Dinardo (2001).

Com isso, estima-se o ε da forma que segue:

$$\varepsilon = Y - \hat{Y} \quad (3)$$

Com a equação linearizada pelo MQO, devem-se logaritimar todas as variáveis do estudo para que se possam obter diretamente as elasticidades. Esse modelo pode ser expresso por:

$$\ln(\hat{Y}_i) = \beta_0 + \beta_1 \ln(X_i) + \varepsilon_i \quad (4)$$

No qual o coeficiente de inclinação mede a elasticidade de Y com relação a X.

Após a apresentação do modelo econométrico genérico, o modelo que se traduz neste estudo toma a seguinte dimensão:

$$\ln(DC_i) = \beta_0 + \beta_1 \ln(LEG_i) + \beta_2 \ln(ASSIPREVI_i) + \beta_3 \ln(SAUSANE_i) + \beta_4 \ln(EDUCULT_i) + \beta_5 \ln(HABIURB_i) + \varepsilon_i \quad (5)$$

Onde: DC_i correspondem às despesas correntes dos i municípios da amostra; LEG_i , as despesas com legislativo; $ASSIPREVI_i$ referem-se às despesas assistência e previdência dos municípios; $SAUSANE_i$ diz respeito às despesas com saúde e saneamento; $EDUCULT_i$ refere-se às despesas com educação e cultura; $HABIURB_i$, às despesas com habitação e urbanismo; e $\beta_1, \beta_2, \beta_3, \beta_4, \beta_5$ são os parâmetros a serem estimados pelo método dos mínimos quadrados ordinários, sendo $\beta_1 > 0, \beta_2 > 0, \beta_3 > 0, \beta_4 > 0, \beta_5 > 0$, o termo de erro aleatório.

Para a operacionalização do modelo, utilizou-se o software GRETL (Gnu Regression, Econometrics and Time-series Library), versão 1.9.4, além do auxílio do MS Excel 2007.

Em suma, após a breve exposição do método de estimação essencial à pesquisa, sugere-se que, na seção que se segue, seja desenvolvida a discussão dos resultados esperados do estudo, cujo propósito é justificar o alcançado nas estatísticas antes apresentadas, tendo como parâmetro o exame da teoria institucionalista, mais precisamente o conceito de instituição formal proposto por North (1993).

5. Estatística descritiva dos gastos municipais piauienses

A literatura que norteia a investigação aqui presente pressupõe redução de gastos com pessoal diante do que orienta a Lei Complementar 101/2000. Nesse sentido, observa-se que os gastos per capita se elevaram ao se comparar dez anos entre o primeiro e o décimo ano da LRF, para os municípios do estado do Piauí. Embora Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006) tenham observado que este estado foi o único entre os estados do nordeste que não elevou a média após o advento da referida regulamentação.

Todavia, as variáveis selecionadas para esse estudo, em sua íntegra, demonstraram elevação do gasto per capita entre 2001 e 2009. A variável assistência e previdência, por sua vez, que apresentava gasto per capita de R\$ 15,82 em 2001, eleva-se significativamente para R\$ 57,09 em 2009. No entanto, essa foi a variável de menor dispêndio per capita em 2001. Considerando-se a efetiva importância da assistência social, sobretudo nos pequenos municípios, percebe-se reduzido gasto, quando comparado às demais.

Por outro lado, importantes resultados foram constatados para a variável saúde e saneamento, que assumia gasto por habitante de R\$ 66,84 em 2001 e registrou R\$ 256,53 em 2009. Esse dispêndio, portanto, tem significativa representatividade, haja vista que a contrapartida pode ser significativamente elevada para o bem da população. Acrescente-se, contudo, que não é objetivo desta investigação inferir acerca da eficiência dos gastos; tão somente propõe que a elevação de gastos em segmentos de relevância, feita a destacada nessa variável, pode ter ônus para a união, porém pode haver benefícios ao conjunto social.

A variável habitação e urbanismo seguiu a mesma tendência observada para as anteriormente citadas. Porém, elevou-se em menor proporção, haja vista que o gasto por habitante era de R\$ 35,39 no primeiro ano observado, passando para 69,22 no segundo. Destaque-se que foi essa a única variável que cresceu menos de 100% entre 2001 e 2009.

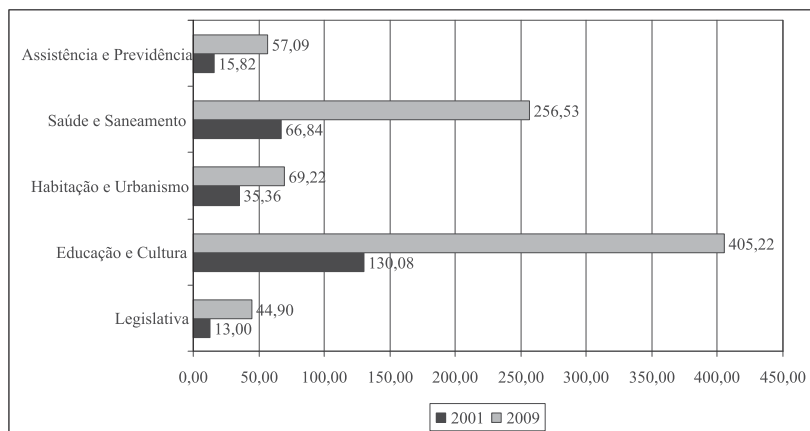


Gráfico 1: Gastos per capita efetuados pelos municípios piauienses: 2001/2009

Fonte: elaborado pelos autores a partir de dados da STN, 2011.

A variável educação ocupou a primeira posição nos dispêndios municipais no Piauí, tanto em 2001 quanto em 2009. No primeiro ano, os gastos per capita eram da ordem de R\$ 130,08, elevando-se para R\$ 405,22 no ano de 2009. Considerando-se a relativa importância da variável para o desenvolvimento econômico e social, assegura-se pela consistência dos gastos sem, contudo, inferir pela eficiência. Já a variável gastos com Legislativo apresentou o menor dispêndio per capita no ano de 2001, elevando-se para o segundo menor no ano de 2009. No primeiro ano, gastava-se R\$ 13,00, elevando-se para R\$ 44,90 no segundo.

As evidências empíricas apresentam elevação significativa no dispêndio dos municípios piauienses em todas as variáveis selecionadas para o estudo. Além disso, percebeu-se crescimento significativo em todas elas. Destaque-se a importante elevação nos gastos per capita das variáveis educação e cultura e saúde e saneamento, que se destacaram tanto em 2001 quanto em 2009.

Na tabela 1, os resultados referem-se à estatística descritiva dos dados. Para o número de habitantes, observa-se que a média era de 8.650 no primeiro ano e elevou-se para 9.234 no segundo. Essa média populacional, no entanto, é o resultado obtido pelo grupo de municípios pertencentes à

amostra em cada ano. Considere-se o elevado desvio-padrão da média da variável observada, o que resulta da heterogeneidade dos municípios da amostra.

Destaque-se ainda a maior média de gastos observados na tabela, referentes à educação e cultura. Em 2001, o gasto médio dos municípios somava R\$ 1.135.131, elevando-se para 2.877.933 em 2009. Porém, destaca-se desvio-padrão de elevada magnitude para a variável.

Tabela 1: estatística descritiva das variáveis: média e desvio-padrão - 2001/2008

Variáveis	2001		2009	
	Média	Desvio-Padrão	Média	Desvio-Padrão
População	8.650	7.948	9.234	8.412
Legislativa	112.413	68.098	414.665	226.661
Educação e Cultura	1.125.131	817.243	3.742.001	2.877.933
Habituação e Urbanismo	305.817	273.509	639.204	703.210
Saúde e Saneamento	578.125	423.769	2.368.915	1.853.398
Assistência e Previdência	136.812	124.413	527.178	390.581

Fonte: elaborado pelos autores a partir dos dados da Secretaria do Tesouro Nacional, 2011.

Em suma, todas as variáveis apresentaram elevação no que concerne aos gastos médios municipais entre 2001 e 2009. Todavia, o elevado desvio-padrão chama a atenção das disparidades nos gastos municipais no Piauí, mesmo sendo o desvio superior à média. Destarte, os resultados encontrados já eram esperados no estudo, haja vista a heterogeneidade da amostra, quando se trata de unidades dentre 1.000 e 50.000 habitantes.

6. Resultado da análise do modelo de regressão

De acordo com resultado do modelo de regressão, nota-se elevado nível de significância, entretanto, com a exceção da variável assistência e previdência, que, no ano de 2009, foi significativa a 5%, as demais, por seu

turno, apresentaram, em todos os anos, 1% de significância. Além disso, o ajuste do modelo foi de 95% em 2001 e 99% em 2009, sendo o valor conforme o esperado.

Diante disso, observa-se que, para as despesas com Legislativo, percebe-se a elevação do poder de explicação da regressão, quando comparados os anos de 2001 e 2009. No primeiro, para a variação de um ponto percentual nas despesas municipais no Piauí, somente 6% eram causadas pela ação legislativa. No segundo ano, o poder de explicação da variável eleva-se significativamente para 27%. Ou seja, para cada R\$ 1,00 gasto pelos municípios piauienses em 2001, somente R\$ 0,06 centavos eram com Legislativo, elevando-se para R\$ 0,27 em 2009.

Por outro lado, a variável assistência e previdência mostrou tendência contrária, quando reduz seu poder de explicação dos gastos públicos municipais de 0,08% em 2001 para 0,03% em 2009. Com isso, para cada R\$ 1,00 gasto pelos municípios, apenas R\$ 0,08 centavos correspondiam a essa variável, reduzindo-se para 0,03 em 2009. A mesma tendência foi observada na variável saúde e saneamento, que explicava 0,45% da variável dependente no ano de 2001, reduzindo-se para 0,26% em 2009. Isto é, verificou-se uma queda na participação relativa dos gastos com saúde e saneamento em detrimento da elevação das outras variáveis.

Já no que diz respeito à variável educação e cultura, os dados mostram elevação no poder explicativo das variáveis de gastos municipais. Em 2001, para a variação de um ponto percentual das despesas correntes dos municípios, 0,24% eram advindos de dispêndios com educação e cultura. Em 2009, esse valor se eleva para 0,39%, sendo possível explicar a variação das despesas. Ou seja, elevou-se o dispêndio com educação e cultura dos municípios do Piauí, para cada R\$ 1,00 por eles gasto.

Tabela - 2: Resultado da Regressão Múltipla (log-log) para as Despesas Correntes dos Municípios Piauienses - 2001/2009

Variáveis	2001		2009	
	Coeficiente	p-valor	Coeficiente	p-valor
Constante	2,54828	<0,00001	1,69323	<0,00001
Legislativa	0,062633	0,02019	0,267414	<0,00001
Assistência e Previdência	0,083118	<0,00001	0,025633	0,00072
Saúde e Saneamento	0,450286	<0,00001	0,299208	<0,00001
Educação e Cultura	0,240900	<0,00001	0,387218	<0,00001
Habitação e Urbanismo	0,108511	0,00002	0,027414	<0,00001
Nº de Observações	170		182	
R ² ajustado	0,95		0,99	
p-value global	0,000000		0,000000	

Fonte: Elaborado pelos autores com dados da Secretaria do Tesouro Nacional - STN, 2011.

Diferentemente do antes apresentado, o que se observou para a variável habitação e urbanismo foi que ela explicava 0,11% da variável dependente em 2001, reduzindo-se significativamente para 0,02 em 2009. Com isso, fica evidente a ampliação substancialmente elevada das variáveis, gastos com Legislativo, saúde e saneamento e educação e cultura, em detrimento da redução nas demais variáveis observadas neste trabalho.

7. Considerações finais

Após a construção da presente pesquisa, algumas evidências ficaram bastante claras, fundamentalmente no que se refere ao comportamento dos dispêndios municipais piauienses, visto que esses entes apresentaram características convergentes e divergentes, caso se compare às demais unidades da federação brasileira localizadas no nordeste.

Ressalte-se que os municípios do Piauí seguiram a tendência regional

de serem significativamente heterogêneo, ratificando um elemento constitutivo de que as entidades federativas nordestinas são, via de regra, diferenciadas entre si, ou seja, o dinamismo econômico averiguado no enfatizado espaço geográfico é distinto.

Entretanto, do ponto de vista da convergência encontrada no estudo, notou-se que o padrão de gastos municipais piauienses se revelou inferior à média regional existente antes do advento da LRF, elevando-se para um ponto próximo do comportamento dos demais. Isso significa que a instituição formal, implantada no ano de 2000, não apresentou efetividade para o propósito ao qual foi criada, não gerando o controle previsto na sua concepção, de acordo com o exibido pelas instâncias governamentais consideradas na análise.

Um aspecto de relevo deve ser salientado: no que diz respeito aos gastos municipais do Piauí, esses, durante a década observada, mostraram elevação nos dispêndios ligados ao legislativo, saúde e saneamento, educação e cultura, dando mostras cabais de que as gestões dos entes municipais estudados exibiram notável inclinação na expansão dos gastos públicos em áreas essenciais ao conjunto social.

Mesmo que as rubricas associadas à previdência e assistência, habitação e urbanismo não tenham sido os dispêndios mais contundentes no tocante aos gastos considerados no trabalho, e ainda que tais despesas sejam relevantes para qualquer sociedade, elas não impedirão a possibilidade do alcance do desenvolvimento regional municipal piauiense a longo prazo.

A explicação para essa afirmação é factível, pois as variáveis de mais significativa ampliação encontradas na pesquisa são, via de regra, essenciais ao desenvolvimento socioeconômico de um espaço, demonstrando que a LRF possibilitou a obtenção dos seguintes ganhos aos entes municipais: de um lado, as entidades observadas expandiram seus gastos para patamares superiores aos constatados antes da Lei de Responsabilidade Fiscal, gerando um aparente problema de finanças públicas.

Por outro lado, o enfatizado aumento nos dispêndios dos municípios do Piauí acarretou possibilidades plausíveis de desenvolvimento a longo prazo, revelando que o surgimento da LRF trouxe pertinentes evidências às instâncias governamentais examinadas, proporcionando, por sua vez, o

alcance dos objetivos postulados por ocasião da realização desta desafiante análise.

Finalmente, sugere-se aos futuros trabalhos a serem formulados a consideração de um número maior de variáveis, inclusive de natureza social, tendo em vista a verificação se a tendência constatada neste artigo pode ser averiguada em mais esferas de governo; além disso, recomenda-se a utilização de uma série mais ampla, até porque uma quantidade de períodos maior pode robustecer os resultados a serem alcançados por investigações desta natureza.

8. Referências

AFONSO, J. R.; SERRA, J. Descentralismo fiscal à brasileira: algumas reflexões. Revista do BNDES: Rio de Janeiro, BNDES, Nº 12, 1999.

CORBARI, A. C.. **Grandes municípios brasileiros: estrutura do endividamento e impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Dissertação de Mestrado em Contabilidade. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008.

FIORAVANTE, D. G.; PINHEIRO, M. M. S.; VIEIRA, R. S. Lei de Responsabilidade Fiscal e finanças públicas municipais: impactos sobre despesas com pessoal e endividamento. **Texto para Discussão**, Brasília: IPEA, n. 1.223, 2006.

GIUBERTI, A. C.. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre os gastos dos municípios brasileiros**. Dissertação Mestrado em Economia. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2005

GUJARATI, D. N. **Econometria Básica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006 – 3ª reimpressão.

JOHNSTON, J.; DINARDO, J. **Métodos econométrico**. Lisboa: McGraw Hill. 2001

MAIA GOMES; MAC DOWELL. **Os Elos Frágeis da Descentralização: Observações Sobre as Finanças dos Municípios Brasileiros.** 1995.

MENEZES, R. T. de. **Efeitos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre as categorias e funções** de despesas dos municípios brasileiros (1998-2004). Dissertação Mestrado em Economia. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

NORTH, D. C. **Insituciones, cambio institucional y desempeno econômico.** México: Fondo de cultura Económica. 1993.

NUNES, S. P.; NUNES, R. C.. **Dois anos da Lei de Responsabilidade Fiscal do Brasil: Uma avaliação dos resultados à luz do Modelo do Fundo comum.** Texto para discussão n 276. Universidade de Brasília. Brasília, 2003.

REZENDE, F. **Finanças Públicas.** 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2001.

SILVA, W. G. Descentralização fiscal e desenvolvimento sócio-econômico: os efeitos do Fundo de Participação dos Municípios, no dinamismo econômico de Ceará-Mirim (2000-2003). Monografia do curso de graduação em Economia. Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2006.

SILVA, W. G. Finanças públicas na nova ordem constitucional brasileira: uma análise comportamental dos municípios potiguares nos anos antecedentes e posteriores a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). **Dissertação de Mestrado em Economia.** Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2009.

SILVA FILHO, L. A; SILVA, W. G. SILVA, A. O. F; SILVA, Y. C. L. Considerações sobre receitas municipais em estados do Nordeste brasileiro: uma análise comparativa referente ao comportamento da arrecadação dos municípios baianos, cearenses e piauienses, no ano de 2007. Seminário Internacional Celso Furtado. **Anais...** Recife – PE, Outubro, 2009.

SILVA FILHO, L. A; QUEIROZ, S. N; SILVA, W. G. SILVA, A. O. F. Receitas Correntes em Municípios Cearenses: Autonomia ou Dependência? **Revista Controle**, Nº 1, vol. VIII setembro de 2010.

Licitações Diferenciadas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – O Advendo da Lei Nº 13.706/2011 - Rio Grande do Sul

Clayton Rebello da Silva

Bacharel em ciências jurídicas pela PUCRS.
Especialista em Direito Público. Diretor do Departamento de Compras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde já atuou como pregoeiro e membro da comissão permanente de licitações.

Resumo: Este trabalho tem o objetivo de auxiliar na análise e discussão acerca da Lei nº 13.706, de 06 de abril de 2011. Trata-se de legislação que tem por escopo os preceitos constantes na Lei Complementar nº 123/2006, o denominado Estatuto Geral da Micro e da Pequena Empresa, decorrentes da Constituição da República, artigos 170 e 179. A análise irá se deter aos ditames relativos ao tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e para as pequenas empresas nas licitações públicas, incluindo-se também as cooperativas, a elas equiparadas por lei, no âmbito da Administração Pública Estadual. Nesse desiderato, percorremos, paralelamente, o instrumento normativo federal, Decreto nº 6.204/2007, que regulamentou, naquele ente, o tratamento exigido pelo Estatuto Geral. Não nos furtaremos em apontar eventuais incongruências na novel normativa, até mesmo porque se avizinha a implementação da sua regulamentação no âmbito estadual, conforme prevê artigo da própria lei.

Palavras-chaves: Lei Complementar federal nº 123/2006. Decreto Federal nº 6.204/2007. Lei Estadual nº 13.706, de 06 de abril de 2011, do Rio Grande do Sul. Microempresas e empresas de pequeno porte. Cooperativas. Licitação. Tratamento diferenciado e simplificado.

1. Pequeno histórico normativo

A Constituição Federal da República do Brasil em seu artigo 170¹ dis-

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

pôs acerca do tratamento favorecido às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte. De igual sorte, o art. 179 da Carta Magna definiu: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de Lei”. (BRASIL, Constituição da República Federativa, 1988, grifei).

A Lei do Simples Federal (BRASIL, Lei nº 9.317, 1996), constituiu-se em um marco jurídico importante e pioneiro na regulamentação do art. 179 da Carta Constitucional, dispondo, em seus 31 artigos, sobre o regime tributário, tendo criado o “Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples)”.

Por sua vez, a Lei Federal nº 9.841, de 05 de outubro de 1999, foi o segundo esforço nacional para regulamentar o “tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição” (BRASIL, 1999). Segundo o SEBRAE (2010), “embora refletisse boas intenções, o Estatuto mostrou resultados práticos pouco expressivos”.

Nessa esteira, seguiu-se a Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003, pela qual se inseriu a alínea ‘d’ junto ao inciso III do artigo 146, no Capítulo do Sistema Tributário Nacional, especificamente quanto aos seus princípios gerais, requerendo “a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte” por intermédio de Lei Complementar, com a finalidade de “estabelecer normas gerais” para matéria. O mesmo artigo 146 da Constituição Federal também ganhou outro parágrafo, o qual abriu caminho para a criação de um novo sistema de arrecadação simplificada, por meio de lei complementar que “poderá instituir um regime único de arrecadação de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. (BRASIL, 2003)

(...)

IX – **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** constituídas sobre as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, Constituição da República Federativa, 1988, grifei)

Essa Lei Complementar ficou conhecida como a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, tendo sido promulgada em 14 de dezembro de 2006 (BRASIL, Lei Complementar nº 123, 2006).

O escopo do Estatuto é fomentar a atividade empresarial nesses segmentos por meio da simplificação das formalidades no campo tributário, bem como na redução de carga fiscal. Ademais, inseriu também normas no âmbito do direito comercial, trabalhista e processual. No que diz respeito ao tema objeto da presente análise, existem, de igual sorte, dispositivos relativos à participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no seu Capítulo V, nos artigos 42 a 49.

2. Vantagens e desvantagens do tratamento diferenciado

Impende que, preliminarmente, identifiquem-se as vantagens e desvantagens da novel legislação. Dentre as vantagens, podemos apontar: constitui-se em fator de redistribuição de renda e inclusão econômica, fator de geração de empregos, aumento de competitividade, estímulo para o mercado desenvolver inovações tecnológicas e ampliação do número de empresários naquele segmento. Nessa linha de análise, segundo o Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa de 2009 (SEBRAE, 2010), baseado na análise das Relações Anuais de Informações Sociais (RAIS), entre os anos de 2000 e 2008, as micro e pequenas empresas foram responsáveis por aproximadamente 54,0% (cinquenta e quatro por cento) dos empregos formais do país. Segundo o mesmo Anuário, no período analisado, foram gerados nove milhões de postos de trabalho, perfazendo uma média anual de 1,131 milhão de postos criados. O Anuário nos traz dado significativo: “a participação das micro e pequenas empresas no conjunto de estabelecimentos formais brasileiros é maciça e corresponde a 99,0% do total, entre 2000-2008”.

No nosso entender, a “diferenciação” constitucional e legal para a participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas contratações públicas requer a superação de enormes barreiras culturais, legais e burocráticas. Vislumbra-se uma barreira cultural a ser vencida no seio da própria Administração Pública, com efeito, em razão de inúmeros fatores, alguns justificáveis, outros nem tanto. O principal deles decorre talvez da

própria fragilidade nos sistemas de planejamento, controle e gestão da Administração Pública no país, embora os enormes esforços no sentido da qualificação, transparência dos sistemas e rotinas de controles interno e externo. Assim, uma licitação sem planejamento adequado, com a contratação pouco controlada e mal gerida, inevitavelmente terá como “bode expiatório” o contratado; pior ainda se esse contratado for uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte. É sábio o adágio que diz: “quem não sabe o que quer comprar, compra o que não quer”. Em outras palavras, o problema está na origem, na maioria das vezes. Entretanto, cremos que, com o esforço da Administração Pública e da sociedade, tais barreiras burocráticas serão superadas. Nesse tópico, ressalta-se a necessidade de priorizar-se a verdadeira “virtualização e a integração” dos processos de compras da Administração Pública, pois será desta forma que se atingirá um grau de efficientização das aquisições, quesito esse em que são afastadas as ME e EPP, qual seja, no rol de documentos e informações, a sua maioria nas mãos do próprio Estado (União, Estados e Municípios), que, na imensidão do território nacional, ainda exige uma peregrinação sem fim dos licitantes em órgão públicos, embora os enormes avanços do pregão eletrônico e da cotação eletrônica.

3. A regulamentação em alguns estados e no rio grande do sul

O art. 77 do Estatuto Geral (BRASIL, Lei Complementar nº 123, 2006), no seu parágrafo 1º, determinou o prazo de um ano para que fossem editadas leis e demais atos necessários para a implementação plena do tratamento diferenciado e simplificado às pequenas empresas, nos seguintes termos:

Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.

§ 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, **em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempre-**

sas e às empresas de pequeno porte.

§ 2o A administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais acordarão, no prazo previsto no § 1o deste artigo, as providências necessárias à adaptação dos respectivos atos normativos ao disposto nesta Lei Complementar. (grifei)

No âmbito federal, a Lei Geral foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, especificamente quanto aos dispositivos que dizem respeito à participação das ME e das EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras (BRASIL, 2007).

Para ilustrar o presente estudo, entende-se importante frisar que algumas unidades federativas, atendendo aos ditames da lei geral, providenciaram a edição de legislação tratando da matéria, eis alguns exemplos (SEBRAE, 2010):

1. AMAZONAS – Lei nº Estadual nº 3.151 de 17 de julho de 2007 - Dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.
2. BAHIA - Lei Estadual nº 10.646 de 03 de julho de 2007 - Dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, altera a Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996, e dá outras providências.
3. ESPIRITO SANTO - Lei Estadual n.º 8.552/2007 de 28/06/2007 - Dispõe sobre a aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, de que trata a Lei Complementar Federal n.º 123, de 14.12.2006.
4. MINAS GERAIS – Decreto Estadual nº 44.630/2007 de 03 de outubro de 2007 - Dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
5. PARANÁ – Lei Estadual nº 15.562 de 04 de julho de 2007 - Dispõe que o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, referente à apuração e recolhimento do ICMS, inclusive obrigações acessórias, mediante regime único de ar-

- recadação, obedecerá ao disposto na Lei Complementar nº 123/2006.
6. SÃO PAULO – Lei nº Estadual nº 13.122 de 07 de julho de 2008 - Dispõe sobre o tratamento simplificado e diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas contratações realizadas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta, e dá providências correlatas.

No âmbito do Rio Grande do Sul, consoante a mesma fonte, verifica-se que 69,35% (sessenta e nove vírgula trinta e cinco por cento) dos municípios lograram regulamentar a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, notícia que, embora não de todo ruim quando comparada ao índice de outros estados da federação, Sergipe e Piauí, que estão, respectivamente, com 33,33% e 35,71%, dá a dimensão do esforço a ser empreendido. (SEBRAE, 2010)

Pela pertinência ao tema em exame, trazemos à baila voto do eminente Conselheiro Hélio Saul Mileski do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande, em resposta a uma consulta da Associação Gaúcha Municipalista requerendo “esclarecimentos referentes à elaboração de projeto de lei municipal com intuito de possibilitar aos municípios do Estado pleno atendimento a Lei Complementar nº 123”. Em seu voto condutor, o eminente Conselheiro, propugnou pela recomendação para que os municípios legislassem disciplinando a matéria, tendo em conta o excepcional interesse público local que a envolve. Veja-se excerto do seu voto:

Portanto, como se vê, trata-se de tema envolvendo conflito de normas contido na própria Lei Complementar que, tendo em conta ainda fatores de constitucionalidade, resulta em controvérsia jurídica sem indicativo de uma clara definição doutrinária e jurisprudencial do assunto. Assim, como medida de cautela, entendo como mais apropriado de que, ao invés de assumir uma posição definitiva pela obrigatoriedade legislativa da matéria, em decorrência dos princípios constitucionais que determinam a adoção de regras de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, este Tribunal efetue uma recomendação para a adoção legislativa indicada, até porque se trata de maté-

ria de interesse econômico e social local, cujo benefício somente poderá ser aplicado em caso de haver lei local disciplinando o assunto.

Sendo editada lei local que assegure o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte, conforme bem explicita a Informação da Consultoria Técnica, este Tribunal reconhece a possibilidade e a regularidade constitucional do procedimento, por isto, cumpridas as determinações legais para a realização do procedimento licitatório, o fato por si só não enseja a impugnação por quebra do princípio da igualdade. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Contas do Estado, 2010).

Infelizmente, quase cinco anos após o transcurso daquele prazo é que o Estado do Rio Grande do Sul promulgou a Lei Estadual nº 13.706, de 06 de abril 2011, sobre a qual nos deteremos mais amiúde nas linhas que seguem².

A recente lei do Estado do Rio Grande do Sul decorre do Projeto de Lei nº 35/2011, de iniciativa do Poder Executivo, que salienta o objetivo de “reduzir a desigualdade” entre as microempresas e as empresas de pequeno porte em relação às demais empresas, ou, ainda:

(...) busca nada mais que uma igualdade entre os pequenos negócios e as grandes corporações, uma vez que estas têm facilidades extremas de acesso ao crédito, acesso a informações, produção e comercialização em larga escala, o que, conseqüentemente, leva a uma compra de insumos e matéria-prima também em larga escala, com uma forte redução de custos e preços, dentre outros fatores que agravam a disparidade de competitividade entre a pequena e a grande empresa. (RIO GRANDE DO SUL, Projeto de Lei nº 35, 2011)

Justificou-se, destarte, a iniciativa, em decorrência da experiência fe-

² No Rio Grande do Sul, houve a edição do Decreto Estadual nº 45.122, de 29 de junho de 2007. Tal diploma instituiu o Programa Especial de Regularização Fiscal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Estado do Rio Grande do Sul, para ingresso no Simples Nacional.

deral ao regulamentar a Lei Complementar nº 123/2006, onde “os recursos das compras governamentais passaram de 2 bilhões de reais para mais de 7 bilhões de reais (2010)”, tendo sido repassados para as pequenas empresas. (RIO GRANDE DO SUL, Projeto de Lei nº 35, 2011)

4 Os objetivos da lei gaúcha das micro e pequenas empresas

O novel diploma gaúcho traz na cabeça do art. 2º o seu principal escopo, qual seja, a “ampliação da participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações”. Anota-se que, embora a alocação final do art. 2º, no sentido de que os órgãos abrangidos pela Lei “deverão, sempre que possível”, o que daria uma conotação de faculdade ao administrador, a melhor interpretação aos preceitos constitucionais e da Lei Geral caminha no sentido da obrigatoriedade, a qual somente não será possível por razões amplamente justificadas nos autos. Pensar o contrário significaria afastar a efetividade da Lei. Assim, no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, na forma da lei em comento, os órgãos deverão:

- I - estabelecer e divulgar um planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas, com a estimativa de quantitativo e de data das contratações;
- II - ajustar o atual módulo de cadastro de fornecedores do Estado para identificar as pequenas empresas sediadas regionalmente, com as respectivas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;
- III - padronizar e divulgar as especificações dos bens, serviços e obras contratados, de modo a orientar as microempresas e as empresas de pequeno porte para que ajustem os seus processos produtivos;
- IV - não utilizar, na definição do objeto da contratação, especificações que restrinjam injustificadamente a participação das microempresas e das empresas de pequeno porte sediadas regionalmente; e
- V - descentralizar a contratação de bens e serviços, sempre que for mais adequado para ampliar a participação

de licitantes e para fomentar o desenvolvimento local e regional.

Nesse ponto, resta necessário que abordemos questão de extrema importância para os objetivos da nova Lei, qual seja o planejamento anual das contratações públicas. É perceptível que os procedimentos para aquisição de insumos e matéria-prima, bem como contratação de serviços, serão melhor gerenciados se planejados com antecedência. Essa é a diretriz legal, que, aliás, não é nova. Diógenes Gasparini, analisando o ponto, assevera:

Assim, ao elaborar a peça orçamentária para o exercício seguinte, a Administração Pública deve, com a melhor precisão possível, planejar as obras, serviços e compras que poderão ser contratadas por meio de licitações diferenciadas. Esse planejamento, sempre o melhor possível, certamente pode ser revisto em função da própria execução orçamentária e, eventualmente, justificada sua ausência. O que não pode haver é a falta absoluta e sem qualquer justificativa do planejamento anual dessas contratações. (GASPARINI, 2009, p. 8-38)

A lei de nosso estado, em sua quase totalidade, resguardados pequenos aspectos, reproduz o Decreto Federal nº 6.204, de 5 de setembro de 2007 (BRASIL), embora a supressão dos objetivos a serem atingidos por ela, os quais, no Decreto, já no seu art. 1º, são enumerados: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e incentivo à inovação tecnológica. Tais finalidades são decorrentes do objetivo já mencionado, constante no art. 2º - a ampliação da participação das ME e das EPP nas licitações públicas. Nessa linha de análise, é importante que se refira à omissão de outras formas de contratação, as quais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, podem também ser realizadas por meio eletrônico. Citemos o caso das contratações emergenciais, que, na forma da Lei Federal nº 8.666³ (BRASIL, 1993), reque-

³ Para maior clareza, segue-se excerto do art. 24. É dispensável a licitação: (...) IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que

rem estimativa e cotação, mesmo que sem o rito da licitação, mas devem ter os preços justificados e balizados dentro dos parâmetros de mercado.

5. O prazo para suprir deficiências na regularização fiscal

A Lei estadual insere importante diferença em relação ao instrumento federal, no tocante à regularidade fiscal. Assim, vejamos, comparativamente, o dispositivo federal e o da nossa legislação gaúcha. O Decreto Federal (BRASIL, Decreto nº 6.204, 2007) refere em seu artigo 4º que “a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.” Por sua vez, a Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), também no art. 4º, dispõe que “a comprovação da regularidade fiscal das microempresas, empresas de pequeno porte ou equiparadas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, e não para fins de habilitação no certame”. Parece-nos que, nesse ponto, o legislador dos pampas obrou em qualificar o texto legal; veja-se a disciplina inserida nos parágrafos do mesmo artigo que passamos a examinar. A Lei Geral já traz o seguinte regramento:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de peque-

possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

no porte somente **será exigida para efeito de assinatura do contrato.**

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, **será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame**, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação. (BRASIL, Lei Complementar nº 123, 2006, grifei)

Por seu turno, o dispositivo da Lei nº 13.706, recentemente promulgada no solo gaúcho, ora examinada, ao disciplinar a mesma matéria, traz disciplina distinta, que, com efeito, guarda maior harmonia com a Lei Geral, vez que, claramente, a distinção almejada é permitir o prosseguimento da ME, da EPP ou da “equiparada”, além da fase de habilitação, mesmo que com restrição fiscal. Vejamos o excerto do texto legal:

Art. 4º Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas, empresas de pequeno porte ou equiparadas **somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, e não para fins de habilitação no certame.**

§ 1º As microempresas, empresas de pequeno porte ou

equiparadas deverão **apresentar toda a documentação exigida** para efeito de comprovação de regularidade fiscal, **mesmo que esta apresente alguma restrição**.

§ 2º Havendo alguma restrição na documentação comprobatória da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, contado do momento em que o proponente for declarado vencedor e prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (RIO GRANDE DO SUL, Lei nº 13.706, 2011, grifei)

Pelo texto acima, verifica-se que se impõe ao licitante, abrangido pelo tratamento privilegiado, a obrigatoriedade de apresentação da documentação relativa à sua situação fiscal, mesmo que apresente restrições, para as quais é fixado o prazo de 02 (dois) dias úteis para a sua regularização, contados do momento em que a microempresa ou a pequena empresa, ou ainda, a sua “equiparada” for declarada vencedora, em caráter provisório. Assim, uma microempresa que tenha tido a sua proposta aceita em um pregão eletrônico ou presencial, mas que esteja com a CND – Certidão Negativa de Débito – junto ao INSS vencida ou com eventuais débitos, deverá, na fase de habilitação que se segue, apresentar tal certidão, assegurando-se lhe o prazo legal de 02 (dois) dias úteis para a regularização, quer pelo pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. É certo que, ambos os diplomas legais – o Decreto Federal nº 6.204/2007 (BRASIL) e a Lei Estadual 13.706/2011 (RIO GRANDE DO SUL) – estabeleceram a possibilidade de prorrogação desse prazo, a critério da Administração. Nesse caminhar, a nosso juízo, o decreto federal disciplinou a matéria com maior eficiência e harmonia com o dia a dia dos inúmeros órgãos públicos, evitando inúmeras discussões e trâmites desnecessários na rotina diária da Administração ao prever no parágrafo 3º do art. 4º que a “a prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá ser **sempre concedida pela administração quando requerida pelo licitante**, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente

para o empenho, devidamente justificados.” No estado, por sua vez, a nova Lei apenas fixou a possibilidade da Administração em prorrogar o mesmo prazo. Inobstante isso, a regulamentação que se seguiu (art. 12) reproduziu a mesma regra existente no plano federal⁴.

Aspecto de não menor relevância, acerca dos mesmos artigos, é o que diz respeito à definição do momento em que se considera o termo inicial para a contagem dos dois dias para a regularização da situação fiscal, qual seja, o momento em que o licitante for “declarado vencedor”. Novamente, julgamos que o decreto federal logrou êxito, comprovado pela praxe diária já amplamente utilizada. Atento aos reclames dos operadores efetivos das licitações, em especial, o amplamente utilizado pregão eletrônico, aliás, de uso obrigatório no Rio Grande do Sul. Assim, o decreto federal tem a seguinte disciplina no seu art. 4º; veja-se a sua transcrição para melhor exame:

Art. 4º A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.

§ 1º Na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A declaração do vencedor de que trata o § 1º acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no caso das demais modalidades de licitação,

⁴ O Poder Executivo Estadual bem recentemente editou o Decreto nº 48.160 (RIO GRANDE DO SUL, 2011) com a finalidade de regulamentar a Lei em comento. Confira-se o § 4º do art. 9 do mencionado decreto.

no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

§ 3º A prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados.

§ 4º A não-regularização da documentação no prazo previsto no § 1º implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação. (grifei)

É inegável que tal disciplina tem evitado enormes discussões e celeumas jurídicas, sem afastar a questão prática a ser enfrentada, qual seja, a finalização do procedimento licitatório. Com efeito, valemo-nos do magistério do Prof. Marçal Justen Filho, que, no tocante ao aspecto do “momento adequado ao suprimento do defeito” da regularidade fiscal, assevera:

A LC 123 determina que será concedido prazo de dois dias úteis para o licitante promover a regularização dos defeitos, computando-se o prazo a partir do momento em que for ele “declarado vencedor do certame”. (sic) A redação legal é imprecisa e gera dificuldades hermenêuticas tanto em relação às modalidades tradicionais de licitação quanto como no âmbito do próprio pregão. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 43 - sic)

Por seu turno, Diógenes Gasparini (2009, p. 37), ao comentar o mesmo ponto, brinda-nos com o seguinte magistério: “até o advento do Decreto Federal nº 6.204/2007 (BRASIL) pairava dúvida quanto ao momento em que se dava, nas diversas modalidades licitatórias, a declaração de vencedor. Essa dúvida desapareceu ante a regra consignada no §2º do art. 4º desse decreto, pois aí restou estabelecido que a declaração do vencedor acontecerá no momento imediatamente posterior ao julgamento.” Adiante, o mes-

mo autor, enfrentando o tema da prorrogação automática do prazo, embora apontando a supremacia da lei sobre o regulamento, assevera:

Entretanto, nada impede que o edital nos casos de licitações da Administração Federal e a legislação estadual, distrital ou municipal estabeleçam, desde logo, o prazo de cinco dias úteis improrrogáveis para a regularização da documentação fiscal, de modo que isso ocorra no último dia desse prazo ou fixe um prazo maior (...) (GASPARINI, 2009, p. 37)

6. Quem são as “equiparadas” às micro e às pequenas empresas?

Sob outro prisma, salienta-se a inserção das empresas “equiparadas” às ME ou às EPP. Que empresas seriam essas? Para averiguarmos essa questão, temos que nos debruçar sobre as modificações lançadas na Lei Geral. Como se sabe, o Estatuto das Micro e das Pequenas Empresas, em artigo 3º, definiu os critérios segundo a receita bruta anual auferida; assim, as microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP) são a sociedade empresária, a sociedade simples ou o empresário, todos na forma fixada no art. 966 do Código Civil (BRASIL, Lei nº 10.406, 2002), desde que estejam devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou Registro Civil de Pessoa Jurídica, sendo, no caso da ME, a receita bruta anual auferida menor ou igual a 240 mil reais e, tratando-se de EPP, a receita bruta auferida maior do que 240 mil reais e menor do que 2 milhões e 400 mil reais, renda essa auferida em cada ano-calendário. Ocorre que o legislador, em 2007, promulgou a Lei Federal nº 11.488, nos seguintes termos:

Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3o da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar. (BRASIL, Lei nº 11.488, 2007, grifei)

Assim, as “empresas equiparadas” mencionadas na Lei são as coope-

rativas que tenham auferido no ano-calendário anterior receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais). Diógenes Gasparini nos traz uma definição ancorada na leitura conjugada dos art. 34 da Lei Federal nº 11.488/2007 e no art. 4º da Lei Federal nº 5.764 (BRASIL, 1971), vejamos:

Cooperativa, então, é a sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeita à falência, constituída para prestar serviços aos associados que tenha auferido no ano-calendário anterior receita bruta de até R\$ 2.400.000,00, aí incluídas as receitas decorrentes de atos cooperados e não cooperados. Não há cooperativa equiparada a microempresa mesmo que sua receita bruta no ano-calendário seja de até R\$ 240.000,00. Portanto, qualquer que seja sua receita bruta, desde que não ultrapasse o teto indicado, poderá participar, como empresa de pequeno porte, de licitações tradicionais ou de pregões valendo-se do regime diferenciado e favorecido instituído pela Lei Complementar federal nº 123/06 e seu regulamento. (GASPARINI, 2009, p. 87)

Destarte, merece reparo a falta de sistematização e de técnica do legislador ao não adequar a nova Lei, por inteiro, a tais preceitos, “esquecendo” a equiparação efetivada em relação às cooperativas em vários pontos. Temos, com efeito, campo para intenso debate jurisprudencial.⁵

7. Quais os tipos de benefícios previstos na lei?

Seguindo a análise das disposições da novel legislação, é possível, meramente para fins de exposição, delinear os que o tratamento diferenciado e favorecido previsto pelo legislador, a partir da Carta Magna, disci-

⁵ Nesse sentido, basta ler os artigos 1º e 2º da Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), onde são omitidas as cooperativas, equiparadas às ME e às EPP pela Lei nº 11.488 (BRASIL, 2007). As “equiparadas” somente são referidas na nova Lei gaúcha no seu artigo 4º, na cabeça e no parágrafo 1º, quando trata da regularidade fiscal.

plinado pela Lei Geral (BRASIL, 2006) e regulado na Lei nº 13.706/2011 (RIO GRANDE DO SUL), abrange, além da postergação do prazo para regularização de pendências fiscais, permitindo, portanto, sua participação em certames licitatórios, mesmo com restrições, as seguintes situações:

1. preferência de contratação na situação de empate ficto, consoante regra prevista nos §§ 1º a 6º do art. 5º;
2. a licitação exclusiva para microempresa e as empresas de pequeno porte para as contratações até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), na forma do disposto no art. 7º;
3. licitações que contenham a exigência de subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte de até 30% (trinta por cento) do valor total licitado, na forma disciplinada no art. 8º;
4. Por fim, a dispensa de apresentação de balanço patrimonial do último exercício social, para fins de habilitação em licitações para fornecimento de bens para pronta entrega ou para locação de materiais, por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte;

8. O empate ficto

A preferência na contratação de ME ou EPP quando ocorrer o empate ficto, prevista no art. 5º da Lei Estadual nº 13.706/2011 (RIO GRANDE DO SUL), reproduz quase literalmente o regramento constante no Decreto Federal nº 6.204/2007 (BRASIL), em perfeita sintonia com os preceitos da Lei Geral das ME e das EPP. Esclareça-se que tal preferência somente se aplica, de acordo com a regra inserta no *caput* do art. 5º da novel lei, nas licitações do tipo menor preço, excluindo, por conseguinte, os demais tipos: melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta, previstos no art. 45, § 1º, incisos II, III, IV, da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) e suas alterações posteriores. O empate, dito ficto pela doutrina especializada, “caracteriza-se quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno

porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada”. O percentual mencionado (art. 5º, § 1º) se refere às demais modalidades que não sejam o pregão, presencial ou eletrônico, para o qual o intervalo percentual estabelecido será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço, na forma do previsto no § 2º do mesmo artigo, todos da Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011). De igual sorte, por decorrência lógica, somente ocorrerá o desempate, caso a melhor classificada não seja ME, EPP ou a elas equipada, nos exatos termos do art. 5º, § 1º, em sua parte final.

Nessa esteira, importa referir que a operacionalização do regramento legal, em especial no caso do pregão eletrônico, ora de uso obrigatório pelos órgãos da Administração Pública do Estado do Rio Grande do Sul, já se encontra consolidada. A lei gaúcha, à semelhança do Decreto Federal, no § 5º do art. 5º (RIO GRANDE DO SUL, Lei nº 13.706, 2011), fixa o prazo máximo, no caso do pregão, de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.⁶ A nosso ver, a lei reproduziu o mesmo deslize (intencional ou não) do normativo federal ao fixar tal prazo como sendo “máximo”, dando a conotação de que poderá o operador reduzi-lo, conforme a sua conveniência. Em verdade, tal possibilidade, na prática, não ocorre, pois os sistemas eletrônicos de compras utilizados pelos órgãos públicos, em regra, são configurados com o prazo de 5 (cinco) minutos. O prazo para formulação de nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora transcorrerá após o encerramento da fase de lances no caso do pregão. Para demais modalidades, convite, tomada de preços e concorrência, tanto a lei e os normativos mencionados não fixaram prazo para a apresentação de nova proposta de preços inferior àquela considerada vencedora. Assim, tal definição deverá ser determinada no ato convocatório. Aliás, essa é a orientação da doutrina especializada, vejamos a lição de Jessé Torres e Marinês Dotti:

O dispositivo criou espécie de empate ficto, ou seja, reputam-se empatadas as propostas apresentadas pelas

⁶ No plano federal, o Decreto nº 6.204 (BRASIL, 2007), no seu art. 5º, § 6º, traz a seguinte regra: “no caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta **no prazo máximo de cinco minutos** por item em situação de empate, sob pena de preclusão.” (grifei)

entidades de pequeno porte cujo preço seja até 10% superior ao menor preço ofertado por empresa de maior porte, nas licitações convencionais da Lei nº 8.666/93, ou até 5% superior, na modalidade licitatória do pregão (presencial ou eletrônico). Para esta última modalidade, o decreto estipulou o prazo de cinco minutos para o exercício do direito de desempate, não prevendo, todavia, o prazo para redução da oferta quando se tratar das modalidades convencionais da Lei Geral das Licitações (concorrência, tomada de preços e convite), cuja solução deverá ser regulamentada pelo instrumento convocatório, segundo critério da Administração. (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2009, p. 94)

Oportuno, portanto, a nosso ver, que o instrumento regulamentador disciplinasse a matéria para as modalidades convencionais, fixando um prazo de formulação de nova proposta de preço inferior àquela considerada vencedora⁷. Finalizando-se o presente ponto, cumpre reproduzir o alerta da administrativista Marinês Dotti, em obra conjunta com o Dr. Jessé Torres, acerca do dever de o pregoeiro “negociar o menor preço ofertado”, o que remeteria a uma última negociação após os prazos referidos. Corrobora tal entendimento regra expedida pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, referida pela autora: “sempre após o procedimento de desempate de propostas e classificação final dos fornecedores participantes.” (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2009, p. p.95).

Derradeiramente, releva lembrar a regra de chamamento das demais classificadas caso não se firme a “contratação”, com a redação dada no art. 5º, § 3º, inciso; confira-se seu inteiro teor: “II – na hipótese da **não contratação** da microempresa ou a empresa de pequeno porte, com base no inciso I, serão **convocadas as remanescentes** que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória (...)” (RIO GRANDE DO SUL, Lei nº 13.706, 2011, grifei). Ocorre, com efeito, uma impropriedade, vez que

⁷ No âmbito do Poder Executivo Estadual, o Decreto nº 48.160 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), recentíssimo, remete, em seu art. 10, tal tarefa para a CECOM – Central de Compras do Estado, a ser efetuada por meio de Instrução Normativa, à exceção do pregão, por evidente, eis que esse já tem tal prazo regulado no § 5º do art. 5º da Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), conforme já visto.

se trata de regra, como visto, que será desencadeada após o encerramento da fase de lances, no caso do pregão (§ 4º do art. 5º), e tal empate (ou equivalência, como refere a Lei Estadual em comento – art. 5º, §3º I, II e III), na mesma linha, mesmo nas modalidades ditas convencionais elencadas na Lei Federal nº 8.666 (BRASIL, 1993), verificar-se-á na fase de apresentação das propostas, ou seja, não há propriamente a “contratação”, nessa fase, mas, sim, uma não formulação de nova proposta. No caso de um pregão eletrônico, de novo lance pelo sistema eletrônico, ou na hipótese de um pregão presencial, caso não tenham inicialmente sido apresentados lances verbais, mas apenas envelopes com propostas, de nova proposta.

9. A licitação diferenciada e exclusiva

A Lei gaúcha disciplina a chamada licitação para participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, nos exatos termos da previsão do art. 7º, vejamos:

Art. 7º Os órgãos e as entidades contratantes realizarão processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e de empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. Não se aplicará o disposto no “caput” deste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 10 desta Lei, mediante prévia justificção.

Assim, observados os limites fixados na lei (art. 10), os quais deverão ser previamente justificados e lançados nos autos, os órgãos da Administração “realizarão”, obrigatoriamente, a licitação exclusiva. Aliás, tal regra está em harmonia com o disposto no art. 49 da Lei Geral das Microempresas.⁸ Em

⁸ Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências

suma, a regra é realizar as licitações exclusivas para as ME, EPP e “equiparadas”, que não será aplicada quando incidentes as situações enumeradas nos incisos do mencionado artigo, a saber:

Art. 10. Não se aplica o disposto nos arts. 7.º ao 9.º desta Lei quando:

I - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Federal n.º 8.666/1993; e

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 7.º ao 9.º desta Lei ultrapassar 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação

quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

(RIO GRANDE DO SUL, Lei nº 13.706, 2011, grifei)

A regra inserta no inciso IV, acima mencionada, guarda conotação com a exigência prevista no art. 2º, inciso I, da mesma Lei, que diz respeito à necessidade de um planejamento anual das licitações e contratações públicas e, por decorrência, da própria execução orçamentária e da gestão das contratações. Exige-se do Administrador o que há muito as cortes de contas

estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

do país recomendam e a sociedade requer, parcimônia com o gasto público. Somente com tal acompanhamento é que o Administrador poderá observar o limite fixado, que, registre-se, deverá considerar todas as hipóteses de favorecimento às ME e às EPP, constantes nos artigos 7º ao 9º da Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011): 1) a licitação exclusiva (art. 7º); 2) a subcontratação obrigatória até o limite de 30%, para cada procedimento (art. 8º); e 3) a reserva de cota de até o limite de 25% do objeto (art. 9º).

Na mesma linha, o limite constante no inciso I do art. 10, acima enumerado, quanto à exigência de no mínimo três microempresas ou empresas de pequeno porte competitivas no local ou região que se encontrem em condições de cumprir as exigências do instrumento convocatório, merece algumas considerações. Vamos a elas. Tal premissa encontra relação com o inciso II do art. 2º da Lei nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011)⁹, pois será a partir da base de cadastro dos fornecedores, já devidamente enquadrados, ou não, na condição microempresa ou empresa de pequeno porte. Por óbvio, a aferição da exigência de que tais fornecedores estejam em condições de cumprir as exigências do ato convocatório será relativa, uma vez que, previamente, sem a verificação, por exemplo, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira, quesitos que são atrelados à licitante e sempre variáveis, somente são verificáveis a partir do exame da documentação técnica e econômica da empresa. Entretanto, no caso da qualificação econômico-financeira, há a variação a partir dos contratos em execução por parte da licitante. Percebe-se aqui a necessidade de que o cadastro seja um instrumento eficiente e que esteja permanentemente atualizado, o que, em épocas de amplo uso da internet, convenhamos, não é difícil. Assim, há que se viabilizar mecanismos para que o próprio fornecedor possa atualizar, pela internet, seus dados básicos, bem como sejam fomentadas integrações com

⁹ Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e das empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou entidades contratantes deverão, sempre que possível:
(...)

II - ajustar o atual módulo de cadastro de fornecedores do Estado para identificar as pequenas empresas sediadas regionalmente, com as respectivas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;

bases de dados de outros entes, por exemplo, INSS¹⁰, FGTS¹¹ e Receita Federal do Brasil, para não falar de bases de dados dos órgãos do próprio estado, como o CFIL¹², de forma a facilitar tal tarefa.

Por fim, acerca desse ponto, o administrativista Marçal Justen Filho, analisando a Lei Geral das ME e EPP, assevera:

A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 85)

Adiante, o inciso II do art. 10 prescreve que o tratamento diferenciado e simplificado não será aplicado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte se “não for vantajoso para a administração”, tendo o parágrafo único do mesmo artigo definido que “considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência”. Há aqui que se distinguir a fase da licitação da fase contratação, pois os limites impostos no artigo 10 se referem aos artigos 7º a 9º, como já visto, e tratam da fase de licitação favorecida e simplificada. O termo “contratação”, expressamente, consignado no parágrafo único, já mencionado, que reproduziu regra similar existente no Decreto Federal nº 6.204¹³ (BRA-

¹⁰ INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

¹¹ FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – gerido pela Caixa Econômica Federal

¹² CFIL – Cadastro de Fornecedores Impedidos de Licitar e Contratar com a Administração Pública do RGS.

¹³ Nesse sentido, vale reproduzir o artigo mencionado:

Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º,

SIL, 2007), corrobora tal distinção. Não é outra a lição do Prof. Diógenes Gasparini ao analisar o ponto, veja-se:

A primeira causa – não ser vantajosa – está mal colocada, já que não impede a licitação, até porque ao planejar a licitação diferenciada não se tem qualquer proposta, há apenas uma estimativa de custo. Impede, sim, a celebração do contrato, mas para tanto a licitação deve ter acontecido, pois assim saber-se-á se é ou não vantajosa. Aliás, outra não é a inteligência que se retira do parágrafo único do art. 9º do Decreto federal nº 6.204/07, que define contratação não vantajosa. Com efeito, restou mencionado que para os fins do inciso em comento¹⁴ considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência. Mas esse cuidado não era necessário, pois toda proposta vencedora deve ser analisada pela comissão de licitação ou pregoeiro no que respeita a sua aceitabilidade¹⁵. Destarte, a licitação diferenciada pode ser, sim, promovida, mas a pregoante vencedora se sua proposta não for vantajosa tal como definido não poderá ser contratada.¹⁶ (GASPARINI, 2009, p. 8-38, sic – grifei)

Prosseguindo a análise do artigo 10, especificamente do seu inciso II em sua parte final, há ainda a limitação às licitações diferenciadas quando “representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”. Trata-se de regra que explicita princípio basilar da Administração Pública

justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a **contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência**. (grifei)

¹⁴ Em nota de rodapé à pág. 23 o autor alerta que no art. 43 do Estatuto o inciso é o III, enquanto no art. 9º do Regulamento o inciso é o II. Ao que agregamos que na Lei nº 13.706/2011, o inciso é o II do art. 10.

¹⁵ Em nota de rodapé à página 24, o Prof. Diógenes, enumera os dispositivos legais que tratam da questão da aceitabilidade da proposta, tanto na Lei Geral das Licitações, como na Lei do Pregão: Cfe. Art. 40, X, da Lei federal nº 8.666/93 e art. 4º, XI, da Lei federal nº 10.520/02.

¹⁶ O Prof. Diógenes esclarece, em nota de rodapé à pág. 11, que pregoante é o nome atribuído pelo Prof. Carlos Pinto Coelho da Motta ao participante do pregão. In: GASPARINI, Diógenes. *Pregão Presencial e microempresa*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Ano 8, n. 86, p. 8-38. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

inserto na cabeça do art. 37 da Constituição Federal da República (BRASIL, 1988):

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (grifei).

Merece, na lição do eminente Marçal Justen Filho (2007, p. 86), “interpretação similar àquela reservada ao art. 23, parágrafo 1º, da Lei nº 8.666”¹⁷. É evidente que não se justificará a realização dos procedimentos diferenciados quando representarem prejuízos à Administração Pública ou, nas palavras do conceituado administrativista:

Não se procederá à aplicação da licitação diferenciada quando for apta a gerar ampliação de custos, comprometendo desmedidamente o princípio da eficiência. Não se poderá justificar a ocorrência da licitação restrita mediante o argumento de que uma certa pequena empresa será muito beneficiada, na exata medida em que o benefício embolsado pela citada empresa corresponderá exatamente ao prejuízo arcado pelos cofres públicos. Ainda que se possa admitir que a licitação diferenciada conduza a um resultado que não seja necessariamente o mais vantajoso imaginável, essa solução apenas será válida quando for possível evidenciar que a restrição ao universo de licitantes gera efeitos positivos para o conjunto dos interesses protegidos pelo Direito Público. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 86)

Por sua vez, o inciso III do artigo 10 traz regra óbvia, vez que, enquadrando-se a despesa nas previsões do Estatuto das Licitações (BRASIL, Lei

¹⁷ O parágrafo mencionado dispõe: “as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

nº 8.666, 1993) no art. 24 (dispensa de licitação) ou no art. 25 (inexigibilidade de licitação), em especial, na última hipótese, por certo, não se estaria atendendo, preliminarmente, à situação prevista no inciso I do mesmo artigo. Quanto às licitações dispensáveis, previstas nas 31 hipóteses criadas pelo legislador no mencionado artigo 18, embora presente a competitividade quando submetidas ao critério discricionário do administrador quanto à realização ou não de licitação (em tese sempre possíveis), entende-se que a regra do inciso III do artigo 10 da novel lei gaúcha é bem-vinda, pois afasta eventual interpretação que pudesse causar distorções ao espírito da Lei Geral. De outro lado, uma vez definida a realização do certame licitatório e respeitados os demais critérios da Lei, impõe-se a realização da licitação diferenciada.

No âmbito do Governo Federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG, segundo nos informa a especialista Marinês Restelatto Dotti, expediu as seguintes regras acerca da aplicação dos artigos 6º a 8º do Decreto Federal nº 6.204/2007 (BRASIL), vejamos:

Retificação das orientações quanto à aplicabilidade do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas e cooperativas previsto no Decreto nº 6.204, de 05/09/2007.

1) SIASG: Benefícios previstos no Decreto 6.204/07
O Decreto nº 6.204/07 concedeu tratamento diferenciado (benefício) para ampliar a participação de micro e pequenas empresas nas licitações públicas, constituídos por três tipos:

Benefício Tipo I – Contratações destinadas exclusivamente para ME/EPP e Cooperativas (valor estimado em até R\$ 80.000,00)

Benefício Tipo II – Subcontratação de ME/EPP/Cooperativas;

Benefício Tipo III – Reserva de cota exclusiva para ME/EPP e Cooperativas.

¹⁸ A lei federal nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, promoveu a inserção de mais duas novas hipóteses de dispensa de licitação (BRASIL, 2010). O legislador pátrio tem sido criativo na ampliação dos incisos do art. 24 do Estatuto licitatório.

(...)

O Benefício Tipo I, consideradas as ressalvas contidas no art. 9º do supracitado Decreto, que trata das contratações destinadas exclusivamente ME/EPP e Cooperativas, poderá ser adotado por item ou por edital de licitação.

Quando a opção em aplicar o benefício for por item, o valor total estimado do item não poderá ultrapassar R\$ 80.000,00. Recomenda-se que, na composição dos itens do edital, deverão ser considerados materiais da mesma “família”, bem como de serviços correlatos, de acordo com os respectivos catálogos.

Quando a opção em aplicar o benefício for por edital, o somatório do valor estimado dos itens não poderá ultrapassar a R\$ 80.000,00. Caso esse somatório ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00, essa licitação não poderá adotar o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas. Não obstante, se esse somatório (ou valor global) for igual ou menor que R\$ 80.000,00, para essa licitação poderá ser adotado o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas, ressalvado o disposto no artigo 9º do supracitado Decreto.

Para os dois casos (benefício por item ou por edital), o edital deverá prever a aplicação da exclusividade ou para todo o edital ou para determinado(s) item (ns), e somente participarão as ME/EPP/Cooperativas que declararam, no ato de inclusão da proposta, fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na legislação.

(...)

Com relação à formação de lotes (ou “julgamento pelo menor preço global”), prevalece também o somatório estimado de R\$ 80.000,00 para cada edital ou processo de licitação como parâmetro de aplicação ou não do tratamento diferenciado e simplificado.

(...)

COMPRASNET: Tratamento diferenciado – Contratações exclusivas para ME/EPP e Cooperativas, valor estimado em até R\$ 80.000,00.

(...) inclui também as Cooperativas (Lei nº 11.488 de 15/06/2007) no tratamento diferenciado das ME/EPPs, as quais (cooperativas) passam também a declarar o atendimento aos requisitos do art. 3º, da Lei nº 123/200619,

¹⁹ Vale trazer à colação o artigo mencionado:

para que possam usufruir dos mesmos benefícios destinados às ME/EPPs. Não obstante, o benefício atribuído no edital e no SIDEC será registrado no formulário de proposta (tela) do fornecedor, bem como nas telas do Sistema, em todas as fases do Pregão Eletrônico.

O tratamento diferenciado atribuído (tipo de benefício), além de permear todas as fases da sessão pública, será parte integrante dos procedimentos recursais, adjudicação e homologação.

Quando da aplicação do benefício da exclusividade, tanto para edital quanto para item (ns), o sistema não permitirá a participação de empresas de médio e grande porte, inibindo o envio de propostas. Os demais procedimentos permanecem inalterados.

Brasília, 24 de outubro de 2007 – Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET.

(PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2009, p. 98-99, grifei)

10. Licitação com exigência de subcontratação de me/epp

A subcontratação obrigatória de microempresa ou empresa de pequeno porte encontra o seu suporte legal na nova Lei Estadual nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), especificamente no artigo 8º, no rastro da disciplina emanada do art. 7º do Decreto Federal nº 6.204 (BRASIL, 2007) e do art. 48, inciso II, da Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006). Importa referir, preliminarmente, que o legislador, no caput do artigo 8º retromencionado, refere que “os órgãos e as entidades contratante poderão estabelecer,

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou de pequeno porte, sob pena de desclassificação”. Infere-se, por conseguinte, que se trata da faculdade de a Administração exigir, ou não, que a empresa de médio e grande porte, sagrando-se vencedora de um certame, obrigatoriamente, sob pena de desclassificação, subcontrate parcela do objeto, a qual se limitará ao percentual de até 30% desse objeto. Por evidente, não há de se cogitar a obrigatoriedade de subcontratar se a vencedora do certame for uma micro ou uma pequena empresa. Tal raciocínio encontra guarida no §1º, inciso I, do art. 8º, bem como nos outros dois incisos do mesmo parágrafo.

A administrativista Marinês Restelatto Dotti nos brinda com distinção da forma de subcontratação, fazendo um paralelo entre a previsão da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) e a do Decreto Federal nº 6.204 (BRASIL, 2007), vejamos:

A Lei nº 8.666/93 trata da subcontratação em seu art.72, segundo o qual o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Tanto na Lei nº 8.666/93, como no Decreto nº 6.204/07, a subcontratação depende de prévia estipulação no instrumento convocatório, por aplicação do princípio enunciado no art. 41 da lei Geral das Licitações. Veja-se, porém, que os regimes são distintos: na Lei nº 8.666/93, a iniciativa de subcontratar é do contratado, no curso da execução do contrato, nenhuma havendo ao objeto a ser subcontratado, desde que autorizado pela Administração; no Decreto nº 6.204/07, a iniciativa é da própria Administração, que a impõe aos licitantes no edital – antes, destarte, de haver contrato -, tanto que se a proposta de um concorrente recusar o dever de subcontratar microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, previsto no edital, a consequência será a desclassificação da proposta (art. 7º, caput), e somente será passível de subcontratação o que o §2º do art. 7º denomina de “serviços acessórios”. (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2007, p. 101, grifei)

A observação é pertinente, em especial, o destaque quanto a que parte do objeto poderá ser subcontratada, quais sejam, aquelas enquadráveis como “serviços acessórios”, de acordo com a fórmula prevista no art. 7º, §2º, em sua parte final, reproduzida na Lei Estadual nº 13.706 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), no parágrafo 2º do art. 8º:

§2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios. (RIO GRANDE DO SUL, 2011, grifei)

Marinês Dotti assevera que se trata de conceito jurídico indeterminado que será ajustado a cada caso concreto, cabendo a sua devida especificação no Termo de Referência ou no Projeto Básico. A título de exemplo, cita que, em se tratando de um serviço de limpeza de prédio, poderá ser acessória a “manutenção de um recanto interno arborizado, cuja execução caberia ser subcontratada a pequena empresa ou cooperativa especializada”. (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2007, p. 101)

A subcontratação, por certo, irá exigir da Administração, na praxe diária dos certames licitatórios, enorme esforço, acerca de vários pontos, os quais citamos brevemente: 1) requisitos para habilitação das subcontratadas (art. 8º, inciso III), em especial, quanto à documentação “trabalhista”, conforme mencionado na Lei, frente às disposições do art. 27 e seguintes da Lei Geral das Licitações²⁰; 2) definição das condições para a “substituição da subcontratada”; 3) definição da inviabilidade da substituição; 4) forma de viabilização do empenhamento e pagamento das parcelas subcontratadas “diretamente às microempresas e às empresas de pequeno porte”, entre outros aspectos. Aguardemos, portanto, a regulamentação.

²⁰ A Lei 12.440 (BRASIL, 2011), “saída do forno” (a lei foi publicada no D.O.U. de 08/07/2011), alterou o art. 27 da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), no seu inciso IV, introduzindo a seguinte redação: “ regularidade fiscal e **trabalhista**”. (grifei) Tal dispositivo entrará em vigor no prazo de 180 dias a contar da publicação da Lei.

11. A reserva de cota exclusiva para as me/epp

No tocante à reserva de cotas, prevista no art. 9º da Lei nº 13.706 (BRASIL, 2011), a ser realizada nas “licitações para aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível”, somente será aplicada se ficar demonstrado nos autos que não há prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, ocasião em que os órgãos contratantes “poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”. Acerca do ponto, novamente, valemo-nos da lição de Marinês Dotti:

Tanto o parcelamento como a reserva de cota, na forma estatuída pela Lei nº 8.666/93 e pelo Decreto nº 6.204/07, respectivamente, possibilitam a participação de entidades de pequeno porte que se enquadrem nas regras do art. 3º da Lei Complementar nº 123/06, podendo preencher os requisitos de disputa para o fornecimento em menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala. Em regra, quando existir parcela de natureza específica que possa ser executada por empresas com especialidades próprias e diversas, ou quando for viável técnica e economicamente, o parcelamento em itens é de rigor, uma vez que seja vantajoso para a Administração.

O art. 8º, § 1º, do decreto permite à Administração licitar um objeto sem a reserva de cota, adjudicando-o no todo às entidades de pequeno porte, desde que aos autos do processo justificativa que demonstre que o parcelamento é inviável sob aqueles aspectos. (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2007, p. 107)

Diógenes Gasparini, ao comentar a reserva de cotas propõe o seguinte procedimento, o qual, a ser ver, daria efetividade à previsão:

A fim de dar efetividade ao propósito da lei complementar, a saída é efetuar uma única licitação para o objeto que a Administração necessita, dividindo-a por itens, es-

tabelecendo quais deles, em cota de até 25% (vinte e cinco por cento), devam ser adquiridos de empresas de pequeno porte ou microempresas, estipulando-se para estes itens, requisitos de habilitação reduzidos e distintos das demais categorias empresariais.

A solução nada mais é que a aplicação da Súmula nº 247, do Tribunal de Contas da União... ²¹ (GASPARINI, 2009, p. 17)

12. Conclusão

Como visto, vislumbram-se algumas dificuldades aos gestores públicos e também às microempresas, às empresas de pequeno porte e as suas “equiparadas”, ou seja, as cooperativas. Mas, inobstante isso, a novel lei gaúcha merece ser aplaudida, embora chegando um tanto tardiamente em relação a algumas outras unidades da federação. É certo que a praxe diária das licitações promovidas pelos órgãos da Administração Pública, a construção jurisprudencial da nossa Corte de Contas e as regulações de ordem técnica a serem editadas, em especial quanto à integração entre sistemas e à adequação da base de cadastro de fornecedores, conforme, aliás, prevê a própria Lei ora comentada, irão contribuir ao adequado equacionamento de tão importante tema.

Devemos ver com otimismo o recente edito legislativo, até pelo efeito benévolo na geração de empregos, já demonstrado pela prática federal e de outras unidades da federação. Destarte, espera-se que não fique na letra da lei, ou como se diz, popularmente, torne-se uma “lei que não pegou”. Ao

²¹ Para uma maior ilustração do ponto, reproduzimos a súmula citada:

Súmula nº 247. É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. (BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2004, grifei). Ainda, ressalte-se que as orientações do TCU no tocante às normas gerais de licitação de competência privativa da União, na forma do disposto na Súmula nº 222 são aplicáveis aos demais entes federativos. (BRASIL, Tribunal de Contas da União, 1995)

contrário, cumpre a todos os órgãos públicos, abrangidos pela nova legislação, procederem às adequações técnicas e, em especial, aos sistemas eletrônicos de compras e cadastros, considerando que, atualmente, as compras devem, por força de Lei, efetivar-se, em sua expressiva maioria, por meio do pregão eletrônico ou por meio da cotação eletrônica de preços. Aguardemos, por conseguinte, a implementação, de fato, da nova legislação gaúcha.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa. Promulgada em 08 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. *Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nos 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5764.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas posteriores alterações. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996. *Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES e dá outras providências.* (REVOGADA). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9317.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 9.841, de 05 de outubro de 1999. *Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal.* (REVOGADA) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9841.htm> Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o código civil.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 20 de abril. 2011.

BRASIL. Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007. *Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições; e altera legislação.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11488.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. *Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as*

microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm Acesso em: 19, abril de 2011.

Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/regulamentacao-da-lei-geral-nos-estados/numeros-de-municipios-por-estado> Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. *Altera as Leis nos 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei no 11.273, de 6 de fevereiro de 2006.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12349.htm#art1 Acesso: 18, abril de 2011.

BRASIL. Lei nº 12.440, de 07 de julho de 2011. *Acrescenta título VII-A à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para instituir a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, e altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.* Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12440.htm Acesso: 19, julho de 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 222. *As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.* D.O.U. de 03.01.1995. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas> Acesso em: 19, abril de 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 247. *É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a*

ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade. Aprovada na Sessão Ordinária de 10.11.2004, “in” D.O.U. de 23.11.2004. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/sumulas> Acesso em: 19, abril de 2011.

GASPARINI, Diógenes. Pregão Presencial e microempresa. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP. Ano 8, n. 86, p. 8-38. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 Atinentes a Licitações Públicas)*. São Paulo: Dialética, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé e DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Lei 13.706, de 06 de abril de 2011. *Dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual*. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/Legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=55977&Texto= Acesso em: 19, abril de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Executivo. Projeto de Lei nº 35, de 04 de fevereiro de 2011. *Dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual*. Disponível em: http://proweb.procergs.com.br/consulta_proposicao.asp?SiglaTipo=PL%20&NroProposicao=35&AnoProposicao=2011 Acesso em: 19, abril de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto nº 45.122, de 29 de junho de 2007. *Institui o Programa Especial de Regularização Fiscal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Estado do Rio Grande do Sul, para ingresso no Simples*

Nacional. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=50778&hTexto=&Hid_IDNorma=50778 Acesso em: 19, abril de 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. Consulta processo nº 7102-02.00/09-8. Tribunal Pleno. Relator: Conselheiro Hélio Saul Mileski. Sessão: 31.03.2010. Disponível em: <http://www.tce.rs.gov.br> Acesso em: 19 de abril. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Poder Executivo. Decreto nº 48.160, de 14 de julho de 2011. *Regulamenta o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelecido pela Lei nº 13.706, de 6 de abril de 2011. E cria o programa gaúcho do uso do poder de compra.* Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=56353&hTexto=&Hid_IDNorma=56353 = Acesso em: 16, julho de 2011.

SEBRAE – SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICROEMPRESA. (org). *Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa de 2009.* 3 ed. Brasília-São Paulo: 2010. Disponível em: http://www.dieese.org.br/anu/Sebrae_completo2009.pdf Acesso em: 19, abril de 2011.

Novos Meios de Prova no Processo Civil e Administrativo no Brasil

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora do Centro de Ciências Administrativas
da Universidade de Fortaleza (Unifor).
Servidora pública estadual.

Resumo: A proposta fundamental da pesquisa é investigar as inovações sobre a temática das provas no processo civil e administrativo pátrios, com relação ao que interessa ao campo de atuação das cortes de contas. Inicialmente, abordar-se-á a base principiológica, após o que serão estudados os novos meios de prova decorrentes da “era digital”. Erige, então, a questão orientadora do estudo: as inovações tecnológicas podem ser admitidas como meios de prova válidos em direito, haja vista que a lei processual brasileira é da década de 1970? Desenvolve-se estudo constitucional, legal, jurisprudencial e eminentemente bibliográfico. Conclui-se que as mídias digitais podem e devem ser utilizadas sem olvidar a segurança jurídica.

Palavras-chave: documentos eletrônicos – era digital – meios de prova.

Introdução

O termo prova deriva de *probare*, que significa examinar a existência ou não de um fato. Destarte, o objetivo da prova é formalizar o livre convencimento motivado do julgador, posto que a este cabe presidir o processo. Logo, é seu destinatário. A autoridade competente valorará as provas com base em sua experiência, vivência, cultura.¹ Considera-se que o tema em pauta guarda relevância temática com as atribuições das cortes de contas brasileiras, visto que estas detêm competências judicantes por força dos diversos incisos do art. 71 da Constituição de 1988.

As provas incidem sobre fatos controvertidos. Fato incontroverso não implica prova. Em tese, não se prova direito, à exceção de quando a parte

¹ Exceto em se tratando de prova técnica, que requesta análise por *expert*.

traz ao feito direito municipal, estadual ou consuetudinário e, mesmo assim, se solicitado pela outra parte e (ou) determinado pelo julgador. É objeto de prova qualquer fato relevante alegado por um polo e impugnado pelo outro. Caso inexistir impugnação, ocorrerá o fenômeno da preclusão. Em regra, cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito; ao promovido; o ônus de impugnar os fatos modificativos, impeditivos e/ou extintivos do direito do promovente.

Nas últimas décadas, ressalte-se, o recrudescimento tecnológico provocou uma “meteórica” mudança de paradigma nas relações sociais. Eis alguns exemplos das facilidades diárias: notebooks, telefone móvel, smartphone, DVD portátil, MP3, pen drive, máquinas fotográficas digitais, auto-móveis com GPS [...].

Nesse contexto, há inúmeros meios de produção de provas eletrônicas: documentos de texto, planilhas eletrônicas, bancos de dados, arquivos de áudio, arquivos de vídeo, imagens, mensagens eletrônicas, videoconferências, procuração on line [...]. O objetivo geral da pesquisa, então, reside em examinar as repercussões das inovações tecnológicas nos meios de prova admissíveis como válidos em direito. As “novidades da era digital” possuem supedâneo no Código de Processo Civil brasileiro?

1. Princípios

A base principiológica é fundamental à compreensão da lógica jurídica. Para Carrazza (2006, p.36): “etimologicamente, o termo ‘princípio’ (do latim *principium*, *principii*) encerra a ideia de começo, origem, base. Em linguagem leiga, é, de fato, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer” (grifo original). No tocante à teoria geral das provas, de forma sucinta, evidenciam-se os seguintes princípios com suporte no referencial teórico estudado:

a) *imprescindibilidade da prova* - a prova há que ser necessária e relevante ao convencimento da autoridade administrativa ou judicial conforme o caso concreto;

b) *contraditório e ampla defesa* – coíbe o cerceamento de resposta a ato processual praticado pela outra parte. O princípio da ampla defesa visa

a garantir, segundo Nucci (2010, p.80), “vasta possibilidade do acusado se defender, propor e questionar provas, participar e intervir em todos os atos judiciais”. O preceito do contraditório, por sua vez, assegura equilíbrio à relação processual;

c) *licitude e probidade* – a prova deve ter substrato no ordenamento jurídico, ser legítima (idônea) e moralmente correta. Eventual prova ilícita acarretará “desentranhamento” dos autos. Infere-se, portanto, que o princípio coíbe a produção probatória sem observância à lei e à Carta Magna;

d) *imedição* – a prova deve ser colhida pelo julgador, porque o mesmo é seu destinatário;

e) *oralidade* – no processo civil contemporâneo, prima-se pela prova oral, que, posteriormente, deverá ser reduzida a termo. O preceito visa a garantir eficiência e segurança jurídica por intermédio da agilização de atos processuais;

f) *aquisição processual* – a prova não pertence à parte, mas, ao processo. Ex.: a testemunha é do juízo após o compromisso;

g) *comunhão das provas* – relaciona-se à integridade e à congruência (proporcionalidade, razoabilidade) das provas, o que viabiliza apuração da verdade e coíbe a impunidade. Nesse sentido, mesmo que a prova seja produzida por um dos polos da relação processual, pode ser utilizada pela outra parte;

h) *livre convencimento motivado* – é discricionária a atividade do julgador no processo de valoração das provas, desde que fundamente (tanto pelo aspecto fático, como pela base jurídica) a decisão proferida;

i) *busca da verdade real* – o julgador há que garantir, de modo mais amplo, a concretização do ideal de justiça. Trata-se de evolução da verdade formal para verdade real, o que justifica, a título de ilustração, a determinação de perícias pela autoridade competente.

Em síntese, pode-se afirmar que os princípios em pauta “fundem-se” no postulado jurídico do devido processo legal, que garante limites à atuação estatal, “ápice”, pois, de todos os preceitos estudados. Analisar-se-ão, nos itens seguintes, as repercussões das inovações tecnológicas nos meios de prova admissíveis como válidos em direito.

2. Provas documentais e reproduções digitalizadas

Contemporaneamente, o mundo jurídico não pode olvidar a problemática das reproduções digitalizadas como meio de prova. Destarte, para sua compreensão, inicialmente, é relevante o exame das provas documentais. Segundo Nery (2007, p.636):

A prova documental preexiste à lide e deve vir acompanhando a inicial (CPC 283), ou a contestação (CPC 297), se for indispensável à propositura da ação ou à defesa do réu (CPC 396). Depois pode a parte fazer a juntada de documentos novos (CPC 397) e o autor contrapor com prova documental as preliminares opostas pelo réu (CPC 327).

Concebe-se, na corrente pesquisa, as reproduções digitalizadas como espécie de prova documental. Eis o que prescreve o Código de Processo Civil (CPC) brasileiro sobre as reproduções digitalizadas:

Art. 365. Fazem a mesma prova que os originais:
[...]

VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento, público ou particular, quando juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados públicos ou privados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização. [...]

Pelo exposto, obtém-se uma inferência imediata: o documento produzido por oficial público é aceito para os fins legais (presunção *juris tantum*). Em caso de eventual adulteração do documento digitalizado, existem diversas sanções, como leciona Nery (2007, p.628):

Mas a falta de responsabilização é apenas aparente, posto que existem diversas sanções aplicáveis ao caso (além

multa por litigância de má-fé e da desconsideração do documento para fins probatórios, pode-se destacar, p. ex., para o funcionário público, a pena do CP 313-A, e, para o emitente de documento particular, a pena do CP 298).

Com fulcro no preceito da segurança jurídica e no referencial teórico que norteou a presente pesquisa, defende-se que qualquer documento determinante à decisão (em termos de sua procedência ou não) pode (e deve) ter a sua via original depositada em secretaria, pelo prazo correspondente ao do ajuizamento da ação rescisória (interregno temporal mínimo, prescrito pelo legislador para manutenção do documento original).

Assim sendo, determinando-se as reproduções digitalizadas na perspectiva das provas documentais, passa-se, no item subsequente, a examinar a temática da autenticação, o que é de suma relevância ao processo de legitimação probatória.

3. Autenticação

É pacífico, no ordenamento brasileiro, que o documento produzido por oficial público é aceito legalmente. Torna-se, então, imprescindível evidenciar a questão da autenticação. De acordo com De Plácido e Silva (2008, p. 171): “quer dizer autorizar, legalizar juridicamente, comprovar legalmente a veracidade de alguma coisa [...]”. Autenticar significa, portanto, atribuir veracidade ou legitimar um documento, conferir à reprodução o mesmo valor do original, por meio da certificação realizada pelo notário ou por seus prepostos a partir da confrontação com o original.

A cópia autenticada por tabelião de notas valerá como prova da declaração de vontade, mas, impugnada a sua autenticidade, há que ser exibido o original. A presunção é de relativa autenticidade (*juris tantum*), devendo ser impugnada por aquele que a contestar. A título de ilustração, cite-se o que prescreve o caput artigo 223 da lei substantiva civil brasileira: “a cópia fotográfica de documento, conferida por tabelião de notas, valerá como prova de declaração da vontade, mas, impugnada sua autenticidade, deverá ser exibido o original [...]”.

Para efetivação da autenticação, é condição imprescindível a apresentação do original, não sendo possível mediante simples cópia reprográfica (autenticada ou não), salvo sob pública forma, cuja matriz normativa remonta ao art. 236 da Carta Magna:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º - Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário [...].

Releve-se que a pública forma é uma cópia literal do documento redigida pelo próprio tabelião de notas ou por seus prepostos. Era muito utilizada em caso de documentação mal conservada. A tendência é que volte a ter praticidade, notadamente no que pertine à autenticação das provas oriundas de mensagens via telefone móvel (mensagens de voz, imagens e mensagens de texto), tudo no sentido de legitimar a utilização processual desses meios de prova.

4. Produção de documentos eletrônicos

Vencido o item autenticação, compreende-se melhor o excerto da Carta Magna (art. 19, II) que veda aos agentes administrativos recusar fé aos documentos públicos. Nesse contexto, a produção de documentos eletrônicos ganha destaque pelo legislador infraconstitucional. Disciplina a Lei 11.419/2006:

Art. 11. Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos processos eletrônicos com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais.

§ 1º Os extratos digitais e os documentos digitalizados e juntados aos autos pelos órgãos da Justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas autoridades policiais, pelas repartições

públicas em geral e por advogados públicos e privados têm a mesma força probante dos originais, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração antes ou durante o processo de digitalização.

§ 2º A Arguição de falsidade do documento original será processada eletronicamente na forma da lei processual em vigor.

§ 3º Os originais dos documentos digitalizados, mencionados no § 2º deste artigo, deverão ser preservados pelo seu detentor até o trânsito em julgado da sentença ou, quando admitida, até o final do prazo para interposição de ação rescisória.

Assim sendo, correlacionando as reproduções digitalizadas aos procedimentos de autenticação, detecta-se que os extratos e os documentos digitais possuem a mesma força probante dos originais no processo eletrônico, desde que juntados aos autos pelas autoridades mencionadas no § 1º, do art. 11, do referido diploma legal. Tais agentes são responsáveis por conferir à documentação a necessária fé pública.

5. Fotografia digital

O Código Civil nacional disciplina o tema da seguinte forma: “art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão”.

Assim sendo, para ser aceita como prova documental, a parte que a produzir deve juntar também o meio físico no qual o arquivo digital se encontra gravado (cartão de memória ou *compact disc*). Tal procedimento é imprescindível à eventual realização de perícia caso ocorra impugnação da imagem. Ressalte-se que as perícias dificultam, mas não impedem adulterações, a exemplo de data e hora da criação do documento digital, que se referem à data e hora do computador e podem ser facilmente passíveis de alteração.

A fotografia digital, como espécie de prova documental, tanto pode ser aceita como refutada processualmente em caso de dúvida razoável. O julgador, diante da resistência de um dos polos da demanda, há que nomear *expert* para consecução da necessária prova técnica, que, por seu turno, há que ser examinada no contexto das demais provas dos autos.

6. Microfilmes produzidos no exterior

Com relação a cópias e microfilmes produzidos no exterior, o Decreto 1.799/1996 regulamentou a Lei 5.433/1968 e normatizou a sua validade processual se observarem as seguintes regras de autenticação:

Art. 17. Os microfilmes e filmes cópias, produzidos no exterior, somente terão valor legal, em juízo ou fora dele, quando:

- I - autenticados por autoridade estrangeira competente;
- II - tiverem reconhecida, pela autoridade consular brasileira, a firma da autoridade estrangeira que os houver autenticado;
- III - forem acompanhados de tradução oficial.

Eis, então, outro meio probante em direito admitido. Defende-se, na corrente pesquisa, que as três condições do citado art. 17 devem ser atendidas concomitantemente para a perfectibilização da prova em pauta.

7. Reproduções mecânicas

Entende-se por reprodução mecânica, passível de utilização no processo civil ou administrativo, a reprodução fotográfica, cinematográfica, fonográfica e similares que instrumentalizem fatos ou coisas representadas. A lei adjetiva civil brasileira assim estatui:

Art. 383. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie,

faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade. Parágrafo único. Impugnada a autenticidade da reprodução mecânica, o juiz ordenará a realização de exame pericial.

Depreende-se que a mencionada reprodução constitui meio de prova desde que tenha sido obtida de forma lícita. Nesse contexto, surge a seguinte indagação: as gravações de conversas por um de seus interlocutores constitui meio de prova legítimo? - Sobre o tema, destaca Nery (2007, p. 632):

Gravação feita por quem participou da conversa gravada. Não se cuidando de interceptação de conversa telefônica ou de outro meio ilegal ou moralmente ilícito, mas simplesmente de reprodução de conversa mantida pelas partes e gravadas por uma delas, há de ser esta gravação admitida como prova em juízo, a teor do CPC 383, independentemente a admissibilidade da referida prova do conhecimento de sua formação pela outra parte (RT 620/151)

Negritos no original

A reprodução de conversa mantida pelas partes é assaz comum na vida cotidiana e, não raras vezes, faz eclodir escândalos na mídia. Implica, necessariamente, conflito de valores atinentes à liberdade de expressão versus privacidade, o que deve ser analisado pelo julgador, com cautela, quando da valoração da moralidade da prova. Nesse sentido, leciona a melhor doutrina. Segundo Mendes (2007, p.99): “o direito à prova encontra o seu limite na dignidade da pessoa humana e no respeito aos seus valores fundamentais. Há necessidade, pois, de se interponem limites à utilização, no processo, dos meios de prova que atentem contra esses princípios”.

8. Assinatura eletrônica

Os negócios realizados pela internet constituem uma realidade cada vez mais presente na vida diária das pessoas. Nesse contexto, a assinatura

eletrônica prevê segurança às relações profissionais, empresariais e fiscais, de forma análoga à assinatura de “próprio punho”, desde que presentes os seguintes atributos:

- a) autenticação - a assinatura permite indicar, com segurança, a identidade do autor do documento. Consigna, portanto, a manifestação de vontade;
- b) exclusividade ou integridade – impede adulteração, falsificação, o que proporciona fidedignidade dos dados e a prova da transação. Assim, os atributos da integridade e da autenticidade validam juridicamente os documentos produzidos por meio eletrônico;
- c) não repúdio - irretratabilidade da mensagem por seu emissor, o que confere segurança ao ato ou ao negócio jurídico.
- d) eficiência: viabiliza a redução de custos, por intermédio da “virtualização” dos cartórios.

Destaque-se que os citados atributos possuem suporte na infraestrutura de chaves públicas brasileiras (ICP-Brasil):

Art.1º Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Releve-se que, em 2007, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), mediante provimento 120/2007, criou autoridade certificadora própria, tudo com o intuito de emitir certificados digitais aos advogados para inseri-los no processo digital eletrônico.

A Receita Federal do Brasil, por seu turno, também utiliza a tecnologia em pauta. O contribuinte, por meio do “e-CPF”, verifica o respectivo extrato do imposto de renda, podendo retificar informações. Destarte, a “virtualização dos cartórios”, por intermédio de autoridades certificadoras, retrata a tendência do terceiro milênio.

Acresça-se que a tecnologia em pauta, no Brasil, possui substrato no ordenamento, posto que a validade das declarações de vontade não de-

pende de forma especial (à exceção de restrições legalmente previstas). O art. 219 do Código Civil estatui: “as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários”. A regra, então, é a forma livre, o que ampara juridicamente os “negócios virtuais” e a validade da assinatura digital.

Conclusão

A pesquisa intencionou evidenciar, de forma simples e objetiva, a repercussão das inovações tecnológicas nos meios de prova em direito admissíveis. Após o desenvolvimento de todo o processo metodológico que orienta a presente pesquisa, relevem-se as seguintes considerações:

a) o documento produzido por oficial público é aceito para os fins legais (presunção *juris tantum*);

b) a cópia autenticada, se atendidos os preceitos legais, equivale ao documento original, não sendo admissível, portanto, ao Estado recusar fé aos documentos públicos;

c) qualquer documento que possa ser determinante à decisão deve ter a sua via original depositada em secretaria, pelo lapso temporal mínimo correspondente ao prazo para ajuizamento da ação rescisória;

d) a pública forma é o meio hábil para legitimar a utilização, no processo, das provas oriundas de mensagens de telefone móvel, o que é tão comum na vida diária das pessoas (mensagens de voz, imagens e mensagens de texto);

e) os extratos e os documentos digitais possuem a mesma força probante dos originais no processo eletrônico, desde que atendidas as formalidades da lei processual;

f) a parte que produzir processualmente fotografia digital deve juntar também o meio físico no qual o arquivo se encontra gravado (cartão de memória ou compact disc), tudo para os fins de validação da prova;

g) os filmes e cópias produzidos no exterior podem ser utilizados como meio de prova se, simultaneamente, observarem os seguintes requisitos: autenticação por autoridade estrangeira competente; reconhecimento - pela autoridade consular brasileira - da firma da autoridade estrangeira que

houver autenticado; realização de tradução oficial;

h) a gravação de conversa, por um de seus interlocutores, sem conhecimento do outro, pode ser validada processualmente desde que obtida a prova por meios legais e morais, o que requesta exame no caso concreto;

i) a assinatura eletrônica constitui meio hábil para validar e conferir segurança aos negócios jurídicos virtuais, tudo no sentido de que sejam determinadas a autoria e a fidedignidade documental. A utilização de senhas, associadas à infraestrutura de chaves públicas (ICP-Brasil), frise-se, assegurem a autenticação e a confiabilidade das operações em meio eletrônico, reduzindo o repúdio a tal meio de prova.

A regra que norteia as relações entre particulares é a forma livre, sendo possível restrições à licitude desde que prescritas por lei. Destarte, não se pode desconsiderar o valor das provas digitais já que encontram amparo no direito positivo brasileiro. Eventual exame de regularidade demandará, inexoravelmente, prova pericial.

Por todo o exposto, as mídias digitais podem e devem ser utilizadas, com prudência, sem olvidar a segurança jurídica. Guardam, portanto, compatibilidade com a lei processual brasileira, o que torna imprescindível o know how amiúde desse tipo de prova por todos os “atores” envolvidos no processo judicial ou administrativo.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13.out.2011.

BRASIL. **Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19.maio.2011.

BRASIL. **Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 13.maio.2011.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 3.maio.2011.

BRASIL. **Decreto 1.799, de 30 de janeiro de 1996**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 27.abr.2011.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26.abr.2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2008.

MENDES, Emerson Castelo Branco. **Provas ilícitas no processo penal**. 1. ed. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: editora ABC, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 10. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prática forense penal**. 5. ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2010.

Gestão da Qualidade em um Órgão Público Auxiliar do Poder Legislativo Estadual

Napoleão Dieb Holanda Oliveira

Graduando em Administração de Empresas da
Faculdade Integrada da Grande Fortaleza.

Cora Franklina do Carmo Furtado

Graduada em Administração pela Universidade Estadual do Ceará – UECE.

Especialista em Marketing pela UNIFOR.

Mestre em Administração pela UECE.

Resumo: O presente artigo foi desenvolvido em um órgão da Administração Pública do Estado do Ceará, no qual fora implementado um Sistema de Gestão da Qualidade sob os requisitos da Norma ISO 9001:2000. O problema de pesquisa foi verificar quais as melhorias que o mencionado sistema proporcionou aos processos internos dessa organização. O objetivo geral foi investigar os impactos resultantes de sua implantação, e os objetivos específicos foram caracterizar o Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ com a apresentação de algumas ferramentas de apoio à gestão, mostrar a orientação da Norma ISO 9001 para inovação e melhoria do órgão em estudo e identificar as melhorias obtidas com a adoção da estratégia. A realização da revisão da literatura e de normas específicas e a conclusão dos trabalhos contribuíram para o avanço da ciência, do estudo acadêmico e para a melhoria contínua da organização em pesquisa.

Palavras-chave: Administração Pública, Sistema de Gestão da Qualidade, Norma ISO, Melhoria Contínua.

1. Introdução

A qualidade é praticada comumente nos negócios da iniciativa privada com o objetivo de alcançar uma melhor competitividade e lucratividade. Em relação às instituições públicas, esse instrumento de apoio à gestão

vem sendo compreendido e adotado para obtenção de melhores padrões de desempenho no atendimento ao público, no resultado administrativo e na utilização eficiente e eficaz dos recursos disponíveis.

A gestão da qualidade na Administração Pública tornou-se ferramenta essencial para o aprimoramento dos processos das organizações e um mecanismo de adequação aos requisitos exigidos pela sociedade quanto aos serviços ofertados. Tal modernização tem como função precípua o satisfatório funcionamento das máquinas administrativas das esferas governamentais, as quais são compostas por órgãos, instituições, autarquias, fundações, empresas públicas entre outros. Essa inovação evidencia fator de relevância administrativa e, ao mesmo tempo, um diferencial que agrega valor aos produtos ou serviços ofertados aos cidadãos e às demais instituições, na qualidade de contribuintes e clientes-usuários da Administração Pública.

O presente artigo científico, intitulado de Gestão da Qualidade em um Órgão Público Auxiliar do Poder Legislativo Estadual, tem como problema de pesquisa verificar quais as melhorias que o Sistema de Gestão da Qualidade proporcionou aos processos internos da organização em estudo; tem como objetivo geral investigar os impactos resultantes da implantação do Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ, sob a ótica da norma ISO 9001:2000, assim como aferir a adequação aos novos preceitos e requisitos constantes de suas atualizações; e tem como objetivos específicos: caracterizar o Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ com a apresentação de algumas ferramentas de apoio à gestão, mostrar a orientação da Norma ISO 9001 para inovação e melhoria do órgão em estudo e identificar as melhorias obtidas com a adoção da estratégia.

Inicialmente será realizado um estudo da norma em referência, com ênfase nos requisitos e critérios estabelecidos e aplicáveis às instituições ou órgãos públicos, buscando identificar o que é proposto e recomendado como inovação à busca da melhoria contínua dos processos institucionais pertinentes e o atendimento aos requisitos dos clientes.

A metodologia do estudo será qualitativa, com abordagem do método da compreensão; terá natureza exploratória e descritiva; e será empreendida pesquisa de campo, mediante a utilização de questionário com perguntas abertas e fechadas, buscando diagnosticar e analisar se foram alcançados os

objetivos, metas e indicadores de desempenho pré-estabelecidos no escopo do Programa de Gestão da Qualidade.

2. Qualidade: aspectos gerais

2.1 Ponto de vista dos teóricos

A prática da qualidade nas organizações contemporâneas no Brasil vem demonstrando índices crescentes de adesão e, ao mesmo tempo, aceitação como ferramenta de apoio gerencial na obtenção da melhoria dos processos de produção de bens e serviços, além de apontar como diferencial competitivo nos mercados globalizados.

De acordo com Deming (1990, p.1):

A melhora da qualidade transfere o desperdício de homem-hora e tempo-máquina para a fabricação de um bom produto e uma melhor prestação de serviço. O resultado é uma reação em cadeia – custos mais baixos, melhor posição competitiva, pessoas mais felizes no trabalho, empregos e mais empregos.

Considerando o avanço tecnológico e científico, bem como a evolução da sociedade em compreender e assimilar a ferramenta de auxílio à gestão denominada qualidade, a busca pela qualidade torna-se uma atividade complexa e dinâmica, pois, nos tempos atuais, além de ser uma palavra bastante usual em quase tudo que é utilizado ou adquirido, são exigidos sua presença e seus efeitos. Neste contexto, muitos especialistas e autores renomados expõem seus pontos de vista através da escrita, porém a grande maioria costuma não fixar em definitivo os comentários, visto que o substantivo feminino em discussão passa por um aprimoramento contínuo.

Juran e Gyna (1991, p 11) proferem a seguinte definição sobre qualidade: “[...] consiste nas características do produto que vão ao encontro das necessidades dos clientes e dessa forma proporcionam a satisfação em relação ao produto.”

Toda aquisição de produto (bem ou serviço) traz expectativas positivas ao consumidor (direto ou indireto), pois, ao comprar alguma coisa ou utilizar algum serviço, está satisfazendo uma necessidade ou realizando algum desejo, e, ao fazer o desembolso de qualquer quantia financeira para custeá-lo, subentende-se que aquela ação vai trazer-lhe retorno e satisfação; quando isso não se concretiza, ele fica profundamente frustrado e inconformado.

A este propósito, “[...] um produto ou serviço de qualidade é aquele que atende perfeitamente, de forma confiável, de forma acessível, de forma segura e no tempo certo às necessidades do cliente”. CAMPOS (1992, p.2).

Para se atingir um padrão de qualidade na oferta de produtos e serviços, é necessário observar alguns preceitos fundamentais, os quais podem definir o sucesso de uma organização. A utilização dessa filosofia propicia o atendimento às necessidades e requisitos dos clientes. Portanto, não se pode pensar na elaboração e produção de bens de consumo ou serviço sem estabelecer um nexo entre o que é fornecido e o que é necessário ou adequado.

Bateman (1998, p.35) assevera que: **“qualidade** é a excelência de seu produto, incluindo sua atratividade, ausência de defeitos, confiabilidade e segurança a longo prazo.” (grifo do autor).

Organizações que primam pela excelência em seus processos produtivos, administrativos e comerciais agregam valor a seu produto e a sua marca e tendem a superar seus concorrentes através da preferência e fidelização de seus clientes.

A Figura 2.1 demonstra o fluxo do modelo de reação em cadeia de Deming, o qual foi empregado por empresas japonesas e com isso foi observado que o investimento em qualidade se traduzia no aumento da produtividade e melhoria do produto. As etapas estabelecidas no referido modelo evidenciam um processo de busca contínua pela melhoria da qualidade e do desempenho empresarial (MERRRGINSON, 1998, p. 534).

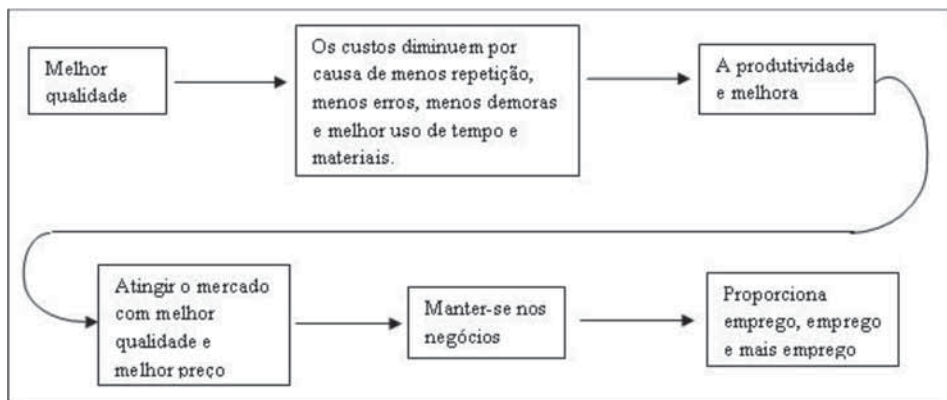


Figura 2.1: Modelo de reação em cadeia de Deming.

Fonte: Adaptado de MEGGINSON, Leon C; MOSLEY, Donald C.; PIETRI, Paul H. Jr.

Administração: conceitos e aplicações (1998, p. 535).

A sequência ora estabelecida demonstra de forma didática os passos que as empresas devem observar para alcançarem os resultados esperados e mantê-los dentro dos indicadores pré-estabelecidos.

Sobre o termo em análise, Oliveira et al.(2003, p.3) afirmam o seguinte:

Percebe-se hoje um intenso movimento em busca da qualidade. As organizações têm produzido produtos de qualidade, não mais como estratégia de diferenciação no mercado, mas como uma condição de preexistência. Engana-se quem pensa que a preocupação com a qualidade dos produtos oferecidos aos clientes é coisa recente.

As organizações e os clientes estão alinhados em um só propósito, ou seja, na busca incessante por melhores condições de sobrevivência, qualidade de vida, melhores resultados nas atividades comerciais. É nesse cenário em que clientes, trabalhadores, gestores e empreendedores vislumbram nessa ferramenta de modernização das relações de produção e consumo e de apoio à gestão uma oportunidade de desenvolvimento empresarial e social sustentável.

Na concepção semântica de Paldini (2004, p.19):

O termo qualidade é bem conhecido, e até mais do que isso – trata-se de uma palavra de domínio público e uso comum –, passar ser importante levar em conta, em sua definição técnica, dois aspectos fundamentais: 1. qual-quer que seja a definição proposta para qualidade, espe-ra-se que ela não contrarie a noção intuitiva que se tem sobre ela, isto é, o que já se sabe a respeito do assunto; 2. como a questão da qualidade faz parte do dia-a-dia das pessoas, não se pode identificar e delimitar seu significa-do com precisão.

A população consumidora, ciente de seus direitos e significativamente mais exigente quanto à questão de eficiência, eficácia e efetividade, vem adotando uma postura mais consciente, e isso tem motivado as organizações empresariais a seguirem novos padrões de qualidade na produção industrial, de relação comercial e de prestação de serviços.

2.2 Concepção normativa

Os objetivos da normalização, segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT, 2002), são: eco-nomia – proporcionar a redução da crescente variedade de produtos e procedimentos; comunicação – proporcio-nar meios mais eficientes na troca de informação entre o fabricante e o cliente, melhorando a confiabilidade das relações comerciais e de serviços; segurança – proteger a vida humana e a saúde; proteção ao consumidor – prover a sociedade de meios eficazes para aferir qualidade aos produtos; e eliminação de barreiras técnicas e comerciais – evitar a existência de regulamentos conflitantes sobre produtos e serviços em diferentes países, facilitando, as-sim, o intercâmbio comercial. (OLIVEIRA, 2003, p. 58).

As normas da série ISO 9000 surgiram como importante instrumento de referência para nivelamento dos sistemas produtivos de países intgran-tes de determinado bloco e também para regular o intercâmbio de mercado-rias e serviços entre bloco econômico/bloco econômico, bloco econômico/ país ou entre país/país.

De acordo com Oliveira et al.(2003, p.3):

Em uma economia cada vez mais globalizada, caracterizada pela acirrada competitividade e por um ambiente altamente turbulento, a contínua busca da eficácia fez emergir nas empresas a preocupação cada vez maior com qualidade dos seus produtos em relação ao mercado consumidor. É nesse cenário que as normas ISO 9000 tem sido objeto das atenções dos gestores.

No Brasil, o responsável pelo Fórum Nacional de Normalização é a Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Essa entidade não governamental é composta por Comitês Brasileiros (CB) e Organismos de Normalização Setorial (NOS). O conteúdo, formulação e edição das Normas Brasileiras (NBR) são de responsabilidade dos CB, os quais são compostos por especialistas e representantes dos setores econômicos envolvidos, pessoas da sociedade civil, dentre elas: produtores, consumidores e representantes de laboratórios técnicos, instituições de ensino superior dentre outras. (ABNT, 2000, p.1).

A ABNT é um organismo nacional responsável pela normatização em diversos campos: ciência, tecnologia, educação, meio ambiente, segurança, turismo, entre outros. Seus critérios técnicos e requisitos normativos têm caráter de orientação e adesão voluntária, ou seja, não possuem finalidade compulsória. Dentre as normas da série ISSO, a NBR ISO 9001, intitulada de Sistema de Gestão da Qualidade – Requisitos, indicam-se as seguintes palavras-chave: Gestão da Qualidade, Garantia da Qualidade, Sistema de Gestão da Qualidade e Qualidade. (ABNT, 2000, p.1).

Na organização palco deste estudo de caso, fora implementado o Sistema de Gestão da Qualidade (SGQ), fundamentado em decisão estratégica do corpo diretivo e levando em consideração várias necessidades, objetivos específicos, produtos fornecidos, processos empregados e tamanho da organização, notadamente objetivando a adequação aos novos preceitos de instituição moderna e com foco na melhoria contínua e na realização de suas competências institucionais e legais, em especial na execução e prestação de serviço ao cidadão-cliente.

No estudo, será dada ênfase ao Sistema de Gestão da Qualidade, comumente denominado de SGQ, considerando sua implantação e resultados proporcionados. O Quadro 2.1, a seguir, relaciona itens da Norma ISO 9000/2000.

ITEM	DESCRIÇÃO
01 Generalidade	Convém que a adoção de um SGQ seja uma decisão estratégica da organização [...].
02 Abordagem de processo	[...] o desenvolvimento, implementação e melhoria da eficácia de um sistema de gestão da qualidade para aumentar a satisfação do cliente pelo atendimento aos requisitos de cliente.

Quadro 2.1: Instruções iniciais para implantação do SGQ.

Fonte: Criação dos autores com base em Nota da ABNT-NBR ISO 9001/2000, p.2.

2.3 Principais ferramentas

No Item 02 da ISO 9001/2000 – Abordagem por Processo apresenta a Nota: Metodologia conhecida como “Plan-Do-Check-Act” (PDCA), o qual se divide em: Plan (**planejar**): estabelecer os objetivos e processos necessários para fornecer resultado de acordo com os requisitos do cliente e políticas da organização; Do (**fazer**): implementar os processos; Check (**checar**): monitorizar e medir processos e produtos em relação às políticas, aos objetivos e aos requisitos para o produto e relatar os resultados; Act (**agir**): executar ações para promover continuamente a melhoria do desempenho do processo. (ABNT, 2000, p.2, grifos nosso).

O ciclo PDCA é uma proposta de abordagem organizada que tem como objetivo solucionar qualquer tipo de problema. Desta forma, pode-se orientar de maneira eficaz e eficiente a preparação e a execução de atividades planejadas para a solução de um problema. Foi introduzido no Japão no período pós-guerra por Willian Edward De-

ming, porém foi desenvolvido por Walter Shewhart na década de 20. O ciclo PDCA tem por princípio tornar mais claros e mais ágeis os processos envolvidos na execução da gestão, começando pelo planejamento, em seguida executa-se o conjunto de ações planejadas. Posteriormente, compara-se os resultados obtidos com a meta estipulada e, por fim, toma-se uma ação para eliminar ou ao menos reduzir os defeitos no produto ou processo. (CANTÍDIO, 2009).

A Figura 2.2 representa o ciclo PDCA, com suas interações cíclicas, as quais contribuem para a melhoria contínua de processos.



Figura 2.2: Ciclo PDCA.

Fonte: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS

TERRITÓRIOS - TJDF. Disponível em: < www.tjdft.jus.br/.../img/Proma/Ciclo%20PDCA.jpg >. Acesso: 22 jun.2010.

É importante, antes de estabelecer a proposta metodológica para o uso do PDCA para a solução de problemas, conhecer algumas ferramentas básicas e gerenciais da qualidade, as quais serão úteis durante o uso do ciclo PDCA.

O Diagrama de Pareto é um gráfico de barras que ordena os problemas, identificando os mais importantes e medindo-os em diversas escalas, permitindo usar a teoria de Pareto (poucos essenciais, muito triviais), ou seja, há muitos problemas sem importância diante de outros mais impor-

tantes. Além disso, o Diagrama de Pareto permite agrupar os dados de diferentes formas, mede o impacto de mudanças no processo e quebra causas genéricas em causas específicas.

A figura 2.3 apresenta o Diagrama de Pareto, o qual demonstra as dificuldades existentes de forma a orientar a adoção de medidas, visando à correção dos problemas de acordo com sua importância. A linha traçada da barra mais elevada do diagrama aponta a medida cumulativa das categorias, podendo, assim, identificar o peso que os problemas têm em relação ao todo.

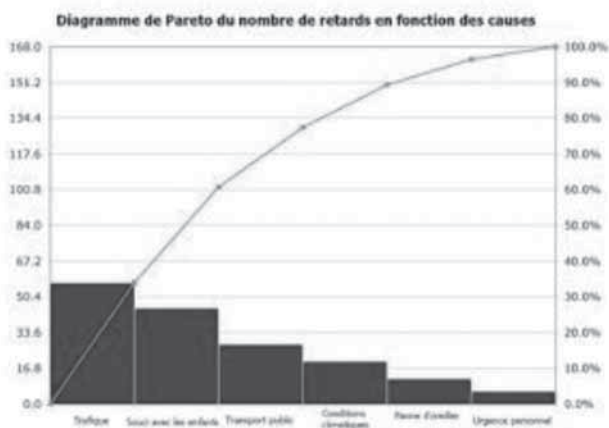


Figura 2.3: Diagrama de Pareto.

Fonte: GOOGLE, imagem. Sandro Cantídio. Disponível em: <<http://www.google.com.br/imgres?imgurl=http://sandrocan.files.wordpress.com/2009/01/pdca12.>>, **Acesso:** 20 jun.2010.

2.4 Administração Pública e a gestão da qualidade

Para Meirelles (1996), a conceituação de Administração Pública assume três situações: “Em sentido **formal** é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido **material**, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção **operacional**, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços do próprio Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

Em uma visão global, a Administração Pública é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas". (grifo nosso).

Neste contexto, Di Pietro (2006, p.74) define Serviço Público como sendo: "[...] toda atividade que a administração pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público".

Nas últimas décadas, as organizações privadas e públicas brasileiras vêm passando por transformações importantes e necessárias. Isso tem provocado impactos e modificações em seus processos, nos modelos de gestão, nas políticas interna e externa, nas relações trabalhistas e previdenciárias, em seus resultados econômicos e financeiros, bem como nas relações socio-ambientais com as comunidades do entorno e com seus parceiros.

O Governo brasileiro formulou e instituiu em 1990 o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade – PBQP. Este instrumento teve como objetivo: "apoiar o esforço brasileiro de modernidade através da promoção da qualidade e a produtividade, com vistas a aumentar a competitividade dos bens e serviços produzidos no país." (Brasil, 1990, p.7) E como finalidade: apoiar a modernização das empresas brasileiras, que precisavam se ajustar à abertura econômica e à forte concorrência estrangeira, assim como difundir o conceito de qualidade como estratégia empresarial e gerencial, não apenas como aspecto técnico.

O referido Programa alcançou resultados importantes e, concomitantemente, o reconhecimento da sociedade brasileira como instrumento legítimo de desenvolvimento econômico e social. Em maio de 1991, derivado do PBQP surge o Subprograma de Qualidade e Produtividade na Administração Pública. Este Subprograma de sensibilização e conscientização para a prática da qualidade no setor público, com ênfase em ferramentas e melhorias de processo, evoluiu, em 1995, já no bojo da Reforma do Aparelho do Estado, para a condição de um programa de melhoria de gestão, com ênfase em princípios e melhoria da gestão, no qual os processos são centros práticos de ação.

A gestão da qualidade na Administração Pública tornou-se ferramenta essencial para o aprimoramento dos processos das organizações e um meca-

nismo de adequação aos requisitos exigidos pela sociedade quanto aos serviços ofertados. Tal modernização tem como função precípua o satisfatório funcionamento das máquinas administrativas das esferas governamentais, as quais são compostas por órgãos, instituições, autarquias, fundações, empresas entre outros. Essa inovação evidencia fator de relevância administrativa e, ao mesmo tempo, um diferencial que agrega valor aos produtos ou serviços ofertados aos cidadãos e às demais instituições, na qualidade de contribuintes e clientes-usuários da Administração Pública.

3. Metodologia aplicada

A metodologia adotada foi qualitativa, com base no método weberiano da compreensão, em que ocorre a parcialidade da visão do pesquisador. Contou-se com a pesquisa exploratória para fundamentação da teoria, com a pesquisa descritiva para apresentar o caso e com a pesquisa explicativa, a qual explica que os processos de qualidade contribuem com a melhoria da gestão dos órgãos públicos.

A qualidade de uma pesquisa se caracteriza e tem como ponto principal a determinação da amostra. Os conceitos básicos concebidos na obra visam a possibilitar uma melhor compreensão e utilização de técnicas de seleção de amostra para pesquisa. (SAMARA; BARROS, 2007, p.160).

Credibilidade de realização de uma pesquisa de dados é fator preponderante para a obtenção dos resultados almejados e êxito do desenvolvimento do estudo acadêmico e científico proposto.

Na pesquisa, será utilizado o modelo de amostra probabilística, conforme orientam Samara e Barros (2007, p.161): “os elementos da mostra são selecionados de acordo com conveniência do pesquisador. São pessoas que estão ao alcance do pesquisador e disposta a responder a um questionário”.

Tendo em vista o procedimento interno estabelecido pela organização em estudo, a amostra será composta por servidores efetivos, comissionados, auditores, procuradores e conselheiros, sendo a composição feita de gestores e funcionários, os quais deverão ter conhecimentos sobre o SGQ implantado no órgão pesquisado.

3.1. Técnica amostral

A qualidade de uma pesquisa se caracteriza e tem como ponto principal a determinação da amostra. Os conceitos básicos concebidos na obra visam a possibilitar uma melhor compreensão e utilização de técnicas de seleção de amostra para pesquisa (SAMARA; BARROS, 2007, p.160).

Credibilidade de realização de uma pesquisa de dados é fator preponderante para a obtenção dos resultados almejados e sucesso do desenvolvimento do estudo acadêmico e científico proposto.

Na pesquisa, será utilizado o modelo de amostra não probabilística por conveniência, conforme orientam Samara e Barros (2007, p.161): “os elementos da mostra são selecionados de acordo com conveniência do pesquisador. São pessoas que estão ao alcance do pesquisador e disposta a responder a um questionário”.

Tendo em vista procedimento interno estabelecido pela organização em estudo, a amostra será composta por servidores efetivos, comissionados, auditores, procuradores e conselheiros, sendo a composição feita de gestores e funcionários, os quais deverão ter conhecimentos sobre o SGQ implantado no órgão pesquisado.

3.1.1 Cálculo da amostra

O Quadro 3.2 abaixo apresenta informações, dados e fórmula utilizada para obtenção precisa da amostra da pesquisa de campo. (SAMARA E BARROS, 2007, p.162-163).

LEGENDA / IDENTIFICAÇÃO	VALOR / PERCENTUAL	FÓRMULA / RESOLUÇÃO
σp – desvio padrão da proporção	4	
Z – grau de confiabilidade	2 => 95,5%	$\sigma p = \frac{\sqrt{p \cdot q}}{n} \cdot Z \cdot \sqrt{\frac{N - n}{N - 1}}$
P – proporção de elementos do universo favoráveis	70%	$4 = \frac{\sqrt{50 \cdot 50}}{n} \cdot 2 \cdot \sqrt{\frac{203 - n}{203 - 1}}$
p – proporção de elementos da amostra favoráveis	=> 50%	$n = \frac{50 \cdot 50 \cdot 2^2 \cdot 203}{4^2 \cdot 203 - 4^2 + 50 \cdot 50 \cdot 2^2} \Rightarrow$
q – proporção de elementos do universo desfavoráveis	=> 50%	$n = \frac{2.030.000}{13232} \Rightarrow$
N – universo a ser pesquisado:	203	$n = 16$
Servidores efetivos;	141	
Comissionados;	52	
Audítores;	2	
Procuradores;	2	
Conselheiros;	6	
Estagiários;	44	
Terceirizados .	113	
Resultado da amostra (n)	16	
=> correspondente		

Quadro 3.2: Cálculo da amostra.

Fonte: Elaborado pelos autores.

3.2 Pesquisa de campo

O levantamento dos dados será realizado através do instrumento de pesquisa denominado questionário, que, de acordo com Kotler¹ (2000, p.132), “[...] consiste em um conjunto de perguntas que serão feitas aos entrevistados”, composto de perguntas abertas e fechadas, contendo 11 (onze) questões do tipo: completamente não estruturadas – quesito em que os respondentes podem se manifestar livremente; escala de Likert ou concordância – afirmação através da qual o respondente demonstra seu sentimento de concordância ou discordância; e com associação de palavras – ocorre

¹ KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: a edição do novo milênio; tradução Bazán Tecnologia e Linguística; revisão Arão Sapiro. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

a indicação de palavras sequenciadas, e o respondente faz uma co-relação mental e expressa sua intenção. (KOTLER, 2000, p.132-133).

O Quadro 3.3 apresenta o instrumento de coleta que será aplicado na pesquisa de campo do estudo, um questionário, com seus respectivos quesitos.

1) O que representou a implantação da norma ISO para o seu setor de trabalho?	_____.
2) Quais os processos que foram alterados durante o período de implantação da norma ISO?	_____.
3) Em sua percepção, a implantação da norma ISO oferece melhorias ao processo da gestão estratégica?	
() Concordo totalmente	
() Concordo	
() Não concordo, nem discordo	
() Discordo	
() Discordo totalmente	
4) Qual a primeira palavra que você lembra ao ouvir os termos:	
Qualidade? _____	
ISO? _____	
Processo? _____	
5) Quais as inovações criadas nesta organização após a implantação e certificação da norma ISO?	_____.
6. Quais os procedimentos de trabalho aperfeiçoados e/ou implantados na organização com a adoção do Sistema de Gestão da Qualidade, com base na norma ISO?	_____.
7) Esses procedimentos contribuíram para alcançar patamares mais elevados para melhoria da gestão nessa organização?	
() Concordo totalmente	
() Concordo	
() Não concordo, nem discordo	
() Discordo	
() Discordo totalmente	
8) As competências definidas pela organização representam, tanto em nível humano quanto institucional, mecanismos adequados para favorecerem o cumprimento da missão?	
() Concordo totalmente	
() Concordo	
() Não concordo, nem discordo	
() Discordo	
() Discordo totalmente	
9) Em sua opinião, quais as vantagens na aplicação da norma?	_____.
10) Em sua opinião, quais as desvantagens na aplicação da norma?	_____.
11) Em sua opinião, quais os principais desafios encontrados na aplicação da norma?	_____.

Quadro 3.3: Questionário da pesquisa de campo.

Fonte: Elaborado pelos autores.

3.2 Achados da pesquisa

Apuração e tabulação de dados resultantes da pesquisa de campo aplicada no período de 04 a 25/05/2010, em um órgão público, auxiliar do Poder Legislativo do Estado do Ceará. Foi utilizado como instrumento de coleta de dados um questionário, o qual foi composto de 11 (onze) quesitos com perguntas abertas e fechadas dos tipos: completamente não estruturadas, associação de palavras e escala de concordância. (DIAS, 2003, p.385).

Os resultados oriundos das questões abertas 1, 2, 5, 6, 9, 10 e 11 do questionário de pesquisa de campo aplicado na organização em estudo evidenciaram nas respostas livres, das variáveis constantes dos quadros abaixo apresentados, os quais mostram que a maioria dos entrevistados está ciente e inteirada sobre o Sistema de Gestão da Qualidade, assim como entende que sua implantação e seus efeitos trouxeram inovação e melhoria contínua aos processos e à gestão do Órgão como um todo.

Referente aos quadros: 3.4 e 3.5, foram aplicados questionários em 08(oito) setores do Órgão em estudo, tendo participado da pesquisa apenas gestores e servidores, conforme norma interna da organização.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“A possibilidade de documentar e padronizar os processos e atividades, rever fluxos de trabalhos, evitar retrabalho, cumprir metas, ter consciência de onde aplicar melhor os esforços da equipe no sentido de alcançar os resultados estabelecidos pela área e, por conseguinte, da organização Tribunal de Contas. Contudo, o fato mais importante corresponde à qualificação dos servidores que assumiu proporções surpreendentes, pois promoveu um alto nível de desempenho organizacional”.

Respondente 2: servidor

“Melhora da performance dos serviços; melhora da satisfação dos clientes (sociedade); modernização do TCE; melhoria e valorização dos servidores; melhoria e implementação de ações para atingir resultados planejados em busca da melhoria contínua”.

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Representou uma melhora da interação dos usuários com os sistemas existentes e especificamente para a T.I., obrigou -nos a documentar algumas rotinas executadas no dia -a-dia (ex: backup) e a padronizar as estruturas de pasta e arquivos”.

Respondente 4: servidor

“A maior contribuição após a implantação da norma ISO foi a normatização que todos os setores passaram a utilizar uma única formatação de nomenclatura de arquivos”.

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor

“Melhoria, inovação na adoção dos registros de atribuições e competências; representou uma nova organização, produtividade e credibilidade que podem ser facilmente identificados pelos usuários”.

Respondente 6: servidor

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e protocolo**: gestor

“A técnica de se trabalhar a forma aonde são conduzidos os nossos trabalhos”.

Respondente 8: servidor

“A melhoria na redução de alguns processos”.

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Melhoria na qualidade dos serviços desenvolvidos pela inspeção”.

Respondente 10: servidor

“A implantação da norma ISO significou uma maior racionalidade dos procedimentos do setor”.

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Padronização dos procedimentos da área resultando em melhoria na execução das tarefas”.

Respondente 12: servidor

“Padronização de procedimento”

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Representou a definição de procedimentos padronizados no exame de processo de representação de contas anual”.

Respondente 14: servidor

“Mais direcionamento dos trabalhos executados, segurança, organização e funcionalidade”.

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Padronização das atividades executadas no Setor; avaliação por indicadores; visão geral da organização”.

Respondente 16: servidor

“Qualidade nos trabalhos apresentados; servidor qualificado; aperfeiçoamento dos setores de informática; padronização dos procedimentos”.

Quadro 3.4: Variável 1- Representação da implantação da norma ISO no setor de trabalho.

Fonte: Dados da pesquisa.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Tomadas e prestações de contas; representações; representação do TCE; denúncias; solicitações de auditorias/inspeções pela Assembleia Legislativa; comunicações do Controle Interno; capacitação; aquisições; política de segurança de T.I.; gestão estratégica”.

Respondente 2: servidor

“Representação do TCE, denúncias, representações, solicitações de inspeções / auditorias pela Assembleia Legislativa, capacitação de servidores, comunicação do Controle Interno, celeridade na análise dos processos”.

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Procedimento de backup; gravação e criação de arquivos e pastas.”

Respondente 4: servidor

“Armazenamento de arquivos com nomenclaturas padronizadas; melhorias na sistemática de backup.”

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor

“Uma das alterações foi a padronização da nomenclatura dos arquivos eletrônicos”.

Respondente 6: servidor

Não respondeu

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e protocolo**: gestor

“A criação de fluxograma das atividades, a rotina de arquivamento dos documentos, a identificação dos documentos das pastas”.

Respondente 8: servidor

“Não recordo.”

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Instrução de processos de prestação de contas anuais”.

Respondente 10: servidor

“Os relacionados com a tramitação de processos e que estão discriminados (na forma atual) no PCI das inspeções de controle externo”.

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“As prestações de contas anuais dos órgãos e entidades da administração pública estadual a partir do exercício de 2003”.

Respondente 12: servidor

“Trâmite de processos, competência dos cargos, atividades desenvolvidas em cada tipo de processo, criação de registro”.

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Processo de prestação de contas anual.”

Respondente 14: servidor

“Prestações de contas”.

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Prestação de contas anual (inspeções gerais); representação do TCE (iniciativa interna); representação e denúncia; solicitação de inspeção/auditoria da Assembleia Legislativa e outros de iniciativa externa”.

Respondente 16: servidor

“Os processos de prestação de contas anuais, representações, solicitação de auditoria, solicitação de inspeção, denúncia e representação do TCE quanto à gestão patrimonial.”

Quadro 3.5: Variável 2- Alteração nos processos durante o período de implantação da norma ISO.

Fonte: Dados da pesquisa.

O Gráfico 3.1 apresenta uma pulverização de resultados apurados na Variável 3 - Percepção de melhorias proporcionadas ao processo da gestão estratégica com a norma ISO. Isso revela a necessidade de intensificar e compatibilizar as ações do SGQ com a Gestão Estratégica, visando a uma melhor percepção e entendimento do processo. De toda sorte, há uma tendência positiva, sinalizando que a maioria dos pesquisados assimilaram o contexto, fato demonstrado nos percentuais de “concordo” e “concordo totalmente”. Os integrantes dos setores pesquisados constatarem melhoramentos com a implantação do SGQ.

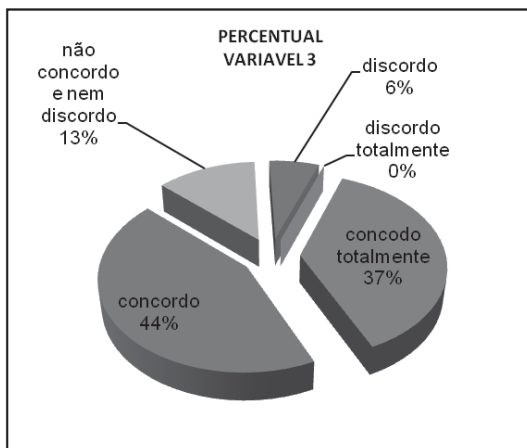


Gráfico 3.1: A percepção da implantação da norma ISO oferece melhorias ao processo de gestão estratégica.

Fonte: Dados da pesquisa.

O Quadro 3.6 apresenta respostas diversificadas sobre os termos indicados na Variável 4 – Palavras lembradas ao ouvir os termos: Qualidade, ISO e Processo; tal variável teve como característica o modelo de pergunta com associação de palavras. O resultado obtido mostrou que os respondentes possuem familiaridade com as palavras indicadas, utilizam um vocabulário característico e coerente com o tema estudado.

Assessoria de Planejamento e Gestão Respondente 1: gestor.	Qualidade = Atendimento aos requisitos do cliente ISO = Padrão de qualidade Processo = Transformação
Respondente 2: servidor	Qualidade = Excelência, melhoria contínua ISO = Sistema de Gestão da Qualidade (SGQ) Processo = Conjunto de ações que objetivam atingir uma meta

Serviço de Tecnologia da Informação Respondente 3: gestor	Qualidade = Eficiência ISO = Padronização Processo = Procedimento
Respondente 4: servidor	Qualidade = Gestão ISO = Normatização Processo = Documentação
Recursos Humanos Respondente 5: gestor	Qualidade = Eficiência ISO = Melhoria Processo = Trâmite
Respondente 6: servidor	Qualidade = Perfeição ISO = Padrão Processo = Realização com eficiência
Serviço de Atendimento e protocolo Respondente 7: gestor substituto	Qualidade = Presteza nas informações ISO = Organização Processo = Tramitação
Respondente 8: servidor	Qualidade = Preferência ISO = qualidade Processo = resolução
2ª Inspeção de Controle Externo Respondente 9: gestor	Qualidade = Utilidade ISO = Norma Processo = Procedimento
Respondente 10: servidor	Qualidade = Valor ISO = Norma Processo = Fluxo
3ª Inspeção de Controle Externo: Respondente 11: gestor	Qualidade = Qualificação ISO = Melhoria Processo = Procedimentos
Respondente 12: servidor	Qualidade = Melhor prestação de serviço ISO = Uniformização Processo = Conjunto de atos
4ª Inspeção de Controle Externo Respondente 13: gestor	Qualidade = Padrão ISO = Norma Processo = Procedimentos

Respondente 14: servidor	Qualidade = Fazer com perfeição ISO = Qualidade, eficiência Processo = Procedimentos e melhorias
8ª Inspeção de Controle Externo Respondente 15: gestor	Qualidade = Perfeito ISO = Padronização Processo = Tramitação
Respondente 16: servidor	Qualidade = Melhoria / aperfeiçoamento ISO = Padronização / qualificação Processo = Mudança / tramitação

Quadro 3.6: Variável 4 - Palavras lembradas ao ouvir os termos: Qualidade, ISO e Processo.

Fonte: Dados da pesquisa.

Quanto aos quadros: 3.7 e 3.8, foram aplicados questionários em 08(oito) setores do Órgão em estudo, tendo participado da pesquisa apenas gestores e servidores, conforme norma interna da organização.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Avaliação de desempenho por meio de indicadores; realização de pesquisa de satisfação de clientes; realização de processo por meio de Procedimento de Controle Interno; realizações mensais de Análise Crítica da Direção para verificar a Conformidade do Sistema; Programa Anual de Treinamento; tratamento das ações corretivas e preventivas das não-conformidades determinadas; auditorias internas e externas programadas; aplicativo Fale Conosco, entre outros”.

Respondente 2: servidor

“Pesquisa de satisfação de clientes; auditorias internas da Qualidade; treinamento da Política da Qualidade para servidores; reuniões mensais de Análise Crítica da Direção; implementação do Comitê da Qualidade”.

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Documentação de procedimentos; competências individuais dos servidores”.

Respondente 4: servidor

“Acesso automático de documentos pelo principal programa de acompanhamento de processos; preocupação em seguir as regras estabelecidas”.

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor

“A organização planeja e desenvolve os processos necessários para a realização dos produtos”.

Respondente 6: servidor

Não respondeu

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e protocolo**: gestor

“A criação do Sistema de Atendimento Fale Conosco, a criação do PCI's (Procedimentos de Controle Interno)”.

Respondente 8: servidor
Não respondeu

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Plano anual de auditoria; procedimento de Controle Interno; sistemas de TI aplicados ao controle externo”.

Respondente 10: servidor

“Criação de indicadores; auditorias internas frequentes; elaboração de procedimentos de controle interno (PCIs) para cada setor do órgão; reuniões para análise de dados dos resultados das auditorias internas e externas”.

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Melhoria no SAP (Sistema de Acompanhamento de Processo); padronização do procedimento das inspeções”.

Respondente 12: servidor

“Definição de uma política para análise da aplicação dos recursos públicos; instituição de um plano anual de auditoria, construção de indicadores de desempenho para as áreas envolvidas”.

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Estabelecimento de indicadores; definição de metas a serem alcançadas; definição de critérios na seleção dos processos de prestação de contas a serem examinados”.

Respondente 14: servidor

“Os PCIs das unidades setoriais; os indicadores de desempenho; as discussões sobre melhoria em cada setor deste Tribunal; as reuniões; os comitês”.

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Criações dos PCIs (Procedimento de Controle Interno); manuais padronizados; capacitação dos servidores”.

Respondente 16: servidor

“Criação dos PCIs; padronização dos procedimentos; monitoramento e medida de trabalho por meio de indicadores; treinamento dos servidores; mudança funcional do SAP”.

Quadro 3.7: Variável 5 - Inovações obtidas pela organização com a implantação e certificação da norma ISO.

Fonte: Dados da pesquisa.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Foram aperfeiçoados 20 Procedimentos de Controle Interno. Na Assessoria de Planejamento e Gestão quatro Procedimentos de Controle Interno – PCIs: Controle de Documentos e Registros; Auditorias Internas da Qualidade; Ações Corretivas e Preventivas; Controle de Produto não-conforme”.

Respondente 2: servidor

“Foi implantado o PCI – Procedimento de Controle Interno, Relatório de Auditoria Interna, Relatório de não-conformidade, Ação Preventiva, Planejamento de Auditoria, Lista Mestra de documentos internos, Lista Mestra de documentos externos”.

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Controle de competências individuais; controle dos registros”.

Respondente 4: servidor

“Melhora na sistemática e backup e melhora na documentação/registo de ocorrências”.

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor

“Promoção de treinamentos ou tomar outras ações para atingir as competências necessárias.”.

Respondente 6: servidor

“Padronização de documentos”

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e protocolo**: gestor

“A celeridade, qualidade nas informações, compromisso com os clientes, uma padronização nas atividades”.

Respondente 8: servidor

Não respondeu

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Elaboração de relatórios de auditoria; manual de instrução de processos de tomadas e prestação de contas anuais; procedimentos de controle interno”.

Respondente 10: servidor

“Mapeamento das interações das atividades entre os diferentes setores do órgão. Maior controle de dados gerados pelo monitoramento das medições. Rastreabilidade dos processos melhorada”.

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Procedimento das inspeções de controle externo.”

Respondente 12: servidor

“Implantação da ferramenta SAP – Sistema de Acompanhamento de Processo. Criação de documentos para planejar auditoria, bem como para solicitar autorização de auditorias”.

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Planejamento do trabalho a ser desenvolvido; controle da tramitação do processo; manualização dos procedimentos a serem aplicados”.

Respondente 14: servidor

“Avaliação de desempenho pessoal e institucional; procedimentos adequados em processos deste Tribunal”.

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Indicadores estabelecidos; aperfeiçoamento do Sistema de Acompanhamento de Processo (SAP); formalização dos processos”.

Respondente 16: servidor

“Padronização. Produção de manuais (PCI's). Manualização dos processos áreas fins. Manual de qualidade”.

Quadro 3.8: Variável 6 - Implantação e aperfeiçoamento de procedimentos de trabalho na organização, com a adoção do Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ, baseado na norma ISO.

Fonte: Dados da pesquisa.

O Gráfico 3.2 revela a apuração da Variável 7 – Contribuição dos novos procedimentos para elevação do nível de gestão do Órgão. O resultado obtido na pesquisa evidencia uma tendência superior de utilização das opções: “concordo totalmente” e “concordo” – havendo prevalência da primeira –, ou seja, os integrantes dos setores pesquisados percebem e concordam totalmente quanto à contribuição e elevação significativas com

a implantação do SGQ.

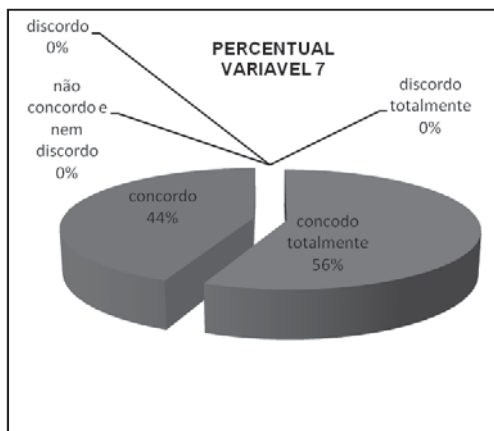


Gráfico 3.2: Contribuição dos novos procedimentos para elevação do nível de gestão do Órgão.

Fonte: Dados da pesquisa.

O Gráfico 3.3 demonstra o resultado percentual da Variável 8 – Representação das competências humanas e institucionais estabelecidas contribui para o cumprimento da missão. O resultado obtido na pesquisa, apesar da predominância respectiva das opções “concordo” e “concordo totalmente”, foi a sinalização de que alguns respondentes ainda não assimilaram satisfatoriamente a estratégia ou ainda não foram contemplados em suas necessidades de clientes internos. É oportuno salientar que o somatório dos percentuais das demais opções não corresponde à metade da segunda colocada no gráfico. Os integrantes dos setores pesquisados entendem que as referidas competências indicadas no SGQ auxiliam a realização da missão.

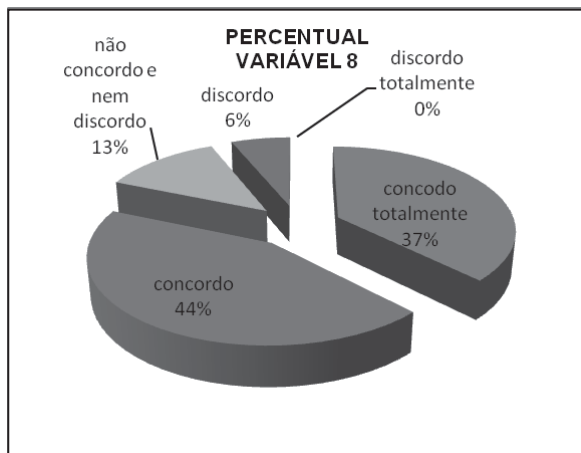


Gráfico 3.3: Representação das competências humanas e institucionais estabelecidas contribui para o cumprimento da missão.

Fonte: Dados da pesquisa.

Quanto aos quadros: 3.9, 3.10 e 3.11, foram aplicados questionários em 08(oito) setores do Órgão em estudo, tendo participado da pesquisa apenas gestores e servidores, conforme norma interna da organização.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Assegurar um alto nível de qualidade no desempenho dos servidores. Bem como nos produtos/serviços oferecidos pelo Órgão aos clientes. Além desse principal, podemos acrescentar a mudança na cultura do Tribunal que passou a integrar o seleto grupo das organizações que optaram em se modernizar adotando uma Gestão de Qualidade como Estratégia”.

Respondente 2: servidor

“Por meio do comprometimento da Alta Direção (Presidência), possibilita aos servidores e colaboradores um padrão de conhecimento de valiosa importância do SGQ (Sistema de Gestão da Qualidade) que representa, perante os órgãos públicos e a sociedade, um destaque em relação à modernização, transparência dos seus atos e busca da melhoria contínua dentro da organização”.

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Padronização.”

Respondente 4: servidor

“Documentação e aplicação dos documentos adotados; visão externa (dos auditores externos/internos) facilita a localização de erro ou falhas”.

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor

“O planejamento para realização de todos os processos”.

Respondente 6: servidor

“Padronização dos documentos”.

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e protocolo**: gestor

“A organização, a celeridade dos processos que tramitam neste órgão, a informatização, com relação ao atendimento e a satisfação do cliente.”

Respondente 8: servidor

“A qualidade que se aprimora”.

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Melhoria contínua dos processos; documentação dos resultados (indicadores); capacitação de servidores; comprometimento dos servidores”.

Respondente 10: servidor

“Racionalização dos procedimentos. Utilização de indicadores que podem servir ao planejamento estratégico. Uma quantificação de situações que mostram mais claramente os pontos fracos e fortes do sistema”.

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Melhoria contínua dos procedimentos adotados”.

Respondente 12: servidor

“A grande vantagem é registrar as atividades e uniformizar a forma de trabalho dos setores”.

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Padronização de procedimentos; maior compromisso com o alcance dos requisitos estabelecidos pela organização”.

Respondente 14: servidor

“Melhoria da gestão do órgão, relacionados aos aspectos administrativos e pessoas”.

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Padronização de processos; capacitação e comprometimento do servidor; qualidade dos trabalhos (formatação)”.

Respondente 16: servidor

“Padronização dos procedimentos. Melhoria contínua dos processos. Monitoramento e medição de processos. Qualidade nos trabalhos elaborados. Servidores capacitados”.

Quadro 3.9: Variável 9 - Vantagens verificadas na aplicação da norma.

Fonte: Dados da pesquisa.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Não observei nenhuma desvantagem na adoção do Sistema de Gestão da Qualidade, com base na Norma ISO”.

Respondente 2: servidor

“Não foram evidenciadas, já que trata de um sistema que prima pela qualidade na organização.”

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Excesso de burocracia”.

Respondente 4: servidor

“Muito protocolo, quantidade de gestão de documentos muito extensa, a frequência das auditorias muito próximas, faz com que tenhamos muitas demandas”.

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestor
“Resistência das pessoas à adequação da norma”.

Respondente 6: servidor

Não respondeu

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e Protocolo**: gestor

“Não vejo desvantagens.”

Respondente 8: servidor

Não respondeu

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

Não respondeu

Respondente 10: servidor

“Perigo de tornar a padronização como fim em si e não um meio para se melhorar o serviço prestado pelo órgão à sociedade.”

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

Não respondeu

Respondente 12: servidor

“A dificuldade para alterar as rotinas.”

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Não vejo desvantagens na aplicação da norma.”

Respondente 14: servidor

“Ausência de liberdade no procedimento das ações.”

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Visto no aspecto custo x benefício pela implantação do sistema ISO (visão futura).”

Respondente 16: servidor

Não respondeu

Quadro 3.10: Variável 10 - Desvantagens verificadas com a aplicação da norma.

Fonte: Dados da pesquisa.

Respondente 1 da **Assessoria de Planejamento e Gestão**: gestor

“Resistência às mudanças; implantar a cultura de gestão por resultados.”

Respondente 2: servidor

“Dificuldade na implantação dos indicadores; documentar os PCI's (Procedimentos de Controle Interno).”

Respondente 3 do **Serviço de Tecnologia da Informação**: gestor

“Mudança na forma de trabalhar, ou seja, sair de rotinas costumeiras para procedimentos escritos. Outro fator é a questão relativa às auditorias internas e externas”.

Respondente 4: servidor

“Tornar menos impactante a mudança da cultura do Órgão.”

Respondente 5 do **Recursos Humanos**: gestão

“Capacitar os participantes a interpretarem os requisitos da norma.”

Respondente 6: servidor

“A internalização da norma”.

Respondente 7 do **Serviço de Atendimento e Protocolo**: gestão

“A resistência de algumas pessoas em aceitar a mudança, mas a maioria aceitou e colabora, diversidade de ações quanto a tramitação de processos.”

Respondente 8: servidor

“A aceitação de alguns”.

Respondente 9 da **2ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Manter melhoria contínua dos processos. O compromisso da alta direção com o Sistema de Gestão da Qualidade. Manter o Tribunal com os recursos necessários para cumprir todos os requisitos da norma”.

Respondente 10: servidor

“O principal desafio é manter a filosofia da melhoria contínua para evitar uma estagnação que degenera um retrocesso. É manter as pessoas entusiasmadas para sempre propor uma melhoria de procedimentos.”

Respondente 11 da **3ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Vencer os que não acreditam na norma.”

Respondente 12: servidor

“O comprometimento dos servidores.”

Respondente 13 da **4ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Definir o padrão a ser seguido; criação de indicadores adequados para medir os resultados da organização.”

Respondente 14: servidor

“Comprometimento dos gestores com os procedimentos de trabalho realizados pela Instituição e com os resultados alcançados, devido à mudança de mandato dos respectivos gestores.”

Respondente 15 da **8ª Inspeção de Controle Externo**: gestor

“Modificação da cultura interna (em dose menor); sintonia entre os PCI's e os sistemas gerenciais (SAP e outros).”

Respondente 16: servidor

“Desafio em desenvolver os processos. Desafio de passar a trabalhar com indicadores. Aceitação de mudanças (cultural) ”.

Quadro 3.11: Variável 11 – Percepção dos desafios principais na aplicação da norma.

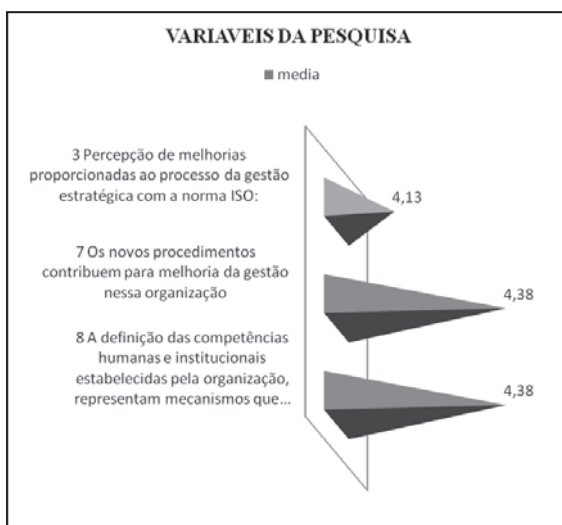
Fonte: Dados da pesquisa.

Com relação às Variáveis: 3, 7 e 8, foram constituídas de perguntas afirmativas para analisar o grau de concordância e discordância, tendo como fundamentação teórica o que preconiza (KOTLER, 2000, p.132). A variável 4 foi composta por associação de palavras. Referente às variáveis 1, 2, 5, 6, 9, 10 e 11, provenientes das questões abertas do questionário da pesquisa,

há evidências de que os respondentes conhecem o SGQ e as inovações advindas de sua implementação. O Gráfico 3.4 representa um comparativo das médias obtidas na apuração dos dados referentes aos quesitos 3, 5 e 7 do questionário, objetivamente fechadas.

Gráfico 3.4: representa um comparativo entre as médias obtidas na apuração dos dados referentes aos quesitos: 3, 5 e 7 do questionário, objetivamente fechadas.

Fonte: Dados da pesquisa



4. Considerações finais

A elaboração deste estudo acadêmico denominado artigo científico, intitulado Gestão da Qualidade em um Órgão Público Auxiliar do Poder Legislativo Estadual foi iniciada em fevereiro de 2010. É oportuno salientar que, no primeiro momento, a recepção foi realizada pela liderança da Coordenação de Planejamento e Gestão do Órgão em estudo, a qual dispensou tratamento cordial, respeitoso e cooperativo, assim como disponibilizou a estrutura funcional: material, humana e documental para o bom desenvolvimento do estudo e da pesquisa correspondente.

Durante as diversas visitas e buscas nas fontes de pesquisa internas, teve-se a saudável oportunidade de conhecer o capital humano; a estrutura organizacional; a filosofia de gestão empregada; os processos internos; e, por fim, o funcionamento pleno da máquina administrativa do Órgão pesquisado.

Os resultados alcançados através das pesquisas e dos estudos desenvolvidos mostraram os impactos provocados na organização com a implantação do Sistema de Gestão da Qualidade – SGQ/ISO nos diversos segmentos internos e os reflexos positivos proporcionados à gestão e ao cliente interno, beneficiando, como consequência, o cidadão – contribuinte da Administração Pública.

Na realização dos trabalhos, ocorreu a satisfatória oportunidade de exercitar, aprimorar e fixar os conhecimentos adquiridos na disciplina de Trabalho de Curso Orientado de Administração de Empresas – Bacharelado da FGF, assim como a chance ímpar de contribuir para a melhoria contínua de um organismo público de prestação de serviços à sociedade e para o crescimento da ciência e do estudo acadêmico.

A palavra da moda, QUALIDADE, está associada a outros pressupostos e requisitos da vida comum e da sistemática das organizações empresariais (estatais ou de direito privado). Cidadãos, especialistas, estudantes, teóricos, entre outros, compartilham do mesmo sentimento empírico e das mesmas expectativas e necessidade, na posição clientes-usuários, de bens e serviços, notadamente na perspectiva de que estes sejam providos e precedidos das seguintes características: eficiência, eficácia, efetividade, durabilidade e baixo custo.

No mês de setembro de 2009, essa organização foi recertificada na versão NBR ISO 9001:2008. Isso demonstra e confirma o compromisso ora assumido pelos gestores e servidores, reiterando pressupostos da busca pela melhoria contínua, capacitação constante de seu capital humano e direcionamento de esforços para satisfação dos clientes em geral.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 6023**: informação e documentação: referência – elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. **NBR ISO 9001**: Sistema de Gestão da Qualidade – Requisitos. Rio de Janeiro, 2000.

_____. **NBR ISO 9001**: Sistema de Gestão da Qualidade – Requisitos. Rio de Janeiro, 2008.

BATEMAN, Thomas S; SNELL, Scott A. **Administração**: construindo vantagem competitiva. Tradução Celso A. Rimoli; revisão técnica José Ernesto L. Gonçalves, Patrícia da C. Tavares. São Paulo: Atlas, 1998.

CAMPOS, Vicente Falcone; (Orgs). **TQC**: Controle da Qualidade Total (no estilo japonês). 6. ed. Rio de Janeiro: Bloch Editora, 1992.

DIAS, Sérgio Roberto et al. **Gestão de Marketing**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DEMING, William Edwards. **Qualidade**: a revolução da administração; tradução de Clave Comunicação e Recursos Humanos. Rio de Janeiro: Marques - Saraiva, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GOOGLE, imagem. Sandro Cantídio. Disponível em: <<http://www.google.com.br/imgres?imgurl=http://sandrocan.files.wordpress.com/2009/01/pdca12.jpg&imgrefurl=http://sandrocan.wordpress.com/tag/matriz-gut/>>, Acesso: 20 jun.2010.

JURAN, J. M; GRYNA, Frank M. **Controle da qualidade**. Coordenação de tradução Maria Cláudia de Oliveira Santos; revisão técnica TSQ Engenharia. São Paulo: Makron, McGraw-Hill, 1991.

KOTLER, Philip. **Administração de marketing**: a edição do novo milênio; tradução Bazán Tecnologia e Linguística; revisão Arão Sapiro. São Paulo: Prentice Hall, 2000.

MAGALHÃES, Gabriela. Ciclo PDCA. Disponível em:
< <http://www.google.com.br/3.bp.blogspot.com/ciclo-pdca.html&h=34> > .Acesso: 13 jun.2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Cit., 21 ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero e José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, 1996.

MEGGINSON, Leon C; MOSLEY, Donald C.; PIETRI, Paul H. Jr. **Administração**: conceitos e aplicações; coordenação de tradução Maria Isabel Hopp. 4. Ed. São Paulo: Editora Harbra, 1998.

OLIVEIRA, Otávio J (Org). **Gestão da Qualidade**: tópicos avançados. 1 ed. São Paulo: Thomshon Learning, 2003.

PALADINI, Edson Pacheco. **Gestão da Qualidade**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SAMARA, Beatriz Santos; BARROS, José Carlos de. **Pesquisa de marketing**: conceitos e metodologia. 4. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS - TJDF. **Metodologia de Gerenciamento do Projeto** Disponível em: < www.tjdft.jus.br/.../img/Prima/Ciclo%20PDCA.jpg > .Acesso: 22 jun.2010.

UNIVERSIDADE DO SUL DO SANTA CATARINA, Programa de Bibliotecas. **Trabalhos acadêmicos da UNISUL**: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese.

As Agências Reguladoras como Instrumento de Sinergia da Imersão Estatal

Sueine Patrícia Cunha de Souza

Graduação em Direito UFPE, Mestranda em Direito UFPE,
Assistente Técnico Administrativo da Receita Federal do Brasil.

Resumo: As agências reguladoras são entes estatais surgidos com o processo de privatização do país, possuindo o escopo de regular, fiscalizar e expedir normas no setor econômico no qual atua. Por meio de uma visão sinérgica, analisamos quais os fatores que devem existir para garantir uma gestão democrática na prestação de serviços públicos pelos entes regulados, colaborando para um estado imerso. Disponibilidade de informação e instrumentos de controle social são levantados como capazes de permitir uma maior inserção do Estado no contexto social e legitimar a existência das agências reguladoras.

1. Introdução

O presente artigo aborda a questão das agências reguladoras de nosso ordenamento, focando nos conceitos de autonomia inserida do Estado e de sinergia regulatória.

Percebe-se que a complexidade da sociedade e o aprofundamento das redes de comunicação foram fatores de modificação da própria estrutura do Estado.

É cediço que as referidas entidades basearam-se no modelo norte-americano e ingressaram no nosso direito pela abertura econômica e políticas de privatizações da década de 90 do século passado.

Assim, a implantação das agências reguladoras não se adequa integralmente às estruturas clássicas da organização constitucional. Ademais, surge um paralelo com as autarquias já existentes, que guardam elementos semelhantes, como a concessão de maior autonomia.

Porém, ante à complexidade da sociedade contemporânea, as agências reguladoras são estruturas mais próximas aos cidadãos, motivo pelo

qual pretendemos demonstrar a importância da sua existência na prestação estatal.

Para isso, devem-se ressaltar os elementos necessários para que haja a interação e cooperativismo social, imprescindíveis para a caracterização de um Estado inserido, ou seja, um Estado livre da pressão de grupos de interesses, mas, ao mesmo tempo, efetivando uma gestão participativa.

Dessa forma, uma visão sinérgica da atuação estatal, pode ser ponto fundamental para uma solução mais integrada à dinâmica da sociedade brasileira.

2. Surgimento do modelo regulador no contexto histórico

O estado, assim como conhecemos atualmente, nasceu absolutista, no qual os poderes estavam concentrados na figura do soberano, o rei. A liberdade do comércio, quando existia, era bastante restrita, havendo também limitação dos dogmas religiosos aos lucros e à exploração comercial.

Com a queda do absolutismo, em contraposição, o sistema político emergente baseou-se na intervenção mínima do estado, privilegiando-se a autonomia privada e a atuação desembaraçada da economia.

Este novo estado, com viés democrático, ficou conhecido como Estado Liberal, justamente porque tinha como escopo, no âmbito econômico, em termos gerais, auxiliar o regular desempenho das atividades econômicas e assegurar os benefícios da classe burguesa.

Já na segunda fase do Estado Democrático, referida como modernidade ou Estado Social (welfare state) ou, ainda, Estado Democrático de Direito¹, iniciada em meados do século XX, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista.

As mazelas provocadas pela liberdade desenfreada do mercado, contudo, tornou evidente as externalidades e assimetrias que surgiram, seja porque ao mercado elas não interessavam (diante da essência eminentemente

¹ Apesar da existência de outras nomenclaturas, acreditamos que a expressão Estado Democrático do Direito é a mais adequada para uma manifestação jus-política complexa.

lucrativa daquele), seja porque não possuía instrumentos para contê-las.

A marginalização social, a fome, a poluição ambiental, a concorrência desleal, dentre outros problemas, mostraram aspectos com os quais sozinho o mercado não poderia lidar satisfatoriamente.

Por conseguinte, o Estado muda novamente de paradigma, passando a atuar de forma constante e concreta na sociedade, não havendo mais um isolamento entre eles, mas uma mútua influência.

Essa atuação na sociedade também se fez presente na questão econômica e, diferentemente do modelo anterior, no qual se pregava o absenteísmo do ente estatal nas relações comerciais, a regulação econômica no Estado Social adota uma postura positiva no sentido de ação.

2.1. A necessidade de coesão de forças no novo paradigma

Com a ampliação da intervenção do Estado, contudo, esse foi se mostrando ineficiente e moroso na atuação na economia.

Por essa razão, a recente crise necessitou de uma releitura do modelo anterior, buscando-se uma nova base para a construção de um paradigma de estado que correspondesse aos anseios modernos, inseridos no contexto globalizado e que priorizasse a eficiência social.

Sendo assim, a responsabilidade social passaria a ser compartilhada pela sociedade organizada. O novo desenho político que se forma exige uma revisão das relações entre sociedade e Estado, formando uma aliança sinérgica em busca do prol comum. É nessa conciliação de forças que entra a emblemática do poder regulatório conferido às agências reguladoras.

Esse reconhecimento do papel do Estado no gerenciamento do capital social acaba por ressaltar a interdependência entre as dimensões do estado e da sociedade, no qual ambos se influenciam e são influenciados.

Neste contexto, Peter Evans compartilha deste entendimento ao afirmar que o bom desenvolvimento do Estado na economia globalizada só é possível com o empreendimento do estado na economia para fomentá-la e com capacidade para gerir e fiscalizar as partes: “national success in the current global political economy has been associated not with minimal

states but with states that are capable, active, and engaged”.²

Dentre as ponderações feitas, observa-se que o fortalecimento institucional do setor público e a democratização da administração, por meio do aumento da transparência, participação do cidadão em esferas de decisão pública e práticas gerencias, são peças-chave para o ansiado crescimento.

Ainda de acordo com Evans, este defende a tese de que uma alternativa para uma melhor gerência estatal só seria possível mediante uma visão sinérgica:

The possibility of a more progressive alternative outcome would depend in part on whether current zero-sum visions of the relation between the state and civil society can be replaced by a more synergistic view.³

Isto significa afirmar que decisões de interesses comuns da coletividade devem ser tomadas preferencialmente por instituições mais próximas ao cidadão.

Porém, frise-se que não estamos a defender uma política neoliberal, muito menos reduzir o Estado a mero regulador da economia, olvidando-se do seu caráter social e democrático.

Tampouco cairemos na ingenuidade de injuridicidades ou ilegitimidades porventura existentes. Por essa lógica, não acreditamos que a desregulamentação seja a melhor solução para a crise do Estado.

Mas, ao contrário, o debate que propomos é discutir a questão das agências reguladoras em nosso ordenamento, a partir do seu papel como instrumento de sinergia regulatória capaz de contribuir para a autonomia inserida.

Por essa razão, trouxemos outro ponto para o debate jurídico, que foi a análise das agências a partir do referencial sinérgico na construção da imersão social. Incrementamos, pois, a discussão com outros elementos conceituais para que se entenda as teias de relações de interação que se formam.

² EVANS, Peter B. The Eclipse of the State: Reflections on Stateness in an Era of Globalization. **World Politics** - Volume 50, Number 1, October 1997, pp. 62-87

³ EVANS, Peter B. Op.cit, p. 62-87

3. Referenciais teóricos: sinergia e estado imerso

Em uma ótica etimológica, a palavra sinergia deriva do grego *synergía* (*sýn* + *érgon*), no qual o *sýn* significa coordenação e *érgon*, trabalho, ou seja, trabalho coordenado de vários sistemas. Comumente, simplifica-se o conceito para a expressão “quando a soma do todo é maior do que as partes isoladas”.

O termo sinergia não é novo, sendo utilizado em várias áreas do conhecimento humano, tal como na física, na química, na biologia. Nas relações sociais, a sinergia é percebida na união dos membros de um grupo, entidade ou coletividade em prol de um objetivo comum. Entretanto essa coesão de forças, diferentemente das ciências naturais, não é espontânea.⁴

Não se pode afirmar, contudo, que a união de pessoas, um trabalho em grupo, gerará um resultado maior do que cada sujeito individualmente considerado consegue produzir, como alerta Sérgio Lins⁵, pois o resultado, prossegue o autor, pode ser simplesmente diferente ou então impossível de ser realizado sem a comunhão das partes;

Adotaremos, portanto, parafraseando Lins, a definição de sinergia como a situação na qual se efetiva a conexão e fluidez entre as partes de um conjunto, estimulando a convergência múltipla e a consciência coletiva. No campo do Direito, seria a união de atores sociais, incluindo o Estado, que, mediante a coordenação de esforços, buscam maior eficácia e qualidade na realização dos direitos individuais, sociais e econômicos tutelados pela ordem jurídica, que isoladamente não atingiriam.

Lafayette Petter define a ação sinérgica como a ação que ocorre quando se combinam dois estímulos que provocam resultado maior do que a soma dos resultados dos estímulos, atuando separadamente. Ilustra com a seguinte situação:

Por exemplo, se a política de investimentos públicos em infra-estrutura for combinada com a isenção de impostos sobre as atividades que utilizarão os produtos dali oriundos, o efeito final do investimento sobre o

⁴ LINS, Sérgio. **Sinergia**: fator de sucesso nas realizações humanas. Elsevier: Rio de Janeiro, 2005, p.17-20.

⁵ LINS, Sérgio. Op.cit.p.17-20.

incremento da renda poderá ser maior do que se as duas medidas não fossem tomadas simultaneamente.⁶

Assim, o Estado sinérgico, território no qual os setores que o compõem atuam de forma harmoniosa, só é possível com elemento que estimule e torne possível essa harmonia.

No contexto econômico-social, as agências reguladoras desempenhariam esse papel de integração. A liderança do Estado seria o ponto de apoio para conciliar os interesses sociais e econômicos, pois a existência de uma organização totalmente independente serviria de interesses individuais, atuando conforme o lobby mais poderoso, ao passo que uma organização dependente realizaria suas atividades apenas em consonância com a decisão política em apreço.

Logo, regular equilíbrio econômico-social por meio das agências seria o liame jurídico necessário para a aliança entre o poder público, o setor econômico e a sociedade civil.

E seria essa relação de cooperação, equilibrando os paradoxos de autonomia e vinculação ao interesse público, que permitiria a concretização do Estado imerso. Em outras palavras, as agências, como órgãos estatais, colaborariam para a autonomia inserida do Estado, permitindo sua ação desvinculada e democrática.

O conceito de autonomia inserida (embedded autonomy), também usado por Evans, alude à situação em que o Estado possui independência e liberdade para formular projetos próprios, sem estar atrelado diretamente ou estar subordinado a grupos de interesses. Embeddedness referem-se aos laços que conectam cidadãos e agentes públicos. Esse conceito de autonomia permite que o estado mantenha canais de contato com a sociedade, como modo de fundamentar suas ações no interesse público.⁷

⁶ PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Verbo jurídico: Porto Alegre, 2009, p.306.

⁷ Essa definição nos é dada por Ricardo Camargo, ao trazer excelente artigo da atuação sinérgica no setor elétrico. LUIZ CAMARGO, Ricardo. Sinergia nas relações entre estado-sociedade-empresendedores: um estudo preliminar sobre a possibilidade de formação de capital social no setor elétrico. In: I ENCONTRO ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO E PESQUISA EM AMBIENTE E SOCIEDADE, 2002, Indaiatuba. Disponível em: http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/energia/Ricardo%20Luiz%20Camargo.pdf

Por conseguinte, a autonomia inserida é caracterizada de acordo com a atuação do Estado como ator na elaboração de políticas públicas e seu grau de inserção e conexão com o círculo social.

Nem a coesão nem a inserção deveriam funcionar de forma isolada. A coesão interna sem inserção não poderia fornecer serviços públicos visto que carece de informação necessária sobre o que pode ser feito e isto ajuda na implementação. Sem um coesão interna, a inserção facilita a invasão privada e desorganização mais do que auxilia uma coerente implementação. Apenas a combinação contraditória dos dois – que chamo autonomia inserida – possivelmente fornece os bens públicos.⁸

Percebe-se que não basta ter uma estrutura governamental formalmente estruturada, mas, sim, que existam atores sociais envolvidos e mobilizados em torno da consecução de metas públicas.

Assim, o setor público deve incorporar a construção de civismo comunitário como elemento do seu trabalho, construindo ou dando bases para o fortalecimento do país.

4. A autonomia inserida como fundamento de uma gestão democrática

Conforme esboço histórico traçado anteriormente, o Estado pós-moderno não é um estado liberal, no qual se deixa o mercado nas mãos da livre iniciativa. Tampouco é um estado nos moldes intervencionista de Keynes, na medida em que abre o espaço da autonomia privada em diversos setores de importância social, como também promove a privatização como forma de reduzir o seu aparato.

Como fruto desse processo de desestatização, as agências reguladoras, inicialmente, tiveram papel primordial de manter a ingerência estatal nos setores agora comandados pela iniciativa privada.

Porém, tais entidades podem ser direcionadas para um papel regulatório

⁸ EVANS, Peter B. Op.cit.p.263.Tradução livre.

mais finalístico, condizente com os interesses sociais. Um prova disso é a melhoria da qualidade de vida e índice econômicos, além dos incrementos da infraestrutura do país provocados pelo atual modelo de Estado.

Há alguns anos atrás, por exemplo, poucos eram os que podiam adquirir uma linha telefônica. Hoje, a instalação, além de mais rápida, tem o custo menor, sem mencionar a questão da telefonia móvel, que alcança patamar altíssimo em toda sociedade brasileira.

Porém, para que se continue nesse processo de imersão estatal, faz-se necessário suprir o déficit democrático que se encontra as agências reguladoras, que, apesar de garantirem formalmente alguns dos instrumentos de participação popular, não dão real subsídio ao exercício efetivo dessas garantias.

No campo regulatório de serviços públicos, apontam-se, como meios de legitimação das agências reguladoras, os instrumentos processuais jurídicos constitucionais de controle social, que têm o objetivo de resguardar os princípios inerentes à prestação estatal e os direitos fundamentais do usuário.

As leis instituidoras da ANATEL, da ANP e da ANEEL, em atendimento ao exposto, por exemplo, consagram como instrumento de participação popular ativa a consulta pública e a audiência pública. De um modo geral, tais leis estabelecem a obrigatoriedade à consulta ou audiência com agentes econômicos ou consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado sempre que deva ser editado um ato ou tomada de decisão que possa afetar seus direitos.⁹

Art. 42. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca. (lei nº 9472/97).

Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de

⁹ ALEXANDRINO & PAULO, Marcelo e Vincente. MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULO. **Direito Administrativo Descomplicado**. MÉTODO: SÃO PAULO, 2009, p.181.

direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de **audiência pública** convocada e dirigida pela ANP. (lei nº 9478/97).

Há também a figura do Ouvidor, que, conforme definição retirada da lei da Aneel, deve : “zelar pela qualidade do serviço público de energia elétrica, receber, apurar e solucionar as reclamações dos usuários” (Art. 4º, §1º, da Lei nº 9.427/96), “sendo-lhe atribuída a responsabilidade final pela cobrança da correta aplicação de medidas pelos agentes no atendimento às reclamações” (Art. 8º, §1º, do Regulamento da ANEEL - Decreto nº 2.335/97).

Outro instituto de grande relevância para a questão do controle social, previsto na lei da ANATEL, é a instituição do Conselho Consultivo, considerado órgão de “participação institucionalizada da sociedade”.¹⁰

Contudo, tais mecanismos, infelizmente, não têm apresentado resultados efetivos na condução da política regulatória proposta pela Administração Pública, tanto pela falta de divulgação quanto pela complexidade dos temas colocados à discussão que não são esclarecidos para a população em geral, contribuindo para a concentração da decisão naqueles que detém o conhecimento técnico ou o poderio econômico.

O que se percebe é que a sociedade civil não está estruturada a ponto de participar tecnicamente do debate, havendo um confronto desigual com os agentes do mercado, os quais certamente dispõem de todos os argumentos técnico. Enquanto faltar uma sociedade civil integrada no processo decisório da área regulada, os processos de regulação, incluído o tão polêmico poder normativo, continuarão se segmentando independente do interesse popular.

As ampliações dos mecanismos de controle social mostram-se, portanto, fundamentais para uma parceria bem sucedida entre os empreendedores, o Estado e a sociedade. Se esta é a destinatária dos bens e serviços e razão de ser do próprio Estado, por conseguinte, este deve fornecer meios para que aquela possa exercer os seus direitos juridicamente tutelados.

¹⁰ Conforme arts. 33 e seguintes da Lei nº9472/97 e nos arts. 36 e seguintes do Regulamento da referida agência

Decerto é que não se pode falar em um Estado “imerso” se não há, efetivamente, uma participação popular nos mecanismos de gestão públicos e se essa abertura democrática não permitir uma atividade construtivista para o setor.

Tal construção imprescinde de (i) transparência das atividades das agências reguladoras e (ii) da divulgação de informações importantes, pois a divulgação de informação e a condução de propostas pela sociedade civil são pressupostos de confiança na instituição.

Se a sociedade e os setores econômicos não depositarem fé no atuar dos entes reguladores, não há como haver uma simbiose de forças.

“[...] la autonomía de la agencia depende de la eficiencia y la credibilidad de los instrumentos de control impuestos por los principales. La independencia de un agente varía con la eficacia y la credibilidad de los mecanismos de control de los que disponen los principales.[.]” ¹¹

Particularmente, vislumbramos que esta fidúcia se dá em dois níveis, no juízo de valor moral e no juízo de valor normativo. No primeiro, evita-se que as ações das agências reguladoras sejam conduzidas por pressão de empresários do mercado privado. Já o juízo normativo afirma que suas ações têm de estar pautadas segundo o princípio da legalidade.

Com relação ao vício moral, ligado à atuação política, houve a chamada “captura das agências” (agency capture), ou seja, crise de confiança nas agências reguladoras, na qual se alegou que as funções das agências estariam sendo desvirtuadas, com uma certa captura por parte dos agentes regulados, devido ao seu poder econômico, ficando os consumidores um pouco desamparados.

Floriano Azevedo Marques¹², citado por Alexandrino & Paulo, em estudo sobre o assunto, identificou 4 (quatro) graves riscos de capturar, a saber:

¹¹ ARROYO, Frederico Hernandez. La independencia de las agencias reguladoras en México: el caso de los sectores energético y de telecomunicaciones. *Gestión y Política Pública*[en línea]2007,XVI. Disponível em: <<http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=13316103>>

¹² ALEXANDRINO & PAULO, Marcelo e Vincente.Op.cit.p.175.

- 1) risco da concussão- diz respeito ao problema da corrupção;
- 2) captura por contaminação de interesses – seria o tipo mais comum de captura, na qual o órgão regulador assume os valores e interesses do regulado como supostamente fossem os interesses gerais da coletividade;
- 3) captura por insuficiência de meios – ocorre quando a atuação do agente regulador é inviabilizado pela ausência ou má qualidade de seus recursos físicos, financeiros e humanos; e
- 4) captura pelo poder político – ocorre quando não existem os instrumentos legais capazes de assegurar a efetiva autonomia da agência reguladora e ela passa a ser um mero agente dos interesses político-partidários dos governantes.

Observa-se que risco de captura prejudica não só a população civil, que utiliza o serviço, mas também os eventuais empresários e sociedade, que atuam no setor em apreço.

Acontece que os grupos de interesses são compostos por empresas que detêm posição dominante ou que possuem grande poder econômico. Assim, os anseios das micro e pequenas empresas também restariam frustrados.

A autonomia inserida, então, não significa somente que deve haver uma proteção aos consumidores, usuários, mas também que deve se manter a imparcialidade entre as próprias entidades reguladas.

Afinal, uma das principais premissas do modelo regulatório é a equidistância do órgão regulador em relação aos polos de interesse de regulação: governo, concessionárias e consumidores. Tais grupos influenciam o processo regulatório, e cada um deles atua de acordo com os próprios interesses e com o poder de pressão diferenciado.¹³

Neste sentido, como modo de preservar as agências reguladoras de ingerências indevidas, por parte dos agentes políticos e econômicos, a lei instituiu as agências de um regime jurídico especial, conferindo-lhes autonomia econômico-financeira e autonomia político-administrativa, conforme anteriormente reproduzido.

Com relação ao plano normativo, uma das mais emblemáticas questões referentes às agências reguladoras e ao direito da regulação é sua

¹³ BEZERRA FARIAS, Regina Cláudia Godin. **Controle Social na regulação do setor elétrico**. In: monografia do Tribunal de Contas e Instituto Serzedello Corrêa: Brasília, 2004. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/773260.PDF>

compatibilização com o princípio da reserva legal, a essência do modelo democrático.

Em termos gerais, além da problemática do poder regulamentar e das delegações legislativas, há a questão específica da chamada deslegalização, que contrasta com os conceitos tradicionais ao contemplar a transferência de competências normativas primárias para uma entidade da Administração.

Sumariamente, a justificativa encontrada para o poder normativo das agências reguladoras decorre do reconhecimento da limitação do Legislativo corresponder de forma célere às demandas complexas das atividades econômicas e também dos serviços públicos regulados na sociedade capitalista moderna.

Em oposição a esta restrição, a doutrina desenvolveu a teoria da delegificação, que preceitua que a lei degrade uma disciplina legal para o nível hierárquico regulamentar, permitindo, assim, a sua regulação via atos administrativos normativos.

Neste sentido, Alexandre Santos de Aragão sustenta que:

“Por este entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. E, com efeito, se este tem poder para revogar uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?”¹⁴

De fato, segundo o entendimento do autor não se trata propriamente de deferir ao regulamento o poder de criar normas jurídicas cogentes, mas de uma disciplina legal, que muda para outro ente a atribuição de normatizar determinada matéria.

A deslegalização, assim, consiste na possibilidade de outras fontes

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, p.47, abril/maio, 2002.

normativas regularem determinada matéria, ou seja, seria uma transferência normativa.

Porém, a fim de não ferir a tripartição de poderes, o poder normativo das agências deverá ser limitado às questões técnicas, que fogem ao alcance do conhecimento dos nossos parlamentares;

Realmente, não se coaduna com o atual estágio de dinâmica econômico-social que o Legislativo seja requisitado a fazer diversas leis sobre assuntos tão técnicos e tão específicos que fogem ao seu conhecimento.

A dinâmica da sociedade, pois, seria a própria justificativa da existência dessas entidades, ainda que factualmente sua origem seja exógena.

Los motivos de creación de las agencias reguladoras son múltiples, pero pueden sintetizarse en la combinación de la necesidad de obtener mayor credibilidad nacional e internacional en materia de regulación y la necesidad de hacer frente a la presión de los operadores del sector regulado que solicitaban un modelo más estable e independiente de regulación. La percepción que las agencias reguladoras han logrado un modelo cultural propio, una identidad propia, totalmente distinta a la del resto del entramado institucional del país.¹⁵

Logo, por mais crítica que se faça ao modelo atual, por mais pessimistas que sejam, o fato é que a regulação é palpável e merece uma atenção maior, não só em termos doutrinários, mas também por parte do legislador brasileiro.

Tal situação leva-nos a concluir que os avanços conquistados na prestação de serviços públicos e a complexa especialização dos setores regulados exigem que haja uma mudança na qualidade da atuação do Estado, pois, para haver eficiência e qualidade no serviço público, na função reguladora, justamente há a necessidade da visão sinérgica da ação do Estado.

¹⁵ MATAS, Carles Ramió. .La fortaleza institucional de las nuevas agencias reguladoras de los países de America Latina: Los casos de Perú y República Dominicana. **Documento CIDOB América Latina**. Barcelona, nº19, p.17,2007.

Somente com a retomada da credibilidade popular e da consonância legal da sua atuação é que o modelo regulatório brasileiro poderá evoluir e mostrar eficácia, concretizando a autonomia inserida.

7. Conclusão

O Estado Liberal tem como uma de suas premissas a intervenção quase inexistente do Estado atuando na esfera privada e na economia. No modelo atual, o Estado não está impedido de atuar economia, mas sua função essencial está em acompanhá-la através de sua regulação, fiscalização e planejamento.

Neste sentido é que surgiram as agências reguladoras, como modo de exercer a função estatal regulatória. Este modelo foi adotado do direito norte-americano, apesar de não haver uma correspondência direta entre a função exercida lá e o escopo que foi designado a estes entes pelo ordenamento brasileiro.

Contudo, ainda que na prática tenha se planejado dotar o Estado de eficiência na prestação dos serviços públicos e corrigir as falhas de mercado, na realidade o atuar das agências acabou sendo prejudicado pela alegação de ilegalidade e pela falta de legitimidade democrática.

A ilegalidade está intimamente associada com a polêmica do poder normativo das agências e a falta de adaptação da estrutura das agências ao direito pátrio.

Por sua vez, o déficit democrático faz-se gritante pela falta de transparência e controle da política regulatória das agências. Ademais, a desconfiança da sociedade civil e dos próprios entes econômicos são frutos da comentada “crise de captura”, caracterizada pelo desvio da função das agências em decorrência do lobby econômico de algumas empresas.

Toda essa problemática dificulta que haja uma autonomia inserida pura no contexto brasileiro. Há a previsão formal de canais de comunicação e controle entre o Estado e a sociedade, mas todas as inconsistências do modelo acabam interferindo na interação.

A solução encontrada foi fortalecer as vias de comunicação com a sociedade, integrando-a ao processo decisório e aos mecanismos de

controle e mantendo-a informada dos assuntos de interesse. De igual modo, defendeu-se a dosagem equilibrada da independência das agências para que ajam da forma mais neutra possível e, ao mesmo tempo, sem esquecer as demandas coletivas.

Sob uma ótica sinérgica, portanto, vimos que, para que haja uma efetiva autonomia imersa do Estado, faz-se necessário concretizar instrumentos de gestão participativa e de confiança. Parte-se do pressuposto que a coesão de forças será um meio de alcançar o princípio da eficiência, reduzindo os custos do Estado e mediando interesses antagônicos.

Referências

ALEXANDRINO & PAULO, Marcelo e Vincente. MARCELO ALEXANDRINO & VICENTE PAULO. **Direito Administrativo Descomplicado**. MÉTODO:SÃO PAULO,2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13,p.47, abril/maio, 2002.

ARROYO, Frederico Hernandez. La independencia de las agencias reguladoras em México: el caso de los sectores energético y de telecomunicaciones. Gestión y **Política. Pública** [enlínea] 2007, XVI. Disponível em: < <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=13316103> > ISSN 1405-1079

BEZERRA FARIAS, Regina Cláudia Godin. **Controle Social na regulação do setor elétrico**. In: monografia do Tribunal de Contas e Instituto Serzedello Corrêa:Brasília,2004.Disponível em:<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/773260.PDF>

EVANS, Peter B. The Eclipse of the State: Reflections on Stateness in an Era of Globalization. **World Politics** - Volume 50, Number 1, October 1997.

LINS, Sérgio. Sinergia: fator de sucesso nas realizações humanas. Elsevier: Rio de Janeiro, 2005.

LUIZ CAMARGO, Ricardo. Sinergia nas relações entre estado-sociedade-empREENDEDORES: um estudo preliminar sobre a possibilidade de formação de capital social no setor elétrico. In: I ENCONTRO ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS GRADUAÇÃO.PESQUISA.EM.AMBIENTE.E.SOCIEDADE,2002,Indaiatuba.Disponível.em:http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/energia/Ricardo%20Luiz%20Camargo.pdf

MATAS, Carles Ramió. La fortaleza institucional de las nuevas agencias reguladoras de los países de America Latina: Los casos de Perú y República Dominicana. **Documento CIDOB América Latina**. Barcelona, nº19, p.17,2007.

PETTER, Lafayette Josué. **Direito Econômico**. Verbo jurídico: Porto Alegre, 2009.

As Políticas Públicas e a Participação do Cidadão

Carlos Mágnio Gomes Rocha

1º Lugar no II Concurso Nacional de Redação

“Prêmio Ministro Plácido Castelo”

Colégio Farias Brito

No curso do desenvolvimento atual, há interesses divergentes entre os cidadãos e as organizações, quando a dimensão econômica determina, sozinha, os rumos para o progresso. A desigualdade social, vinculada a isso, interfere no relacionamento entre os grupos sociais e o Estado. As intervenções na realidade se fazem por meio de políticas públicas, que representam a tradução aproximada dos anseios sociais coletivos.

No Brasil, verifica-se a disseminação da ideia de participação na sociedade como força transformadora. Questiona-se se é possível a mudança de posicionamento do cidadão, de objeto a sujeito, arquiteto das relações sociopolíticas. Como exemplos dessa participação, pode-se citar a do cidadão em conselhos deliberativos e em audiências públicas. Busca-se articular o Estado e a sociedade civil, visando a um desenvolvimento que seja socialmente justo, economicamente viável e sustentável em termos ambientais, no contexto da sociedade brasileira atual, que é plural, complexa e diferenciada.

O capitalismo, invariavelmente, leva ao desemprego estrutural. Por isso, o direito à vida não pode depender apenas do trabalho. Deriva daí a implantação de uma renda mínima para cidadãos carentes. Este modelo se manifestou por meio de programas de transferência de renda, cuja federalização aconteceu em 1997. A implantação do Bolsa Escola e do Bolsa Alimentação deu credibilidade às iniciativas, junto com o Bolsa Família, que ampliou a sua área de atuação. Frequência escolar, alfabetização e vacinação das crianças são as condicionantes para as famílias assistidas terem acesso ao programa.

Tendo a inclusão produtiva e a manutenção de benefícios relativos à

educação e à saúde como eixos estruturantes, o Brasil concilia crescimento econômico e redução da desigualdade social, desfazendo o mito de que as políticas públicas de transferência de renda são meros instrumentos de um populismo demagógico e assistencialista.

A existência de acesso universal aos serviços públicos é condição fundamental para dirimir as desigualdades sociais, bem como a promoção de ações específicas para o campo e para a cidade, como a qualificação profissional por meio das escolas técnicas e o aumento das oportunidades de emprego. Nesse contexto, mais investimentos em inovação e conhecimento são necessários, além da repartição de riquezas do País, para que se possibilite o financiamento econômico eficaz e estável das políticas públicas.

Breno Oliveira da Silva

2º Lugar no II Concurso Nacional de Redação
“Prêmio Ministro Plácido Castelo”

Escola de Ensino Fundamental e Médio
Patronato Sagrada Família

A participação do cidadão nas políticas públicas é algo bem-vindo para o processo democrático, desde que se respeitem critérios de igualdade e transparência.

A realidade brasileira demonstra que políticas públicas isoladas não alcançam resultados eficientes, já que a opinião mais importante é a dos cidadãos, que vão ser beneficiados com essas ações.

Iniciativas devem ser tomadas no sentido de ouvir a população, e os dados obtidos devem ser utilizados pelos governantes para a construção de um melhor mandato de cunho social.

A sociedade como um todo deve traçar o planejamento das políticas públicas, que são estratégias governamentais que visam à resolução de problemas sociais. Deve-se também fiscalizar o desenvolvimento delas, visto que o dinheiro empregado vem, na maioria das vezes, de impostos pagos pelo povo.

Pôr em prática um governo interativo não se trata simplesmente de

questionar o cidadão se ele concorda ou não com uma determinada política pública, mas, sim, incentivá-lo a buscar novas informações para tomar decisões que possam alterar positivamente o objetivo de qualquer política pública.

Os projetos que aproximam o governo da sociedade civil são sempre válidos num país como o Brasil, de tantas variedades raciais, religiosas e culturais.

Itaciara Silva de Carvalho

3º Lugar no II Concurso Nacional de Redação
“Prêmio Ministro Plácido Castelo”
Escola de Ensino Fundamental e Médio
Walter de Sá Cavalcante

As políticas públicas visam à participação do cidadão para a melhoria de um determinado serviço para um grupo e são de grande importância para a sociedade, além de atender às demandas do povo. O que poderíamos fazer para despertar o interesse no cidadão para incentivá-lo a informar-se a respeito das mesmas?

Primeiramente, mostrar o avanço que houve na política, desde o período colonial, comparando-a com a dos dias atuais, apontando as escassas oportunidades de participação política da população naquela época, o que se diferencia de hoje, já que atualmente o cidadão pode participar politicamente de maneira mais ativa.

Depois conscientizar o cidadão da importância do seu voto, só assim será despertado nele o interesse pela sua participação, destacando-se esta como extremamente importante.

Por fim, é necessário usar a globalização ao nosso favor, aumentando o grau de informação da população, incluindo todas as faixas etárias, dando mais ênfase à criança, que está em processo de construir-se como cidadão consciente, incentivando, por exemplo, a sua participação no grêmio estudantil da sua escola e, assim, despertar o interesse para iniciar na

vida política. É necessário também erradicar de vez a exclusão digital, que teve altos índices em 1994, no início da era da informática, mas que vem diminuindo aos poucos, já que cerca de 50% da população já possui acesso à internet.

É preciso investir nessa nova geração, através da escola, da mídia, entre outros ambientes e recursos formadores de opinião, para que o jovem, uma vez ativo politicamente, possa representar sua sociedade e realizar mudanças.

Normas aos colaboradores da Revista Controle

Os artigos devem ser inéditos e abordar assuntos relacionados às seguintes áreas: direito constitucional, direito administrativo, finanças públicas, contabilidade, controle externo e temas afins.

As regras para o envio dos artigos são as seguintes:

1. Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.
2. Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail comunicacao@tce.ce.gov.br ou pontes.lima@uol.com.br com o assunto **“Publicação Revista Controle”**.
3. Os artigos deverão ter, no máximo, 20, e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5 e fonte “Times New Roman”, tamanho 12.
4. Cada artigo deverá conter um resumo de cerca de 100 (cem) palavras, o qual propicie uma visão global e antecipada do assunto tratado.
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:

5.1 Citação direta

Segundo Fulano (ano, página), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (FULANO, ano, página).

5.2 Citação indireta

A teoria da ... (Cf. FULANO, ano, página), ou,

A teoria da ... (FULANO, ano, página).

5.3 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.

6. Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.

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



GRÁFICA EDITORA COMERCIAL LTDA.

Fone: (85) 3212.3574 - Fax: (85) 32523735