



Remetente: Tribunal de Contas do Estado do Ceará
Rua: Sena Madureira, 1047 - Centro - Fortaleza/CE

Controle

Doutrina e Artigos

Dezembro / 2009 - Volume VII - Nº 2



- 15 **As relações entre Legislativo, Ministério Público e Executivo no contexto da Constituição de 1988**
Amandino Teixeira Nunes Júnior
- 27 **O impacto da crise econômica nas finanças dos governos estaduais: uma análise das receitas, despesas e resultados primários**
José Wesmey da Silva
- 43 **Sistema integrado de contabilidade, como ferramenta de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira: o caso do Estado do Ceará**
Roberto Vieira de Menezes e Érico Veras de Menezes
- 69 **A cidadania e os Tribunais de Contas do Brasil**
Delano Carneiro da Cunha Câmara



TRIBUNAL DE CONTAS
DO ESTADO DO CEARÁ



INSTITUTO PLÁCIDO CASTELO

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume VII - 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) Periodicidade anual
(2005-2008) Semestral (2009-)

ISSN 1980-086X

1. Tribunal de Contas - Ceará - Periódicos. 2. Ceará. Tribunal de
Contas - Ceará - 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

Teodorico José de Menezes Neto

Conselheiro Vice-Presidente

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiro Corregedor

Pedro Augusto Timbó Camelo

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Soraia Thomaz Dias Victor

Edilberto Carlos Pontes Lima

Audítores

Itacir Todero

Paulo César de Souza

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

Procurador Geral

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Procurador de Contas

Rholden Botelho de Queiroz

Instituto Escola de Contas e Capacitação

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

Diretora Executiva

Maria Hilária de Sá Barreto

Coordenadora Técnica

Marcella Laura Leite Feitosa

Assessor Técnico

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Secretário da Diretoria

Pedro Henrique Alves Camelo

Chefe do Núcleo de Pesquisa e Extensão

João Adeodato Neto

Chefe de Núcleo de Atividades Pedagógicas

Raylena Pontes Cruz

Chefe do Núcleo de Biblioteca e Documentação

Regina Lúcia da Silva Braga

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

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Amandino Nunes

Doutor em Direito, professor do Uniceub

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

Filomeno Moraes

Livre docente, Professor da Unifor

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Mestre em Direito, Advogado

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

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

Projeto gráfico e editoração

Anderson Fernandes

Gessivando Alves

Revisão Ortográfica

Prof. Adelson Andrade Alves Sobrinho

Tiragem

2.000 exemplares - Distribuição gratuita

Disseminar conhecimento fortalece controle externo

O exercício do controle externo impõe aos que o praticam grande capacidade de inovar e de compartilhar experiências. Desta forma, disseminar o conhecimento sobre os diversos aspectos inerentes ao controle externo consolida o processo de fiscalização do uso de recursos públicos.

O Tribunal de Contas do Estado do Ceará, por meio de seu Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo, entrega à sociedade a nova edição da Revista *Controle*. Referência nacional entre publicações alusivas à gestão pública, *Controle* é um produto em permanente processo de modernização, fruto do vigor acadêmico de seu editor, o conselheiro Edilberto Pontes Lima. Sua inserção entre os órgãos de controle externo e no meio acadêmico, ao longo das edições publicadas desde 1998, comprova que a publicação atingiu os objetivos traçados por seu idealizador e fundador, conselheiro Alexandre Figueiredo.

O lançamento desta edição se insere no contexto de medidas com as quais a atual gestão desta Corte de Contas procura fortalecer o controle externo. Reafirmo aqui o propósito de atuar com vigor para desenvolver ações visando a qualificação permanente dos servidores, não apenas desta Casa, mas de todos os jurisdicionados, por meio de cursos ministrados em nosso Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo.

Instituição acadêmica criada em 2008 e que já apresenta seus primeiros e eficientes resultados, o Instituto Plácido Castelo receberá de nossa gestão o apoio necessário para desenvolver suas atividades sempre com o que de melhor houver disponível sob os pontos de vista humano e material. Os cidadãos brasileiros recebem e continuarão recebendo o retorno deste investimento, das mais diversas formas, dentre as quais inclui a Revista.

Ao cabo da leitura dos 20 artigos que compõem esta edição, minha expectativa é a de que os leitores estejam motivados a praticar, cada vez mais, o chamado *controle cidadão*. Que a leitura estimule todos a atuar como parceiros do TCE-CE, para o melhor desenvolvimento de nossa Missão: “Exercer o controle externo da administração pública estadual, para assegurar à sociedade a regular e efetiva gestão dos recursos públicos”. É o que desejo, sinceramente, aos leitores de *Controle*.

Conselheiro Teodorico Menezes

Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará
presidencia@tce.ce.gov.br

Nota do Editor

Com grande satisfação, apresentamos mais um número da revista *Controle*. São 20 artigos que tratam de temas de interesse da administração pública. Consolidada-se o seu caráter multidisciplinar, com contribuições no campo do direito constitucional, administrativo, das finanças públicas, da contabilidade, do controle externo e de temas afins.

No trabalho que abre esta edição, o professor Amandino Teixeira Nunes Júnior nos oferece acurada reflexão sobre as relações entre Legislativo, Ministério Público e Executivo, conforme desenho conferido pela Constituição de 1988. O que se conclui é que, mesmo independentes, o texto constitucional buscou assegurar a convivência democrática entre essas instituições.

No segundo artigo, José Wesmeyer da Silva analisa o impacto que a recente crise econômica teve sobre as finanças dos governos estaduais. Conclui que as metas de resultado primário não foram afetadas pela crise, buscando explicações para o aparentemente paradoxal fenômeno.

Não comentaremos individualmente cada artigo, pois ocuparia muito espaço, mas destacamos ainda as reflexões sobre o Sistema Integrado de Contabilidade, ferramenta de tecnologia da informação utilizada no Estado do Ceará para controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira, a análise dos Tribunais de Contas como instrumento para uma cidadania plena, as reflexões sobre os diversos crimes de desobediência, a constitucionalização do Direito e seu impacto sobre o direito privado, as parcerias público-privadas, importante instrumento de financiamento de obras públicas, que ainda não alcançou todo o seu potencial. Também ressaltamos as reflexões sobre a responsabilidade do advogado parecerista no âmbito da administração pública e as implicações para o dia-a-dia da administração, questão candente, que tem merecido a atenção das Cortes de Contas, e ainda o papel dos Tribunais de Contas no controle dos recursos públicos em ano eleitoral, debate atualíssimo e longe de estar equacionado.

Temos esperança de que esse número será útil para os gestores públicos, os professores, os estudantes universitários e os interessados em geral. Embora as opiniões sejam de responsabilidade exclusiva de seus autores, a revista *Controle* constitui canal de reflexão oferecido pelo Tribunal de Contas do Ceará e pelo Instituto Plácido Castelo. Foi esse espírito que motivou o seu fundador, Conselheiro Alexandre Figueiredo. Bom proveito!

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

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

Formato consolidado

Doze anos depois de lançada, a Revista *Controle* chega, em nova edição, às mãos de todos os interessados nas discussões referentes às políticas públicas e à fiscalização das mesmas. Desta feita, os leitores encontrarão, nas próximas páginas, 20 artigos, redigidos por 24 autores, formando um conjunto denso de reflexões alusivas a temas intrínsecos à Administração Pública.

Textos jurisprudenciais e estudos de caso formam o novo conjunto de artigos que a publicação, integrante da estrutura do Instituto Escola de Contas e Capacitação Ministro Plácido Castelo (IPC), oferece à sociedade.

Criada pelo conselheiro Alexandre Figueiredo em 1998, *Controle* manteve, em sua primeira década de existência, um formato editorial que mesclava divulgação de notícias institucionais do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (decisões do pleno, desenvolvimento de procedimentos internos e inovações nas atividades de controle externo, dentre outras) e publicação de artigos com temas alusivos à área de atuação das Cortes de Contas brasileiras. Informação e doutrina compunham uma mesma publicação.

Ao assumir a função de editor da publicação, em 2009, o recém-empossado conselheiro Edilberto Pontes Lima desenvolveu novo projeto editorial, direcionando a Revista para a divulgação de doutrina e artigos.

As notícias institucionais passaram a ser divulgadas no Informativo *Controle*, bem em como em nosso sítio (www.tce.ce.gov.br). O objetivo era garantir maior peso acadêmico à *Controle*, tornando-a referência dentre as fontes de pesquisa sobre a gestão pública, do ponto de vista nacional.

Temos, agora, um formato consolidado.

Somadas, as duas edições que obedecem à nova proposta editorial deram visibilidade a 47 artigos. Como jornalista responsável pela publicação, é gratificante a experiência de atuar em todas as etapas pelas quais a Revista passa. Do processo de seleção dos artigos ao encaminhamento de uma nova edição à gráfica, são várias as atividades desenvolvidas para que a publicação chegue às suas mãos, leitor, da forma mais atrativa possível.

Boa leitura e excelentes reflexões!

Salomão de Castro

Jornalista responsável - Revista *Controle*
salomao@tce.ce.gov.br

SUMÁRIO

As relações entre Legislativo, Ministério Público e Executivo no contexto da Constituição de 1988	15
Amandino Teixeira Nunes Junior	
O impacto da crise econômica nas finanças dos Governos Estaduais. Uma análise das receitas, despesas e resultados primários	27
José Wesmey da Silva	
Sistema integrado de contabilidade, como ferramenta de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira: o caso do Estado do Ceará	43
Roberto Viera de Meneses Érico Veras Marques	
A cidadania e os Tribunais de Contas do Brasil	69
Delano Carneiro da Cunha Câmara	
Desafios das parcerias público-privadas frente às questões postas no ordenamento Jurídico Brasileiro.....	105
Teni Cordeiro Júnior	
Tribunais de Contas: decisão de que resulte penalidade pecuniária com caráter de título executivo.....	131
Ana Rosa Pinto de Macedo	
Paridade na Pensão por morte instituída por servidor público nos moldes das Emendas Constitucionais 41/03 e 47/05.....	149
Meiry Mesquita Monte Alexey Tavares Pereira	
O controle, a informação e a educação como instrumentos de prevenção à corrupção	167
Luanda Maria de Figueiredo Lourenço Leonardo de Figueiredo Lourenço	
Diversos crimes de desobediência	185
Agapito Machado	

O direito privado no contexto da constitucionalização do direito	201
Alcimir A. Rocha Neto	
Os Tribunais de Contas e o controle dos recursos públicos em ano eleitoral	223
Maria Auxília Cavalcante Pinho	
A fonte de custeio das agências reguladoras	239
Ana Paula de Oliveira Gomes	
Deveres fundamentais: conceito, estrutura e regime	251
Michel André Bezerra Lima Gradvohl	
Sobre o conceito e a função da Constituição dos Modernos	277
Paulo Sávio Peixoto Maia	
Do impacto das contribuições sociais PIS/PASEP e Cofins na fatura de energia elétrica e da necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão	295
Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima	
Os pareceres jurídicos administrativos e a responsabilidade do advogado parecerista no âmbito da administração pública	319
Vivian Zendron Rubio	
Instituições e a lei de responsabilidade fiscal (LRF): uma análise do comportamento acerca do conjunto das receitas da Bahia e Piauí, no período 2001/ 2005	339
Luis Abel da Silva Filho	
Processo de participação popular na gestão municipal: estudo do orçamento participativo no município de Sobral-CE	357
Evanice Andrade da Silva	
Análise da prestação de contas de Governo da Administração Pública Municipal sob a ótica da LRF: um estudo do município de Fortaleza de 1998 a 2004	375
Rômulo Bernardino Lopes da Costa	
Os Tribunais de Contas e as inovações no exercício do controle externo e o seu caráter preventivo	395
Carla Maria Barreto Gonçalves	
Carlos Henrique de Castro Ehrich	

As relações entre Legislativo, Ministério Público e Executivo no contexto da Constituição de 1988

Amandino Teixeira Nunes Junior

Doutor em Direito pela UFPE.

Mestre em Direito pela UFMG.

Professor universitário e consultor

Legislativo da Câmara dos Deputados.

Resumo: O presente artigo examina os pontos de contatos entre o Poder Legislativo, o Ministério Público e o Poder Executivo, no que concerne às funções e às vedações que lhes foram outorgadas e impostas pelo texto constitucional vigente. Significa dizer que essas instituições são analisadas do ponto de vista constitucional, Isto é, da sua relação com a constituição de 1988.

Palavras-chave: Separação dos poderes; Poder Legislativo; Ministério Público; Poder Executivo.

1. Introdução

O desenho das instituições políticas, presente nas Constituições de derivação democrática e liberal, obedece, de modo geral, ao estabelecido por Montesquieu na sua obra clássica sobre a separação dos Poderes.¹

Assim é que, no Brasil, o art. 2º da Carta Magna consagra a fórmula da tripartição de Poderes de Montesquieu, ao estatuir que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, conferindo-lhes funções próprias, sem, contudo, caracterizá-las com *exclusividade absoluta*.²

¹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

² A teoria de Montesquieu, na sua concepção clássica, parece que não mais se sustenta nos dias atuais. Na verdade, afigura-se cediço na doutrina contemporânea que a rígida separação dos Poderes, com divisão absoluta de funções, deu lugar a uma distribuição das três funções estatais *precípua*s (administração, legislação e jurisdição) entre órgãos independentes e harmônicos entre si.

Nesse sentido, ao Poder Legislativo, que é exercido pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal (CF, art. 44), cabe, *precipua*mente, a função de legislar; ao Poder Executivo, que é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado (CF, art. 76), cabe, *precipua*mente, a função de administrar; e ao Poder Judiciário, que é exercido pelos tribunais e juízes singulares (CF, art. 92), cabe, *precipua*mente, a função de julgar.

Como se observa, cada Poder do Estado tem uma função *precipua* ou *predominante*, que o revela detentor de parcela da soberania do Estado, além de outras funções previstas constitucionalmente. São as denominadas funções *típicas* e *atípicas*.³

No que concerne ao Ministério Público, a Carta Política o situa em capítulo especial, fora da estrutura do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, consagrando, porém, sua plena autonomia e independência funcional e ampliando-lhe as funções, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, arts. 17 / 129).

Estabeleceu, ainda, a Constituição que o princípio da separação dos Poderes constitui *cláusula pétrea*, portanto, insuscetível de alteração ou supressão por emenda constitucional (CF, art. 60, § 4º, III).

2. Poder Legislativo

Ao Poder Legislativo, que é bicameral e exercido pelo Congresso Nacional, composto da Câmara dos Deputados e do Senado

³ Para Alexandre de Moraes (2009, p. 413), as funções típicas e atípicas outorgadas pela Constituição aos Poderes do Estado – Legislativo, Executivo e Judiciário – “[...] apresentam o mesmo grau de importância”. Daí por que são merecedoras de detalhamento no texto constitucional.

Federal (CF, art. 44)⁴, o texto constitucional outorgou funções *típicas e atípicas*, consistindo as primeiras em *legislar e fiscalizar*.

A função de *legislar* ocorre quando o Congresso Nacional promove a elaboração das normas jurídicas, por meio de um conjunto de atos preordenados (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) a que se denomina *processo legislativo* (CF, art. 59).

A função de *fiscalizar* ocorre quando o Congresso Nacional promove 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, assim como a fiscalização e o controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta (CF, arts. 70 e 49, X).

Note-se que, no exercício da função de *fiscalizar* pelo Congresso Nacional, nomeadamente no campo do controle externo, a atuação do Tribunal de Contas da União assume importância fundamental, tornando-se instrumento de inquestionável relevância, com especial ênfase para os princípios da legalidade, da economicidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

O exercício da função parlamentar de *fiscalizar* envolve, assim, a prática de diversos atos e procedimentos constitucionalmente previstos, a saber:

(a) *controle externo*⁵ exercido pelo Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União, que compreende as

⁴ Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 510), “[...] no bicameralismo brasileiro, não há predominância substancial de uma câmara sobre a outra. Formalmente, contudo, a Câmara dos Deputados goza de certa primazia relativamente à iniciativa legislativa, pois é perante ela que o Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os cidadãos promovem a iniciativa do processo de elaboração das leis (arts. 61, § 2º, e 64)”.

medidas constantes dos arts. 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que, a cada ano, o Presidente da República há de prestar ao Congresso Nacional (CF, art. 49, IX);

(b) *sustação*, pelo Congresso Nacional, dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (CF, art. 49, V);

(c) *tomada de contas*, pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente da República não as prestar no prazo de 60 dias após a abertura da sessão legislativa (CF, arts. 51, II, e 84, XXIV);

(d) *convocação*, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, ou por qualquer de suas comissões, de Ministros de Estado ou de quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificitação adequada (CF, art. 50);

e) *pedidos de informação*, por escrito, encaminhados pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal aos Ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importando em crime de responsabilidade a recusa ou o não-atendimento do prazo de 30 dias, bem como a prestação de informações falsas (CF, art. 50, § 2º);

(f) *comissões parlamentares de inquéritos*, criadas pelas duas Casas, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de 1/3 de seus membros, que terão poderes próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos respectivos regimentos internos, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para

⁵ Observa Hely Lopes Meirelles (2009, p. 713), que, “[...] no controle externo da administração financeira, orçamentária e agora de gestão fiscal, é que se inserem as principais atribuições de nossos *Tribunais de Contas*, como órgãos independentes mas auxiliares dos Legislativos e colaboradores dos Executivos”.

que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores (CF, art. 58, § 3º);

(g) *aprovação prévia*, pelo Senado Federal, por voto secreto, após arguição pública, da escolha do presidente e diretores do Banco Central e de titulares de outros cargos que a lei determinar (CF, art. 52, III, “d” e “f”);

(h) *aprovação prévia*, pelo Senado Federal, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, da escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 52, IV).

O Congresso Nacional, através de suas Casas, exerce, ainda, *funções atípicas*, como a de *administrar*, quando a Lei Maior confere à Câmara dos Deputados a competência para dispor sobre a organização e o funcionamento de seus serviços, a polícia administrativa e a criação, a transformação ou a extinção dos seus cargos, empregos e funções (CF, arts. 51, IV, e 52, XIII), e a de *julgar*, quando a Carta Magna atribui ao Senado Federal a competência para processar e julgar o Presidente da República e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles, assim como processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II).

Acresça-se que, no exercício de suas funções constitucionais de *legislar* e *fiscalizar*, os membros do Congresso Nacional (Deputados Federais e Senadores) estão alicerçados por prerrogativas, direitos, deveres e incompatibilidades, que lhes conferem um regime jurídico próprio, de índole constitucional, conhecido por *estatuto dos congressistas*.

3. Ministério Público

Examinando a evolução do perfil do Ministério Público no Brasil, de seus primórdios até os dias de hoje, pode-se constatar que, dentre as instituições ligadas à administração da Justiça, foi a que mais profundamente se modificou nos últimos anos, conformando-se às novas realidades sociais e políticas.

Com efeito, as atribuições do Ministério Público nas searas cível e criminal até há vinte anos eram modestas. Na área cível, o Ministério Público se destacava intervindo como fiscal da lei (“*custos legis*”) e nas causas relativas aos interesses dos incapazes e ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposição de última vontade. Na área criminal, o Ministério Público convivia com a iniciativa concorrente de outros co-legitimados para instaurar a persecução penal, pois, no regime constitucional anterior, o Delegado de Polícia e o magistrado podiam instaurar o procedimento penal *ex officio*; ademais, era destituído de qualquer poder investigatório, limitando-se a apurar em juízo os casos em que a polícia judiciária trazia aos autos por meio do inquérito policial.

Não obstante, o Ministério Público no Brasil ganhou um novo *perfil* institucional com a promulgação da Constituição de 1988, que lhe assegurou novas atribuições, como a de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis; a de promover, privativamente, a ação penal pública; a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e sociais; a de promover a ação direta de inconstitucionalidade; e a de exercer o controle externo da atividade policial.

Além disso, o Ministério Público conquistou independência funcional e autonomia administrativa e financeira, detendo seus membros as mesmas garantias da magistratura (*vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio*), que chegaram mesmo a provocar o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do

princípio do *promotor natural* como imanente ao sistema constitucional brasileiro.⁶

A par de tudo isso, os Chefes dos Ministérios Públicos da União e dos Estados (o Procurador-Geral da República e os Procuradores-Gerais de Justiça) adquiriram investidura por tempo certo – dois anos, permitida a recondução – com a aprovação dos respectivos nomes pelo Senado Federal e pelas Assembleias Legislativas.

A aprovação, pelo Senado Federal, do nome do Procurador-Geral da República, revela um ponto de contato entre o Ministério Público e o Poder Legislativo (CF, art. 52, III, “e”).

Como se vê, a Constituição reconheceu a independência e a autonomia do Ministério Público, ao tratá-lo em capítulo próprio como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, não se encontrando no âmbito de qualquer dos Poderes da República.

Na verdade, o Ministério Público, desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial dos atos do Poder Executivo, está agora dotado de prerrogativas que asseguram a sua independência e autonomia e que o credenciam ao efetivo desempenho da defesa impessoal da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Não é, pois, o Ministério Público órgão de nenhum dos Poderes Públicos, mas órgão do Estado e da sociedade encarregado, dentre outras atribuições, de fazer com que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, no exercício de suas funções, respeitem os direitos assegurados pela Carta Política, promovendo as medidas necessárias à sua efetiva garantia.

A Carta Maior prevê, ainda, no seu art. 130, a existência do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas, a cujos membros

⁶ Cf. HC nº 67.759-RJ, relator: Min. Celso de Mello. RTJ 150/123.

devem ser aplicadas as disposições sobre os direitos, vedações e forma de investidura previstas aos demais membros do Ministério Público.

No caso do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, a Lei nº 8.443, de 1992, nos seus arts. 80 e 81 determina que a instituição tenha as funções de guarda da lei e fiscal de sua execução, além de atuar na preservação da ordem jurídica e na defesa do patrimônio público, aplicando-se-lhe os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

4. Poder Executivo

A Constituição, inovando em relação às anteriores, dispõe, nos seus arts. 37 a 38, sobre a Administração Pública, regulamentando-a como *estrutura* (sentido formal) e como *função* (sentido material)⁷ e estabelecendo, além de outros preceitos expressos e implícitos, os princípios que a regem, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, obrigatoriedade do curso público, irredutibilidade de subsídios e vencimentos, vedação de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções públicas, obrigatoriedade do procedimento licitatório e responsabilidade objetiva do Estado.

Como se vê, a Lei Maior seguiu a tendência que se verifica nos ordenamentos jurídicos comparados, no sentido da constitucionalização do Direito Administrativo, da ampliação dos limites à atuação do administrador público e do alargamento da apreciação judicial dos atos administrativos, buscando-se a consagração da

⁷ A expressão Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p. 64), comporta dois sentidos: “[...] em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos de Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.” Assim, a locução *Administração Pública* aparece, em regra, na doutrina publicística, como sinônimo de *Poder Executivo*, porquanto cabe a este, *precipualemente*, por seus órgãos, entidades e agentes, a prática de atos administrativos.

transparência e da probidade na gestão da coisa pública em defesa dos direitos dos administrados.

A Administração Pública, no âmbito da União, compreende a *Administração Direta* e a *Administração Indireta*, nos termos do que assim estabelecem o *caput* do art. 37 do Diploma Excelso e os incisos I e II do Decreto-Lei nº 200/1967:

(a) *Administração Direta*: constitui-se dos serviços integrados da estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios;

(b) *Administração Indireta*: compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Nesse sentido, a direção superior da Administração Pública Federal é exercida pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado, conforme dispõe o art. 84, II, da Carta Magna.

Esse permissivo constitucional é complementado pelo art. 76, também da Lei Maior, que afirma que o Poder Executivo da União é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Ao Poder Executivo a Constituição outorgou, também, funções *típicas* e *atípicas*. As primeiras consistem em *administrar*, isto é, praticar atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão ou entidade e de seus agentes. São os chamados *atos administrativos*.

O Poder Executivo exerce, ainda, funções *atípicas*, como a de *legislar*, quando o Carta Magna confere ao Presidente da República a prerrogativa de editar medidas provisórias com força de lei, em casos de urgência e relevância, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (CF, art. 62, *caput*);

Além disso, a Carta Política estabelece situações em que o Poder Executivo exerce fiscalização e controle em relação ao Poder Legislativo, a saber:

(a) *iniciativa privativa* do Presidente da República nos projetos de lei que disponham sobre a criação de cargos, funções e empregos públicos Na Administração Direta e autárquica ou aumento de sua remuneração e a criação e extinção de Ministérios e órgãos da Administração Pública (CF, art. 61, § 1º, II, “a” e “e”);

(b) *solicitação*, pelo Presidente da República, de urgência em projetos de lei de sua iniciativa (CF, art. 64, § 1º);

(c) *participação* do Presidente da República no processo legislativo ordinário mediante a sanção ou veto a projetos de lei (CF, art. 66, *caput*, e § 1º);

(d) *escolha*, pelo Presidente da República, de um terço dos Ministros do Tribunal de Contas da União, órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo (CF, art. 73, § 3º, I).

5. Conclusão

O Poder Legislativo, o Ministério Público e o Poder Executivo, em face dos princípios e regras constitucionais que lhes outorgam funções e lhes impõem vedações, apresentam pontos de contatos substanciais.

Dentro dos mecanismos de fiscalização e controle constitucionalmente previstos, a Lei Maior estabelece diversas hipóteses em que o Poder Executivo é fiscalizado e controlado pelo Poder Legislativo. Entre tais hipóteses, merecem destaque as consagradas nos precitados arts. 70 e 49, incisos V e X, do Texto Básico, cujos comandos atribuem ao Congresso Nacional a competência exclusiva para, respectivamente, “[...] exercer 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”, para [...] sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa” e para “[...] fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração Indireta”.

Relativamente às hipóteses onde o Poder Legislativo é fiscalizado e controlado pelo Poder Executivo, mencionem-se as previstas nos arts. 61, § 1º, II, “e”, e 66, *caput* e § 1º, ambos da Carta Política, e cujos comandos dispõem, respectivamente, que “[...] São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que disponham sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública” e que “[...] a Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República que, aquiescendo, o sancionará” ou

[...] se o Presidente da República considerar o projeto, no todo em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto.

Quanto ao Ministério Público, em face do novo *perfil* institucional que lhe deu a Constituição, desponta como instituição determinante para exercer e provocar, numa posição de vanguarda, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Daí por que o Ministério Público, como órgão do Estado e da Sociedade, deve ser fortalecido, aprimorado e respeitado pelos Poderes constituídos e pelos cidadãos, devendo-lhes ser assegurados todos os meios e os instrumentos necessários ao exercício pleno de suas funções constitucionais, como a ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública, sem os quais seguramente padecerá,

deixando à orfandade toda uma população que espera ver seus direitos reconhecidos e efetivados, conduzindo assim a uma perfeita integração entre o Direito e a realidade social.

Ressalte-se, por fim, que, respeitado o princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º), como forma de tornar efetivo o sistema de *freios e contrapesos* em que um Poder limita o outro, evitando o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais, o Poder Legislativo deve *cerrar fileiras* com o Poder Executivo e com o Ministério Público tanto para assegurar a aplicação da Constituição quanto para garantir a perpetuidade do Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94*. Brasília: Senado Federal; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

O impacto da crise econômica nas finanças dos governos estaduais. Uma análise das receitas, despesas e resultados primários

José Wesmey da Silva

Contador.

Pós Graduação em Gestão Pública com enfoque na LRF.
Professor de Contabilidade Pública da Faculdade Christus.
e da Universidade do Parlamento Cearense.
Contador Geral da Prefeitura Municipal de Fortaleza.

Resumo: A crise financeira repercutiu na economia mundial de uma forma nunca vista, desde a crise de 1229. A Lei de Responsabilidade Fiscal criou mecanismos para que o gestor público possa enfrentar problemas como este. A fixação de metas de resultados, o acompanhamento bimestral destas metas e a limitação de empenho são as principais ferramentas introduzidas pela Lei para que o gestor público possa proteger as finanças e assim manter o equilíbrio entre as receitas e despesas. Este artigo avalia os efeitos da recente crise econômica sobre as finanças dos estados da federação, mais precisamente sobre nas receitas, despesas e nos resultados primários.

Palavras Chave: Metas; Limitação de empenho; Resultado primário.

1. Introdução

A maior crise econômica depois da Grande Depressão de 1929 teve início na segunda – feira de 15 de outubro de 2008 com o pedido de proteção por falência de uma das maiores instituições financeiras dos Estados Unidos, o Banco *Lehman Brothers*. Nos meses seguintes ocorreu uma queda vertiginosa nas riquezas das empresas e dos países.

Segundo estudos realizados o Brasil, não foi tão atingido quanto os países desenvolvidos como Estados Unidos, Japão e países europeus. Basta dizer que a variação no Produto Interno Bruto – PIB brasileiro, no segundo trimestre de 2009, foi de -1,2% em relação ao mesmo período do ano passado, enquanto que no Japão, Estados Unidos e zona do euro essas variações foram na ordem de -6,4%, -3,9% e -4,7%, respectivamente.

A nível federal tem-se noticiado uma queda brutal na arrecadação com repercussão negativa no resultado primário apurado nos últimos meses. Isso leva o governo a gastar menos para que possa honrar os compromissos assumidos frente a seus credores.

A proposta deste artigo é verificar se os estados brasileiros, a exemplo do que aconteceu com o Governo Federal, tiveram suas receitas afetadas pela crise e de que forma elas repercutiram nas metas de resultado primário previstas nos anexos de metas fiscais desses estados.

2. A fixação das metas e busca de resultados

O equilíbrio das contas públicas é pressuposto de responsabilidade na gestão fiscal. Este é o grande legado trazido pela Lei 101 de 04 de maio de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Seus pilares são o planejamento, a transparência, o controle e a responsabilização.

Este equilíbrio é previsto mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas, as quais são fixadas em relatórios anuais e acompanhadas bimestralmente, na intenção de se evitar descuidos e se gastar mais do que efetivamente se arrecada.

Após a edição da LRF a lei de diretrizes orçamentárias obteve novas atribuições além daquelas expressas no texto constitucional. Elas estão estritamente focadas na manutenção do equilíbrio financeiro, quais sejam:

- Critérios e forma de limitação de empenho;
- Anexo de Metas Fiscais;
- Anexo de Riscos Fiscais.

No Anexo de Metas Fiscais são estabelecidas as metas anuais relativas a receitas e despesas, bem como os resultados esperados para o exercício financeiro a que se refere e para os dois subsequentes. Este anexo deverá conter ainda a avaliação de metas referente ao

exercício anterior, o demonstrativo das metas com as respectivas memórias de cálculo que justifiquem os resultados esperados.

O objetivo principal desses anexos é expor de maneira preditiva as metas fiscais, resultante da diferença entre receitas e despesas. Após o início da execução orçamentária, as metas de resultado primário serão acompanhadas e evidenciadas em um dos anexos do Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), denominado Demonstrativo do Resultado Primário.

O artigo 165, parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que o Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre o RREO. As normas para a sua elaboração e publicação estão disciplinadas na LRF.

Os anexos componentes do RREO deverão ser elaborados a partir dos dados contábeis consolidados de todas as unidades gestoras, no âmbito da Administração Direta, autarquias, fundações, fundos especiais, empresas públicas e sociedades de economia mista, no último caso se estas empresas forem consideradas dependentes nos termos da LRF.

Além do Anexo de Metas Fiscais a Lei de Diretrizes Orçamentárias também deverá conter o Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se realizem.

O risco fiscal pode ocorrer tanto pelo surgimento de um passivo, acarretando uma despesa futura, por exemplo, no caso de uma sentença judicial imputada por um valor acima do esperado, quanto pela frustração na arrecadação das receitas previstas para um determinado exercício financeiro.

Os arts. 8º, 9º e 13 da LRF criaram mecanismos para se implantar metas bimestrais de arrecadação e o seu efetivo acompanha-

mento no decorrer do ano, tendo em vista que elas poderam ter efeitos sobre os gastos e resultados inicialmente programados.

O art. 8º determina a abertura do orçamento por meio da programação financeira e do cronograma mensal de desembolso e o art. 13 determina que as receitas previstas sejam desdobradas em metas bimestrais de arrecadação. O artigo 9º determina as medidas a serem adotadas caso se verifique, ao final de cada bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais. Caso as metas sejam afetadas, a Lei determina que os Poderes e o Ministério Público, por iniciativa própria, nos trinta dias subsequentes, adotem medidas que promovam o cumprimento das metas. A principal delas é a limitação de empenho e movimentação financeira, que consiste no contingenciamento de gastos na forma e critérios previstos na lei de diretrizes orçamentárias.

Portanto, se a arrecadação da receita prevista na lei do orçamento estiver abaixo do esperado e isso comprometer as metas de resultado, o contingenciamento do orçamento será necessário até que a arrecadação volte a seus patamares previstos. Na verdade, além do cumprimento de metas, a limitação de empenho previne o surgimento de restos a pagar, que são dívidas de curto prazo, no final do exercício sem lastro financeiro para atendê-los.

Segundo Cruz (2009, p. 40) o contingenciamento consiste no bloqueio efetuado pelo órgão que centraliza a autorização de empenho em determinada(s) unidade(s) ou em determinada(s) função(ões), ou, ainda, em determinado(s) elemento(s) de despesa(s).

A Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000, conhecida como Lei de Crimes Fiscais, tipifica como infração administrativa contra as leis de finanças públicas deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei. A infração pelo descumprimento deste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua res-

ponsabilidade pessoal, sendo esta multa aplicada pelo respectivo Tribunal de Contas.

O descontrole no acompanhamento da execução orçamentária é ainda mais danoso se ocorrer nos oito últimos meses do ano de mandato de gestor, pois certamente ele deixará dívidas para o próximo e não terá lastro financeiro suficiente para pagá-las. Segundo a Lei de Crimes Fiscais isto é considerado como crime contra as finanças públicas e a pena para o infrator pode chegar de 1 (um) a 4 (quatro) anos de reclusão.

O resultado primário é apurado pela diferença entre as receitas e as despesas primárias e pode apresentar-se como superávit ou déficit. O primeiro é verificado quando a diferença entre as receitas e despesas primárias apresenta um valor positivo, já o déficit primário é caracterizado pelo valor negativo desta diferença. Temos ainda o resultado nulo, que na prática dificilmente ocorre.

O superávit primário é direcionado para o pagamento de serviços da dívida, contribuindo para a redução do estoque da mesma, conforme previsto no art. 31, § 1º, II da LRF. Além disso sua apuração fornece uma melhor avaliação do impacto da política fiscal implantada pelo ente da Federação.

A ocorrência de déficit primário indica uma evolução da dívida e a necessidade de se contrair empréstimos que serão pagos a juros elevados, levando o ente a entrar num “ciclo vicioso” e prejudicial às finanças do respectivo ente.

As receitas primárias são representadas pelo total das receitas orçamentárias deduzidas as receitas financeiras que são aquelas provenientes de rendimentos de aplicações financeiras, operações de créditos contraídos, retorno das operações de crédito concedidas e ainda as receitas decorrentes das privatizações.

As despesas primárias correspondem ao total das orçamentárias subtraídas as despesas financeiras que são aquelas oriundas do

pagamento de juros e amortização da dívida, as despesas com operações de crédito com retorno garantido e ainda aquelas com a aquisição de títulos de capital integralizado.

O resultado primário é apurado pela metodologia de cálculo proposta pela STN que assumiu o papel de órgão responsável pela consolidação das contas públicas até a criação do Conselho de Gestão Fiscal, nos termos da LRF.

Relatório Resumido da Execução Orçamentária – RREO tem entre seus anexos o Demonstrativo do Resultado Primário (Anexo VII do RREO) e deverá ser publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre.

A seguir (Tabela 1) veremos a estrutura do referido demonstrativo que será preenchido com dados extraídos da contabilidade do respectivo ente.

<ENTE DA FEDERAÇÃO>
RELATÓRIO RESUMIDO DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA
DEMONSTRATIVO DO RESULTADO PRIMÁRIO
ORÇAMENTOS FISCAL E DA SEGURIDADE SOCIAL
<PERÍODO DE REFERÊNCIA PADRÃO>

RREO - ANEXO VII
(LRF, art. 53, inciso III)

R\$ 1,00

Receitas Primárias	Previsão Atualizada	RECEITAS REALIZADAS		
		No Bimestre	Até o Bimestre / <Exercício>	Até o Bimestre / <Exercício Anterior>
RECEITAS PRIMÁRIAS				
CORRENTES (I)				
Receitas Tributárias				
ICMS				
IPVA				
ITCD				
IRRF				
Outras Receitas Tributárias				
Receitas de Contribuições				
Receitas Previdenciárias				
Outras Receitas de Contribuições				
Receita Patrimonial Líquida				
Receita Patrimonial				
(-) Aplicações Financeiras				

Transferências Correntes				
FPE				
Convênios				
Outras Transferências Correntes				
Demais Receitas Correntes				
Dívida Ativa				
Diversas Receitas Correntes				
RECEITAS DE CAPITAL (II)				
Operações de Crédito (III)				
Amortização de Empréstimos (IV)				
Alienação de Bens (V)				
Transferências de Capital				
Convênios				
Outras Transferências de Capital				
Outras Receitas de Capital				
RECEITAS PRIMÁRIAS DE CAPITAL (VI) = (II - III - IV - V)				
RECEITA PRIMÁRIA TOTAL (VII) = (I + VI)	-	-	-	-

Despesas Primárias	Dotação Atualizada	DESPESAS LIQUIDADAS		
		No Bimestre	Até o Bimestre / <Exercício>	Até o Bimestre / <Exercício Anterior>
DESPESAS CORRENTES (VIII)				
Pessoal e Encargos Sociais				
Juros e Encargos da Dívida (IX)				
Outras Despesas Correntes				
DESPESAS PRIMÁRIAS CORRENTES (X) = (VIII - IX)				
DESPESAS DE CAPITAL (XI)				
Investimentos				
Inversões Financeiras				
Concessão de Empréstimos (XII)				
Aquisição de Título de Capital já Integralizado (XIII)				
Demais Inversões Financeiras				
Amortização da Dívida (XIV)				
DESPESAS PRIMÁRIAS DE CAPITAL (XV) = (XI - XII - XIII - XIV)				
RESERVA DE CONTINGÊNCIA (XVI)				
RESERVA DO RPPS (XVII)				
DESPESA PRIMÁRIA TOTAL (XVIII) = (X + XV + XVI + XVII)				
RESULTADO PRIMÁRIO (XIX) = (VII - XVIII)				
SALDO DE EXERCÍCIOS				

ANTERIORES				
DISCRIMINAÇÃO DA META FISCAL				VALOR CORRENTE
META DE RESULTADO PRIMÁRIO FIXADA NO ANEXO DE METAS FISCAIS DA LDO P/O EXERCÍCIO DE REFERÊNCIA				

Tabela 1

Fonte: Manual do RREO (STN)

3. A Análise dos Dados

A análise dos dados aqui trabalhados foi realizada com base nos valores extraídos dos demonstrativos de resultado primário dos estados da Federação constante no RREO relativos ao 4º bimestre de 2009 publicados no sítio da STN. Vale ressaltar que até a data de encerramento deste artigo alguns estados* ainda não haviam divulgado o RREO relativo a este bimestre, nesse caso os dados analisados referem-se ao RREO do 3º bimestre de 2009. Não foram localizados no sítio da STN os Relatórios Resumidos da Execução Orçamentária do Estado de Roraima. Os valores relativos a agosto de 2008 foram atualizados pelo Índice de Preços ao Consumidor Ajustado (IPCA).

A tabela 2 demonstra os dados consolidados dos estados relativos a receita, despesa, resultado primários e a respectiva meta.

Valores em R\$ 1.000

DESCRIÇÃO DA RECEITA	Jan - Ago de 2009 (a)	Jan - Ago de 2008 (b)	Diferença (a-b)	Diferença (%)	Análise Vertical (%)
RECEITAS PRIMÁRIAS CORRENTES (I)	220.812.457	219.307.008	1.505.449	0,69	98,91
Receitas Tributárias	129.882.487	132.562.624	(2.680.137)	-2,02	58,18
ICMS	102.889.957	107.378.589	(4.488.632)	-4,18	46,09
IPVA	14.308.801	13.156.914	1.151.887	8,75	6,41
ITCD	396.406	439.340	(42.934)	-9,77	0,18
IRRF	4.456.532	4.514.644	(58.111)	-1,29	2,00
Outras Receitas Tributárias	7.830.790	7.073.136	757.653	10,71	3,51
Receitas de Contribuições.	15.065.575	12.383.163	2.682.411	21,66	6,75

Receita Patrimonial Líquida	6.003.181	6.521.714	(518.533)	-7,95	2,69
Transferências Correntes	69.861.214	67.839.507	2.021.707	2,98	31,29
FPE	20.075.114	22.208.441	(2.133.327)	-9,61	8,99
Convênios	1.685.560	1.480.233	205.328	13,87	0,76
Outras Transferências Correntes	32.981.774	29.160.988	3.820.786	13,10	14,77
Demais Receitas Correntes	15.118.766	14.989.845	128.920	0,86	6,77
Dívida Ativa	916.311	965.593	(49.282)	-5,10	0,41
Diversas Receitas Correntes	14.202.454	14.024.252	178.202	1,27	6,36
RECEITAS PRIMÁRIAS DE CAPITAL (VI)	2.434.196	2.167.022	267.174	12,33	1,09
RECEITA PRIMÁRIA TOTAL (VII) = (I+VI)	223.246.653	221.474.030	1.772.623	0,80	

DESCRIÇÃO DA DESPESA	Jan - Ago de 2009 (a)	Jan - Ago de 2008 (b)	Diferença (a-b)	Diferença (%)	Análise Vertical (%)
DESPESAS PRIMÁRIAS	190.089.150	177.219.140	12.870.010	7,26	
DESPESAS PRIMÁRIAS CORRENTES (X)	178.315.477	168.360.622	9.954.855	5,91	93,81
DESPESAS PRIMÁRIAS DE CAPITAL (XV)	11.773.672	8.858.518	2.915.155	32,91	6,19
RESULTADO PRIMÁRIO (XIX) = (VII-XVIII)	33.157.503	44.254.890	(11.097.387)	-25,08	

META DE RESULTADO PRIMÁRIO FIXADA NO ANEXO DE METAS FISCAIS DA LDO PARA O EXERCÍCIO DE 2009	14.963.437
---	------------

Tabela 2

Fonte: STN

Análise das Receitas Arrecadadas

Pode-se observar que a fonte mais significativa de receita para os estados é a tributária correspondendo 58,18% de toda receita primária. Ao compararmos o montante da receita tributária arrecadada de um período em relação a outro, percebemos uma queda no valor aproximado de R\$ 2,7 bilhões; em termos percentuais isso significa 2,02%. Composto a receita tributária, temos o Imposto sobre Circulação de Mercadoria e sobre Prestação de Serviços de Transportes

Interestaduais e Intermunicipais (ICMS) que teve perda bastante significativa apresentando um percentual de queda na ordem de 4,18%. A contração da receita tributária só não foi maior em virtude de um acréscimo de R\$ 1,1 bilhões na arrecadação do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), que aumentou 8,75% de um período para outro.

Outra significativa fonte de receita para os estados é a cota do Fundo de Participação dos Estados (FPE), originária da arrecadação dos impostos sobre produtos industrializados e de renda cuja competência tributária pertence a União, mas que por força de determinação constitucional transferem vinte e um e meio por cento dessas receitas para os estados. Dentre as receitas de transferências intergovernamentais mais representativas esta certamente foi a que teve a maior retração, apresentando uma queda de aproximadamente R\$ 2,1 bilhões.

O total das receitas só não mais afetado devido ao crescimento verificado nas receitas de contribuições e outras transferências correntes, que apresentaram um acréscimo de R\$ 2,7 e R\$ 3,2 bilhões, respectivamente. No entanto faz-se necessário esclarecer que as receitas de contribuições sociais não decorrem diretamente da atividade econômica, como é o caso dos impostos. Esta receita é derivada das contribuições dos servidores, aposentados e do ente patronal, destinadas ao custeio das despesas com inativos e pensionistas. Assim, não podem ser direcionadas ao pagamento do serviço da dívida que, como vimos, é o principal destino do resultado primário.

Da mesma forma as rubricas relativas a outras transferências têm como fonte principal o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) recurso estritamente vinculado a manutenção e ao desenvolvimento do ensino.

São visíveis os efeitos de uma crise econômica nas receitas dos estados. Mesmo havendo um modesto acréscimo de 0,8% no total das receitas este se torna mínimo se comparado aos 14,7% de

crescimento nas receitas arrecadadas pelos estados no exercício financeiro de 2008 em relação a 2007.

Análise das Despesas Realizadas

Ao contrário do modesto crescimento das receitas, as despesas tiveram uma elevação na ordem de 7,2%. As despesas primárias correntes, aquelas destinadas ao custeio da máquina administrativa incluindo os gastos com pagamento de pessoal e excluídas as despesas com juros e encargos da dívida, tiveram um aumento na ordem de 5,9%. Essas despesas têm um peso considerável nos gastos públicos, nos dados em análise elas representam mais de 90% dos gastos dos estados.

As despesas primárias de capital, representadas principalmente pelos investimentos, não incluindo o pagamento dos valores de amortização do principal da dívida, tiveram um aumento significativo que chegou a R\$ 11,7 bilhões em agosto de 2009; 32,9% maior em relação ao mesmo período do ano anterior.

Análise dos Resultados Primários

Ao analisarmos a tabela 3, veremos que as metas de resultado primário de 22 dos 27 estados da federação foram ultrapassadas logo no segundo quadrimestre de 2009, apresentando superávits bem acima do esperado. Somadas essas metas foram 2,2 vezes aquelas previstas para todo o exercício. Só o Estado de São Paulo superou em seis vezes sua meta inicial. No Estado do Ceará ela foi 3,8 vezes maior que o valor esperado para este exercício. Apenas o Estado do Acre apresentou déficit primário, significando que as despesas estão sendo realizadas acima da sua capacidade de arrecadação. Ainda assim a sua meta de resultado primário está acima do previsto para o ano de 2009. Apenas os estados do Amazonas, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Sergipe não alcançaram ainda as metas previstas, pelo menos até o período em análise. No entanto, pela tendência do exercício, apenas o Estado de Sergipe sinaliza que

não atingirá a meta prevista no anexo de metas fiscais fixado na sua LDO.

Valores em R\$ 1.000

DESCRIÇÃO	TOTAL DAS RECEITAS PRIMÁRIAS	TOTAL DAS DESPESAS PRIMÁRIAS	RESULTADO PRIMÁRIO DO PERÍODO (a)	META DE RP FIXADA NO AMF (b)	DIFERENÇA (a-b)
Acre	1.764.488	1.785.712	-21.224	-196.020	174.796
Alagoas	2.849.757	2.290.671	559.086	394.209	164.878
Amazonas	4.652.402	4.652.366	37	2.298	-2.261
Amapá *	1.095.380	760.892	334.488	-138.158	472.646
Bahia	13.042.114	11.755.333	1.286.781	1.078.822	207.959
Ceará *	5.774.093	4.862.317	911.775	238.083	673.692
Espírito Santo	6.798.925	5.472.040	1.326.886	308.127	1.018.759
Goiás	7.523.597	6.257.834	1.265.763	1.076.548	189.215
Maranhão	4.597.302	3.604.388	992.913	682.153	310.760
Minas Gerais	24.841.458	21.304.484	3.536.975	1.644.478	1.892.497
Mato Grosso do Sul	4.586.970	3.938.445	648.526	576.923	71.603
Mato Grosso *	4.192.942	3.329.013	863.929	754.214	109.715
Pará *	4.863.374	4.085.141	778.233	49.594	728.639
Paraíba	3.311.930	2.793.346	518.584	265.309	253.275
Pernambuco	9.455.981	8.820.005	635.976	295.451	340.525
Piauí	2.912.021	2.558.710	353.312	294.010	59.302
Paraná *	9.459.079	7.945.125	1.513.954	777.133	736.821
Rio de Janeiro *	19.132.298	17.409.535	1.722.763	1.780.326	-57.563
Rio Grande do Norte	2.874.458	2.781.271	93.187	-	93.187
Rondônia	2.520.742	1.986.663	534.078	269.530	264.548
Rio Grande do Sul*	13.647.582	12.276.167	1.371.415	1.820.010	-448.595
Santa Catarina	7.209.176	6.394.332	814.844	923.000	-108.156
Sergipe	2.885.995	2.870.572	15.423	98.133	-82.710
São Paulo*	61.470.080	48.481.125	12.988.954	1.904.000	11.084.954
Tocantins*	1.784.508	1.673.663	110.845	65.265	45.580
Total	223.246.653	190.089.150	33.157.503	14.963.437	18.194.006

Tabela 3

Fonte: STN

4. Conclusão

Como podemos observar, as metas de resultado primário não foram afetadas negativamente pela recente crise econômica. Com isso, para a maioria dos estados, não foi necessária a utilização da figura limitação de empenho, já que, mesmo com uma arrecadação abaixo da prevista, as metas de resultado primário não foram afetadas, pelo menos em relação ao resultado primário nos termos da LRF.

“Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não compor o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias.”

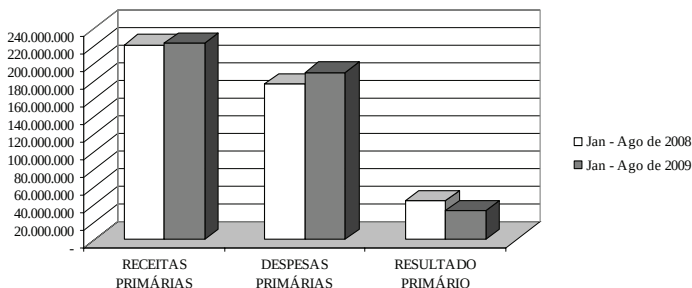
Então como se explica uma frustração na arrecadação, um aumento desproporcional da despesa em relação a receita e ainda assim mais de oitenta por cento dos estados terem superado suas metas dentro dos oito primeiros meses do ano?

Basicamente dois fatores explicam a ocorrência desse fenômeno. Primeiramente, se observarmos o total do resultado primário apurado em agosto de 2008, ele teve uma queda representativa em relação ao mesmo período de 2009, na ordem de 25,08%. Ou seja, as receitas se mantiveram num mesmo patamar, enquanto as despesas tiveram um aumento significativo, contraindo assim o resultado primário, mesmo assim estando ainda acima dos valores fixados em seus anexos de metas fiscais (vide gráfico 1).

Em segundo lugar as metas de resultado primário previstas foram bem conservadoras estando bem aquém daquelas efetivamente realizadas. Isso indica a necessidade de uma previsão mais realista

na elaboração dos anexos que compõem suas leis de diretrizes orçamentárias pelos setores de planejamento da maioria dos estados.

Gráfico 1



Referências bibliográficas

Brasil. Constituição Federal de 1988.

Brasil. Lei Complementar N°. 101/00. Governo Federal.

Brasil. Lei N°. 10.028/00. Governo Federal.

CARVALHO, Deusvaldo. *LRF doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JÚNIOR, Adauto; GLOCK, José Osvaldo; HERZMANN, Nélío; BARBOSA, Rui Rogério, TREMEL, Rosângela. *Lei de responsabilidade fiscal comentada: lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUANDALINI, Giuliano. O Mundo Pós – Crise como usar. *Revista Veja*. São Paulo: edição 2130. Ano 42, No. 37, p. 120 – 134, setembro de 2009.

MATIAS – PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Grandra da Silva, NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coordenadores) *Comentários a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. *Lei de responsabilidade fiscal: comentada*. 5ª Brasília: Vestcon, 2009.

REZENDE, Fernando Antônio. *Finanças públicas*. 2ª ed. Atlas, 2002.

Sistema Integrado de Contabilidade, como ferramenta de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira: o caso do Estado do Ceará

Roberto Viera de Meneses

Mestre em Controladoria pela UFC.
Formado em Ciências Contábeis pela UFC.
Auditor-Fiscal da Secretaria da Fazenda.

Érico Veras Marques

Doutor e Mestre em Administração de Empresas pela FGV.
Formado em Ciências Econômicas pela UFC.
Professor adjunto da UFC.

Resumo: Os Sistemas de Informação (SI), baseados na Tecnologia de Informação e Comunicação (TCI), são capazes de processar grande volume de dados de forma rápida e precisa, bem como estocar (armazenar) e acessá-los rapidamente, além de fornecer comunicação a contento e otimizar as informações para suportar a tomada de decisão. O Estado do Ceará, buscando a otimização, a captação e a aplicação dos recursos e possibilitando a transparência dos atos e fatos da Administração Pública, implantou, em 1981, o Sistema Informatizado em Contabilidade Pública, denominado de Sistema Integrado de Contabilidade (SIC), que tem como missão precípua possibilitar a administração dos recursos públicos, de forma eficaz, eficiente e efetiva. O objetivo geral deste estudo é analisar a contribuição do SIC no controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará, isto é, sua efetiva contribuição, a realidade, o grau de sua performance e eficiência no atendimento à finalidade para a qual foi implantado e criado, há trinta anos. A metodologia aplicada constou de um estudo de caso único, compreendendo coleta e análise de dados, a partir de entrevistas e questionários com respondentes, selecionado por meio de uma amostra por julgamento, seguida de considerações e conclusões. Os resultados decorrentes da pesquisa apontam, de um lado, para um consenso sólido e majoritário atestando a importância e a qualidade da atuação do SIC no cenário contábil e financeiro do Estado, mas, por outro lado, para a inegável premissa por sua imediata atualização e modernização, de modo a corrigir pontos de estrangulamento, que impedem, inegavelmente, uma melhor performance.

1. Introdução

As telecomunicações e a informática têm evoluído nos últimos anos por serem importantes ferramentas para o sucesso do sistema

de informação. Essas ferramentas contribuíram, de forma decisiva, para as mudanças de comportamento da sociedade, das administrações públicas e privadas, quebrando os mais diversos paradigmas.

O caso em estudo tem como objeto a implantação do SIC. Justifica-se pela institucionalização da conta única no Estado do Ceará, por meio da Lei nº. 10.338, de 16.11.79, regulamentado pelo Decreto nº 14.222/1980, em pleno apogeu do surgimento da Administração Pública Gerencial, em que a Administração Estadual procurou criar mecanismos para o acompanhamento ágil da execução orçamentária e dos atos correlatos, com informações hábeis e oportunas.

O objetivo fundamental proposto ao SIC tem sido o de prever insuficiências financeiras e indicar a localização de recursos ociosos, orientar as ações corretivas, melhor utilizar eventual disponibilidade e, ainda, permitir o conhecimento da composição patrimonial, o levantamento dos balanços, a análise dos resultados econômicos e financeiros.

A partir da sua implantação e em todo o transcurso da década de 1990, o SIC tem demonstrado ser um investimento tecnológico bem sucedido, na área de tecnologia de informação do Estado do Ceará, inclusive atraindo novos investimentos no sistema informatizado. Pode-se propor, como exemplo, o pagamento automatizado de seus credores, com a institucionalização dos pagamentos em crédito, na conta bancária de seus fornecedores, que até então eram realizados, pelo Estado, através de cheques nominais descentralizados, nos seus diversos órgãos, sem um controle efetivo e sistematizado.

O SIC destaca-se pela magnitude de dados registrados e armazenados, que vão desde a elaboração e execução do orçamento do Estado, incluindo a movimentação e controle financeiro do próprio orçamento, como também de toda arrecadação das receitas do Estado, assim como o desembolso financeiro para realização das despesas dos entes da Administração Direta e Indireta.

Como se pode observar, o SIC insere-se adequadamente nos

pressupostos da Administração Pública Gerencial, a qual pretende ter uma visão aberta e globalizante. O administrador não teria que se preocupar em fundamentar suas ações restringindo-se, apenas, aos quesitos legais já que isso é o mínimo que ele pode oferecer à sua sociedade. Seu compromisso essencial está em oferecer os serviços públicos, procurando atender às suas demandas, de forma continuada e com qualidade, com atitudes preventivas que, de um lado, valorizem os recursos do Estado e, de outro lado, evitem ou amenizem o desperdício e o desmando da coisa pública.

Assim, é no contexto de uma Administração Pública Gerencial e do uso de Sistemas de Informação no setor público, mais especificamente, em relação ao Sistema Integrado de Contabilidade do Estado do Ceará (SIC), que se insere esta pesquisa.

A implantação do SIC tinha, desde o princípio, como pressuposto a execução orçamentária das receitas previstas e das despesas fixadas nas peças orçamentárias, com um viés muito forte na gestão financeira dos recursos. Seu objetivo claro tem sido o de otimizar as disponibilidades financeiras, seja na captação das receitas, como e, mormente, no desembolso desses ativos nas diversas aplicações de despesas correntes ou de capital.

Diante dessas considerações, coloca-se o seguinte problema: qual a contribuição do SIC ao controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará? Portanto, a pesquisa descrita neste artigo tem como objetivo principal analisar a contribuição do SIC no controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará.

Inicialmente, na segunda parte, foram explicitados os conceitos básicos de Tecnologia e Sistemas de Informação, classificação de sistemas, formas de controle e avaliação, vantagens e contribuições para o setor público. Na terceira parte, foi definida a metodologia utilizada na pesquisa. Na quarta parte, evidenciam-se as análises e os resultados do estudo de caso, na quinta e última parte, chegou-se à conclusão da pesquisa com as considerações e sugestões.

2. Tecnologia da Informação e Sistemas de Informação

Stair e Reynolds (2006) entendem que a definição de dados e de informações é, comumente, confundida por aquelas pessoas que não têm intimidade com o assunto.

Informação, no sentido lato, pode-se definir como sendo dados trabalhados que servirão para auxiliar na tomada de decisão; por sua vez, os dados são fatos estáticos, sem nenhuma agregação de outros valores, sem relacionamento com outros dados.

De acordo como estudo de Laurindo (2008), pode-se chegar a um esclarecimento sobre o significado preciso de Tecnologia de Informação (TI), servindo-se da revisão que o citado teórico faz a respeito do assunto, conforme Quadro 1.

Autor	Abordagem
Keen (1993)	A expressão 'Tecnologia de Informação' é um termo passível de equívocos e a mudanças no seu significado, quando se refere a computadores, telecomunicações, ferramentas de acesso e recursos multimídia.
Luftman <i>et al.</i> (1993) e Keen (1993)	A 'Tecnologia de Informação' (TI) é um termo muito mais amplo do que os termos, processamento de dados, sistemas de informação, engenharia de <i>software</i> , informática, ou até o conjunto de <i>hardware</i> e <i>software</i> . Conforme esses autores, os termos envolvem, também, aspectos humanos, administrativos e organizacionais.
Alter (1995)	Distingue 'Tecnologia da Informação' e 'Sistemas de Informação'. A primeira expressão se refere aos aspectos técnicos. A segunda expressão envolveria questões do fluxo de trabalho e as intervenções humanas neste processo.
Venkatraman (1993), Keen (1993), Weil (1992)	Servem-se da expressão, 'Tecnologia de Informação', entendendo tanto os aspectos técnicos, como os aspectos humanos.

Quadro 1 – Conceitos de Tecnologia de Informação.

Fonte: Adaptado de Laurindo (2008).

Ainda, conforme Laurindo (2008), a expressão ‘Tecnologia de Informação’, a partir da década de 1980, substituiu os termos ‘Informática’ e ‘processamento de dados’ que eram empregados indiscriminadamente nesse campo, que esse conceito mais amplo da TI insere-se na expressão ‘convergência digital’, termo frequente na indústria de computadores e nas telecomunicações. Já os Europeus, trabalham com a expressão Tecnologia da informação e da Comunicação (TIC).

Como se pode observar no Quadro 1, ainda, não existe um consenso sobre o sentido exato do termo Tecnologia de Informação e que, pelo contrário, seu significado acha-se em constante evolução e discussão. Porém todos convergem para a idéia de que se trata de um processo que envolve tanto aspectos técnicos como aspectos humanos.

Quanto aos sistemas de informação, estes se encontram presentes no cotidiano, tornando-se imprescindíveis, seja na vida privada: na execução de tarefas caseiras ou mesmo quando nos interagimos, via internet, com amigos ou solucionando transações comerciais ou bancárias; como também nas mais diversas aplicabilidades dos entes públicos ou privados. Porém, sua importância é de tal monta, que não se consegue sobreviver sem a utilização dos sistemas de informação (SI), visto que, devido à evolução dessa ferramenta, em qualquer atividade que se executa, atualmente, estão, quase sempre, presentes a TI e o SI.

Portanto, fica evidenciada a importância e a influência de utilização de TI e SI nos processos gerenciais da moderna administração, seja pública ou privada. O desafio maior que o administrador deve levar em consideração é a melhor forma de escolher os seus investimentos de TI. Audy e Brodbeck (2003, apud MARQUES e ALBERTIN, 2005) fazem referência às abordagens: Racional, Racionalidade, Política, Incrementalismo Lógico e Componente subjetivo. São elementos facilitadores para o processo decisório, sugerindo o modo como o administrador pode encaminhar a melhor decisão para contratar as ferramentas tecnológicas.

Para Moura (2003, *apud* MARQUES e ALBERTIN, 2005), na formatação de sistemas de informação devem ser observados os seguintes fatores, a saber: as variáveis tecnológicas, variáveis não tecnológicas, variáveis do setor e variáveis macroeconômicas.

2.1. Classificação dos Sistemas de Informação

Laurindo (2008) expõe quatro classificações para os sistemas de informação, considerando a visão de autores como: Anthony (1965), Alter (1995), Mc Lean e Wetherbe (2002), a saber:

a) Por níveis de decisão. Na opinião de Anthony (1965, *apud* LAURINDO, 2008) existiriam na operação dos sistemas de informação três tipos de decisões bem distintas, isto é, decisões referentes às ‘operações’, outras referentes ao ‘controle direto’ e outras referentes ao ‘planejamento estratégico’. Assim, conforme esse autor, no nível estratégico, as informações dizem respeito ao campo externo, mais voltadas para o planejamento em longo prazo, mas, também, com sistemas estratégicos de inovação, por causa da dinamicidade dos mercados. No nível do controle, os dados seriam internos e externos, a partir do problema. No nível operacional, seriam focados os dados internos, analíticos, com a automação dos processos repetitivos, nas atividades de curto prazo.

b) Conforme o uso. De acordo com Alter (1995, *apud* LAURINDO, 2008) as tipologias utilizadas pelas empresas são de

1. Sistemas Transacionais (TPS) (*Transaction Procssing System*): armazenam e coletam eventos e dados repetitivos no dia a dia das organizações, administrando os dados conforme regras pré-estabelecidas.

2. Sistemas de informação Gerenciais - *Management Information System* (MIS): trabalham as informações de maneira mais agregada.

3. Sistemas de Apoio à Decisão - *Decision Support Systems* (DSS), forma interativa de contato dos usuários com o computador, sendo fundamental a forma de suprimento de informações.

4. Sistemas de Informação Executivos - *Executive Information Systems* (EIS): fornecem um maior nível de agregação nas suas informações, com interface, visando a um nível mais alto da direção da empresa.

5. Sistemas Especialistas- *Especialist Systems* (ES): um sistema facilitador de diálogo com o usuário, buscando resolver problemas conjunturais, por regras internas, tipo ‘se, então, senão’.

6. Sistemas de Automação de Escritórios - *Office Automation Systems* (OAS): basicamente procura facilitar a interatividade e a comunicação, buscando maior eficiência e fluidez no trabalho de um escritório.

c) Conforme a estrutura organizacional. Turban, McLean e Wetherbe (2002, *apud* LAURINDO, 2008) criaram uma nova forma de classificação, a partir da hierarquia organizacional.

1. Os sistemas de informações departamentais: para atender aos departamentos da empresa.

2. Os sistemas de informação empresariais: com todo o conjunto de aplicativos para o planejamento e administração de todos os recursos da organização.

3. Os sistemas de informação interorganizacionais: com a possibilidade da interligação de diversas empresas.

d) Pelas tarefas que apóiam: de acordo com Alter (1995, *apud* LAURINDO, 2008), há a possibilidade de se executarem diversas tarefas nos sistemas de informação, seja substituindo a atividade humana, seja reforçando-se regras e procedimentos, seja, fornecendo-se informações e ferramentas necessárias para a execução do acesso,

como processar dados, comunicar-se, tomar de decisões e planejar ações físicas.

Alter (1992, *apud* LAURINDO, 2008), ainda, apresenta alguns referenciais para a descrição e avaliação dos sistemas de informação, que são orientações imprescindíveis para eficiência quando do desenvolvimento de qualquer SI:

- **A complexidade:** pelo número de variáveis interfaces, pela dificuldade possível nos cálculos, pela intensidade e variedade de acesso ao banco de dados.
- **Padrão de erros:** o tipo de erros cometidos pelo sistema, os sistemáticos e os não-sistemáticos.
- **Compatibilidade:** maior ou menor compatibilidade do sistema com outros equipamentos, sistemas e aplicativos.
- **Controlabilidade:** maior ou menor controle sobre a operação do sistema.
- **Adaptabilidade:** capacidade do sistema de adaptar-se a mudanças tecnológicas e organizacionais.
- **Custo:** os custos de aquisição, implantação e de operação.
- **Atrasos:** o grau de defasagem em relação à atualidade tecnológica.
- **Capacidade:** o volume de dados e transações possíveis de serem processadas e armazenadas e o número de usuários compatíveis.
- **Confiabilidade:** a certeza possível diante das respostas fornecidas pelo sistema.
- **Eficiência:** a forma como o sistema opera, mais ou menos perfeitamente.
- **Eficácia:** os resultados obtidos e os benefícios colhidos.

As classificações dos sistemas definidos acima, assim como a descrição e avaliação dos sistemas de informação, são informações importantíssimas na avaliação e na tomada de decisão para implantação de qualquer sistema de informação-SI. A inobservância desses referenciais poderá acarretar a ineficiência da escolha do tomador da decisão do SI, causando-lhe prejuízos financeiros ou de oportunidade, desequilibrando a relação custos *versus* benefícios.

2.2. Características dos Sistemas de Informação

Alter (1999); Audon e Laudon (2000) e O'Brien (2003), citados por Dolci; Becker (2006), a partir do estudo de traços característicos de um conjunto dados, com o objetivo de determinar os tipos de sistemas de informação, ou seja, as tipologias adotadas para caracterizar sistemas de informação, classificam os recursos em humanos, de hardware, de software, de dados, de rede e de informação.

Essas características, entretanto, quando fundamentadas, atendem, principalmente, a recursos técnicos, dificultam a identificação e a mensuração das características relevantes da TI, para estudos que visam a entender seu relacionamento com as organizações (CROWSTON; MALONE, 1994, apud MULLIGAN, 2002).

Os autores Dolci e Becker (2006) afirmam que tais tipologias focam a capacidade de produção e componentes mensuráveis, tangíveis das máquinas, quando associadas à TI. Concluindo seus pensamentos, os autores entendem que, de fato, os recursos são diferenciados pela capacidade de processamento, armazenamento, recuperação, transmissão e apresentação dos dados.

Contrapondo-se ao exposto anteriormente, Mulligan (2002) direciona que os estudos sobre caracterização da TI que deverá passar da observação direta (objetiva) de elementos, com caráter de tangibilidade da tecnologia, para a percepção dos usuários e desenvolvedores. Para fundamentar suas ideias, o autor desenvolveu uma pesquisa exploratória em que faz uso do método Delphi, junto a especialistas, em dois momentos: numa primeira fase, comparou alguns casos; numa segunda, concluiu que os principais atributos que caracterizam os sistemas de informação são: escopo, acessibilidade, integração e foco dos sistemas.

No intuito de melhor mensurar os atributos de cada construto definido (conceitos não observáveis), Dolci e Becker (2006) apresentam, para cada construto, um conjunto de enunciados (itens para medir variáveis observáveis). Após a análise de 394 sistemas de informação, utilizando uma ferramenta sofisticada em estatística,

confirmaram os estudos anteriores de Mulligan (2002) e Dolci e Becker (2006).

Os autores Dolci e Becker (2006) oferecem itens (variáveis observáveis) que devem ser empregados para cada construto (variável latente), conforme exposto no Quadro 2.

Construto	Itens
Escopo	São abrangentes quanto ao número de áreas funcionais que acessam o sistema dão apoio à execução de uma vasta gama de tarefas dão apoio à execução de diferentes tipos de serviços exigidos em diversas áreas funcionais.
Acessibilidade	Estão disponíveis 24 horas, 7 dias por semana, para serem acessados por sistemas de informação externos à organização. Podem ser acessados fora do expediente de trabalho.
Integração	São integrados a outros sistemas de informação que dão apoio a decisões realizadas em níveis superiores da organização. Registram dados ou executam processos fundamentais a outros sistemas de informação.
	Ajudam a tomada de decisões gerenciais.
	Ajudam a tomada de decisões em grupo.
	Ajudam nas decisões da alta administração.

Quadro 2 - Características dos Sistemas de Informação - Itens do modelo de mensuração.
Fonte: Dolci e Becker (2006).

2.3. Gestão Pública e Tecnologia da Informação

Analisando o papel da informática, em geral, na atualidade, Albertin *et al* (2004) observam que a TI faz parte do dia a dia das pessoas, em todas as suas atividades. A partir desse momento, o processo fica irreversível, visualizando-se o reflexo dessa realidade nas novas gerações, que já nascem acostumando-se a operar com os mais diversos mecanismos de tecnologias.

Castells (2001, apud ALBERTIN, 2004) argumenta que não é a sociedade informacional que provoca uma deterioração nas condições de trabalho e de vida entre o operariado, em geral, mas o que

deve ser entendido é que se trata do resultado de uma reestruturação das relações de capital e trabalho, com a ajuda da TI. Não se pode negar que esse quadro vem gerando um distanciamento entre as classes da sociedade, devido à concentração de poucos no ápice da pirâmide social, em posição a muitos outros, com poucas condições de ascender socialmente.

De acordo com Volti (1995, apud ALBERTIN, 2004), um dos maiores determinantes para a desigualdade do poder é a desigualdade da distribuição de conhecimento. Se a tendência da educação é utilizar as novas tecnologias de informação, as consequências para as camadas da população que ficam fora deste quadro são extremamente graves.

Laurindo (2008), tratando sobre avaliação da TI, cita Wtherbe (1979) e Walrad e Moss (1993) que são da opinião que há diversas formas de avaliar a TI, com duas abordagens básicas, isto é, pela ênfase na eficiência e na eficácia. Quando menciona ênfase na eficiência, entende-se medição do desempenho com que as entradas (*inputs*) são transformadas nas saídas (*outputs*), objetivando o desenvolvimento dos sistemas interno e técnico.

Já conforme entendimento de Ferrer (2007), a crise de rentabilidade que as empresas enfrentaram na década de 1970, favoreceu a fragmentação das empresas multinacionais, dificultando o controle produtivo interno pelos governos. Essa fragmentação dos mercados e a internacionalização da Economia proporcionaram à nova Gestão Pública o grande intercâmbio de informações, as articulações cada vez mais abrangentes e a nova estrutura de redes.

3. Metodologia

Esta pesquisa caracteriza-se como descritiva com abordagem qualitativa, de validade e aplicação interna no âmbito de atuação do SIC. Malhotra (2006) afirma que a pesquisa descritiva tem característica conclusiva e objetiva a descrição de algo, além de determinar o grau de associação de variáveis, pois a abordagem qualitativa pro-

porciona uma maior percepção e compreensão do contexto do problema, para pequenas amostras.

Quanto ao objetivo, esta pesquisa é considerada exploratória, pois tem como finalidade a investigação da contribuição do Sistema Integrado de Contabilidade do Estado do Ceará. Tem-se como método de pesquisa o estudo de caso, o qual é descrito por Yin (2005, p.32) como “uma investigação empírica, que aborda um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto da vida real, mormente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não estão claramente definidos”.

Os dados analisados neste estudo foram coletados de duas formas: em primeiro lugar, por uma pesquisa documental e bibliográfica e, em segundo lugar, pela pesquisa de campo, do tipo estudo de caso. As informações foram colhidas no local de trabalho dos pesquisados, através de comunicação direta, por entrevistas e questionários, aplicados pessoalmente.

A amostra foi elaborada a partir da relevância que cada órgão representa no contexto do cenário orçamentário do Estado. Assim, ficou definida que a população total desses órgãos é de 138 funcionários envolvidos com o SIC, que material e representativamente, sendo distribuídos dessa forma: 28 funcionários da SEFAZ, 10 da SEPLAG/ETICE, 60 da CGE e 40 funcionários do TCE. Porém, em função das férias de alguns funcionários, somente 44 (quarenta e quatro), em torno de 32% atenderam à solicitação do pesquisador, com a seguinte configuração: SEFAZ 13 (treze), CGE 10 (dez), SEPLAG 4 (quatro), TCE 15 (quinze) e 2 (dois) da ETICE.

Para Marconi e Lakatos (1999, apud BRAGA, 2007), a média de retorno de questionário gira em torno 25% do total da amostra, portanto, o nível de retorno de questionários da presente pesquisa pode ser considerado satisfatório.

O Gráfico 1 demonstra visualmente a configuração amostral da pesquisa.

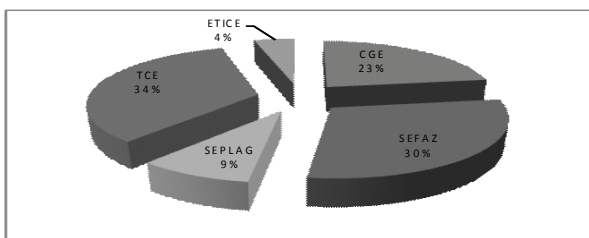


Gráfico 1 – Órgão em que o entrevistado trabalha (%).

Fonte: Dados da pesquisa (2009).

4. Análise dos dados da pesquisa

A partir da fundamentação teórica, revista neste trabalho, e dos dados coletados no estudo de caso único, conforme explicitado na metodologia utilizada e a partir da análise dos dados quanto ao questionamento: Tabela 1 - Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC-Geral (%), alcançaram-se aos seguintes resultados, referentes ao controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado:

1. Qual o nível de utilização da base de dados do SIC obteve a aprovação de todos os órgãos pesquisados de 92,9%, confirmando o construto de ‘favorável’.

2. Qual a utilização de base de dados do SIC gera maior velocidade no acompanhamento e controle da execução orçamentária do Estado do Ceará? E o item 09 - Qual o nível de tempestividade dos dados e relatórios disponibilizados pelo SIC? O SIC recebeu uma avaliação de construto ‘favorável’ de 73,9% e de 83,3%, respectivamente.

3. Qual o nível de utilização do banco de dados do SIC, com técnicas de entrelaçamento com outros sistemas? 04 - Qual o nível de utilização dos relatórios (orçamentário, financeiro e patrimonial) determinados pela Lei 4.320/64, e disponibilizados pelo SIC? E no item 08 - A concepção das rotinas de processamentos do SIC foi de-

envolvida para, preventivamente, auxiliar no controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará. Em que nível? Obtiveram, em média, 57,7 % de aprovação com construto ‘favorável’.

4. Qual o nível de utilização dos relatórios bimestrais, quadrimestrais e anuais determinados pela Lei Complementar 101/2000, disponibilizados pelo SIC? 06 - Qual o nível de utilização de relatórios gerenciais, disponibilizados pelo SIC, para auxiliar os trabalhos desenvolvidos nos órgãos? 07 – Qual o nível de utilização de dados e relatórios da execução da receita, disponibilizados pelo SIC? e o item 10 - Qual o nível de tecnologia de comunicação do SIC, para disponibilizar dados e interagir com outros sistemas? Foi assinalado um percentual médio de 56,26 de construto ‘desfavorável’.

A Tabela 1 apresenta as principais conclusões quanto à avaliação dos usuários do SIC, após a análise geral de todos os questionamentos comuns aos órgãos pesquisados.

Tabela 1 - Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC - GERAL (%)

Item	Nenhum	Muito pouco	Pouco	Razoável	Muito	Não respondeu	Total
1. Qual o nível de utilização de base de dados do SIC?	2,4	2,4	2,4	9,5	83,3	-	100
2. Qual o nível de utilização do banco de dados do SIC, com técnicas de entrelaçamento com outros sistemas?	7,1	16,7	16,7	23,8	31	4,8	100
3. A utilização de base de dados do SIC gera maior velocidade no acompanhamento e controle da execução orçamentária do Estado do Ceará?	2,4	9,5	14,3	31	42,9	-	100
4. Qual o nível de utilização dos relatórios (orçamentário, financeiro, patrimonial) determinados pela Lei 4.320/64, disponibilizados	11,9	23,8	7,1	35,7	21,4	-	100

pelo SIC?							
5. Qual o nível de utilização dos relatórios bimestrais, trimestrais e anuais determinados pela Lei Complementar 101/2000, disponibilizados pelo SIC?	19	35,7	9,5	14,3	16,7	4,8	100
6. Qual o nível de utilização de relatórios gerenciais, disponibilizados pelo SIC, para auxiliar os trabalhos desenvolvidos nos órgãos?	11,9	21,4	16,7	19	31	-	100
7. Qual o nível de utilização de dados e relatórios da execução da receita, disponibilizados pelo SIC?	21,4	19	14,3	21,4	19	4,8	100
8. A concepção das rotinas de processamentos do SIC foi desenvolvida para, preventivamente, auxiliar no controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará. Em que nível?	11,9	31	2,4	26,2	26,2	2,4	100
9. Qual o nível de tempestividade dos dados e relatórios disponibilizados pelo SIC?	2,4	2,4	11,9	40,5	42,9	-	100
10. Qual o nível de tecnologia de comunicação do SIC para disponibilizar dados e interagir com outros sistemas?	14,3	35,7	16,7	26,2	7,1	-	100

Fonte: Dados da pesquisa (2009).

Depreende-se do exposto na Tabela 1, a qual demonstra os resultados acerca dos questionamentos sobre o SIC e os seus respectivos dados coletados na pesquisa de campo, que as questões 01, 03 e 09 receberam, dos respondentes, entre 70% a 90% de índices de aprovação, com resposta ‘favorável’.

Por outro lado, quanto ao índice de avaliações com construto ‘desfavorável’, nota-se que os mais altos percentuais foram para os dois itens 05 e 10, mas que não ultrapassaram os 70%. Os itens 02,

04, e 08 de baixa aprovação, mantiveram-se, mesmo assim, no percentual acima de 50% de avaliação com construto 'favorável'.

Percebe-se também que, em todas as questões com índices de baixa aprovação, isso é, nos três itens 05, 07 e 10, o nível de percentual de votos 'favorável' manteve-se acima dos 30%. Pode-se concluir, pois, à luz da pesquisa sintetizada na Tabela 1, que a maioria, 70% dos entrevistados, avaliou o SIC positivamente com o construto 'favorável'.

4.1. Resultados dos cruzamentos das variáveis

Apresentam-se, a seguir, os cruzamentos das tendências manifestadas com as variáveis de faixa etária, tempo de serviço e sexo. Com este procedimento entende-se oferecer maior consistência estatística aos questionamentos de natureza tecnológica do SIC e do controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado, para identificar possíveis tendências de comportamento do perfil dos entrevistados,

a) A faixa etária acima de 50 anos manifestou-se favorável ao SIC nos itens: 01 - Qual o nível de utilização de base de dados do SIC?, 04 - Qual o nível de variedade de acessos ao banco de dados do SIC?, 08 - Qual o nível de compatibilidade do SIC em relação a equipamentos e sua performance (baixa plataforma)? e o item 10 - Qual o nível de adaptabilidade do SIC às mudanças tecnológicas?, com aprovação acima de 50%. Portanto, essa variável foi determinante para se atestar a aprovação do SIC, como ferramenta de controle e acompanhamento e execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará.

b) O tempo de serviço, acima dos 5 anos, demonstrou ser um fator positivamente determinante nos itens 04 - Qual o nível de variedade de acessos ao banco de dados do SIC?, 07 - Qual o nível de utilização de dados e relatórios da execução da receita, disponibilizados pelo SIC? e o item 08 - Qual o nível de compatibilidade do SIC em relação a equipamentos e sua performance (baixa platafor-

ma)?; entretanto, no item 02 - Qual o nível de utilização do banco de dados do SIC, com técnicas de entrelaçamento com outros sistemas?, os respondentes classificaram como 'desfavoráveis' sua utilização do SIC, como ferramenta de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará.

c) O sexo masculino posicionou-se 'favorável' apenas no item 06 - Qual a compatibilidade do SIC com outros equipamentos, sistemas e aplicativos?. Por sua vez, o sexo feminino manifestou-se 'favorável' no item 08 - Qual o nível de compatibilidade do SIC, em relação a equipamentos e sua performance (baixa plataforma)? Entretanto, ambos os sexos, com preponderância para os homens, foram 'desfavoráveis' no item 10 - Qual o nível de adaptabilidade do SIC às mudanças tecnológicas?

4.2. Resultados específicos dos órgãos

a) Empresa de Tecnologia do Estado do Ceará (ETI-CE): Quanto ao nível de descrição e avaliação tecnológica do SIC a grande maioria das respostas foi 'favorável' ao sistema, com 22 respostas. Observou-se que não há nenhuma resposta na extremidade 'desfavorável' com conceito 'nenhum'.

Porém, alguns gargalos do SIC foram detectados na pesquisa, no que tange aos itens que receberam avaliação 'desfavorável': 04, 05, 06, 08, 10, 11 e 12, conforme Tabela 2 a, demonstrando a sua defasagem tecnológica. Esses gargalos deverão ser objetos merecedores de uma atenção especial numa provável e necessária atualização e modernização tecnológica.

Tabela 2 – ETICE - Nível de descrição e avaliação tecnológica do SIC

Item	Nenhum	Muito pouco	Pouco	Razoável	Muito	Total
1) Qual a complexidade pelo nº de variáveis, pela dificuldade possível nos cálculos, pela intensidade e variedade de acesso ao banco de dados, do SIC?	-	-	-	1	1	2
2) Qual o nível de volume de dados de recursos orçamentários processados pelo SIC?	-	-	-	-	2	2
3) Qual o nível de utilização de acessos ao banco de dados do SIC?	-	-	-	2	-	2
4) Qual o nível de variedade de acessos ao banco de dados do SIC?	-	2	-	-	-	2
5) Qual o Padrão de erros cometidos pelo SIC, os de tipos sistemáticos e os não-sistemáticos?	-	-	2	-	-	2
6) Qual a compatibilidade do SIC com outros equipamentos, sistemas e aplicativos?	-	-	2	-	-	2
7) Qual o nível de compatibilidade (integração) do SIC em relação a outros sistemas do Estado?	-	-	-	2	-	2
8) Qual o nível de compatibilidade do SIC em relação a equipamentos e sua performance(baixa plataforma)?	-	2	-	-	-	2
9) Qual o nível de adaptabilidade do SIC às mudanças organizacionais?	-	-	-	1	1	2
10) Qual o nível de adaptabilidade do SIC às mudanças tecnológicas?	-	2	-	-	-	2
11) Qual o nível de defasagem do SIC em relação ao uso de tecnologia de comunicação externa (INTERNET)?	-	-	-	-	2	2
12) Qual o nível de defasagem do SIC em relação ao uso de tecnologia de comunicação interna (INTRANET)?	-	-	-	-	2	2
13) Qual o nível de segurança com relação aos dados digitados e gravados no banco de dados do SIC?	-	-	-	-	2	2

14) Qual o nível de integridade do SIC com relação a sua base de dados?	-	-	-	-	2	2
15) Qual o nível de eficiência nos aspectos de controle e de acompanhamento relacionados com a manipulação de dados digitados e gravados do SIC?	-	-	-	-	2	2
16) Qual o nível de eficiência nos aspectos de gerenciamento da base de dados do SIC?	-	-	-	-	2	2
17) Qual o nível de eficácia nos aspectos de controle e acompanhamento relacionados com a manipulação de dados digitados e gravados do SIC?	-	-	-	-	2	2
18) Qual o nível de eficácia nos aspectos de gerenciamento da base de dados do SIC?	-	-	-	1	1	2
Total	-	6	4	7	19	36

Fonte: Dados da pesquisa (2009).

b) Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará (SEPLAG): Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC, os respondentes atribuíram o conceito ‘favorável’ ao SIC, com uma significativa maioria de 37 respostas, representando um total de 71,2% das respostas. Entretanto, observou-se que algumas respostas foram totalmente de conceito ‘desfavorável’ ao SIC, transparecendo a existência de aspectos referentes a necessidades particulares do SEPLAG, que o SIC não atende, em especial, às imposições da Lei Complementar 101/2000.

c) Controladoria e Ouvidoria Geral do Ceará (CGE): Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC, a grande maioria dos entrevistados atribuiu, ao SIC, o conceito ‘desfavorável’ para suas atividades, com 74 respostas, que representam um total de 67,3% dos respondentes, destacando a falta de rotinas para auditorias de: licitações, contratos, convênios e do patrimônio do Estado do Ceará e a ineficiência quanto à comunicação e interação com outros sistemas. Entretanto, no que diz respeito à utilização de base de dados do SIC, com relação às despesas para análise das prestações de contas dos Órgãos da Administração Pública do Estado do Ceará, a maioria absoluta avaliou construto ‘favorável’.

d) Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará (SEFAZ): Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC, a maioria dos respondentes da SEFAZ atribuiu ao SIC construto ‘favorável’, dentro do alto percentual de 71,6%. Porém, o SIC apresentou gargalos, segundo os respondentes, quanto a: entrelaçamento de dados com outros sistemas (item 02); rotinas para acompanhar e controlar a gestão da conta única e fluxo de caixa do Estado (04); com relação aos relatórios exigidos pela Lei Complementar 101/2000 (item 06); dificuldade de tecnologia de comunicação para interagir com outro sistema (item 11).

e) Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE): Quanto ao nível de utilização e avaliação do SIC, tem-se, neste órgão, uma avaliação levemente majoritária com conceito ‘favorável’ do SIC, com apenas um percentual de 51.1%. Por outro lado, a pesquisa demonstrou que um percentual de 48,9% dos itens pesquisados não são favoráveis às atividades de auditoria do TCE, destacando-se o entrelaçamento de dados com outros sistemas, relatórios da Lei Complementar 101/200, relatórios da receita do Estado e o que trata de comunicação e interação com outros sistemas.

5. Considerações finais

Cabe salientar que a proposta deste estudo foi averiguar qual a contribuição real e concreta do Sistema de Informação Contábil - SIC para o controle e gestão orçamentária e financeira do Estado do Ceará, isto é, o objetivo geral proposto foi analisar se o SIC atende às necessidades de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará.

Conforme mencionado, o SIC foi implantado no Estado do Ceará em 1981, com o objetivo de buscar o aprimoramento administrativo e financeiro, bem como por um grande esforço geral do Governo Estadual. Objetivava-se modernizar e aprimorar a máquina pública, dotando-a de maior eficiência e transparência para proporcionar um maior serviço à comunidade, atendendo aos princípios

norteadores da Administração Pública Gerencial.

É oportuno, portanto, que hoje se levante um questionamento básico junto aos seus usuários e operadores, nos diversos órgãos públicos interessados, sobre a realização, ou não, dessa expectativa e se esse instrumento tecnológico vem atingindo, justamente, as metas e objetivos para os quais foi criado, justificando, além disso, o investimento feito na sua implantação e manutenção.

Portanto, os dados colhidos, no tocante ao problema da pesquisa, no sentido de analisar se o SIC atende às necessidades de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará, confirmam que esse propósito foi alcançado.

No resumo das avaliações de todos os órgãos, conforme demonstrado na Tabela 1, ilustra-se que o SIC obteve a aceitação no construto ‘favorável’, na maioria de 70% dos entrevistados. O SIC, portanto, cumpre, a contento, a missão de controlar e acompanhar a execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará. Porém, não se pode negar que o sistema carece de uma atualização e modernização tecnológica nos aspectos que serão enumerados a seguir quando se apresentam as contribuições da pesquisa.

No que concerne ao objetivo geral da pesquisa, ‘analisar se o SIC atende às necessidades de controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará’, infere-se, por essa pesquisa, que esse propósito foi alcançado a partir dos resultados apresentados, que obteve a aceitação no construto ‘favorável’, com a média de 60,77 %.

Na representação gráfica pode ser confirmado, também, a partir da Tabela 1, que explicitou a maioria de 70%, que, dos 10 itens apresentados, 7 foram positivos ao construto de ‘favorável’ ao SIC.

No que tange aos objetivos específicos pode-se inferir, pela pesquisa, que os eles foram atingidos, conforme se apresenta:

a) Identificou-se que as necessidades do controle e acompanhamento da execução orçamentário do Estado e as necessidades do controle e acompanhamento da execução financeira do Estado, foram plenamente atendidas, mormente as necessidades orçamentárias, na maioria dos itens pesquisados, com o percentual de 70%.

Observa-se que os questionários não distinguiram perguntas do tipo: orçamentária e financeira, visto que existe dificuldade em distinguir procedimentos, em um sistema de informação contábil integrado o qual processa automaticamente os lançamentos contábeis, tanto lançamentos orçamentários como lançamentos financeiros. Mesmo assim, com essa limitação da pesquisa, foi possível inferir que as necessidades de controle, acompanhamento e execução financeira não são plenamente atendidas pelo SIC. Essas carências do sistema estão elencadas nas contribuições da pesquisa apresentadas a seguir. A pesquisa, também, demonstrou que o SIC está carente de rotinas para a elaboração de relatórios e demonstrativos exigidos pela Lei Complementar 101/2000.

b) Ficou confirmado que as características tecnológicas do SIC para o suporte do controle e acompanhamento da execução orçamentária e financeira do Estado, na concepção inicial do SIC, foram plenamente positivas, com anuência de 66,67% dos entrevistados.

Entretanto, a pesquisa demonstrou que a ferramenta tecnológica do SIC está merecedora de uma atualização, que contemple as deficiências mencionadas.

Quanto ao nível de descrição e avaliação tecnológica do SIC. Embora esses itens, no total de 08, representem 40% do total de itens perguntados, isso não significa que o sistema esteja vulnerável, visto que as suas respostas tiveram apenas 02 perguntas no conceito de “nenhum”. Esses gargalos tecnológicos foram, também, abordados nas contribuições da pesquisa. Em resposta a esse problema de fundo, foram consolidados os pressupostos fundamentais, isto é, que o SIC é uma ferramenta contábil e eficiente tanto no controle e acom-

panhamento da execução orçamentária, como financeira e que a atualização da TI seria uma condição essencial para a performance do SIC.

Confirma-se que o SIC, a partir da opinião da maioria dos respondentes, é uma ferramenta contábil eficiente no controle e acompanhamento da execução orçamentária, porém, apresenta algumas lacunas negativas, no trato dos recursos financeiros do Estado. Por outro lado, a ferramenta tecnológica do SIC atende, satisfatoriamente, às demandas de controle e acompanhamento da execução orçamentária. Porém, a pesquisa revelou que essa tecnologia está a merecer uma atualização e modernização tecnológica.

O SIC, portanto, cumpre a contento a missão de controlar e acompanhar a execução orçamentária e financeira do Estado do Ceará, porém, a partir também dos dados da pesquisa, não se pode negar que o sistema carece de uma atualização e modernização tecnológica, nos aspectos que serão enumerados a seguir, em contribuições da pesquisa.

5.1. Contribuições da pesquisa

A pesquisa demonstrou que o SIC é uma ferramenta tecnológica sistêmica de fundamental importância para a gestão dos recursos orçamentários e financeiros de todo o Estado. Mesmo com uma aceitação ampla e majoritária dos órgãos pesquisados, os dados coletados confirmam a necessidade premente de uma atualização e modernização de procedimentos e tecnológicas, especificamente nos seguintes tópicos:

- a) Uma melhor acessibilidade ao banco de dados;
- b) Uma maior compatibilidade com outros *softwares*;
- c) Definir outra plataforma da arquitetura do SIC, para otimizar a disponibilidade da base de dados e também melhorar a comunicabilidade como: INTRANET e INTERNET;
- d) Criação de rotinas para atender aos relatórios exigidos pela Lei Complementar 101/2000, Lei de Responsabilidade Fiscal

(LRF);

e) Estabelecer ou melhorar as rotinas de gerenciamento financeiro da conta única e Fluxo de Caixa;

f) Disponibilizar melhor sua base de dados com comunicabilidade pela Internet e Intranet;

g) Organizar rotinas para melhor atender aos órgãos de controle interno e externo; e

h) Definir políticas sistêmicas e periódicas para atualização e modernização do SIC.

Esta pesquisa oferece outras informações e dados paralelos a serem posteriormente explorados pelos órgãos do Estado, especialmente órgãos aqui pesquisados e outros, porventura, interessados. Espera-se, também, que as principais conclusões emergentes deste estudo possam, num futuro próximo, contribuir com os gestores dos órgãos oficiais para suas tomadas de decisões em um aprimoramento de suas rotinas em sistemas contábeis.

Finalmente, pode-se consagrar a importância fundamental deste instrumento tecnológico na máquina do Estado e que o seu aprimoramento, como ferramenta de controle e administração da coisa pública, contribuirá, certamente, para um melhor bem-estar e progresso de toda a sociedade, visto que, controla elevados recursos orçamentários e financeiros do Estado.

6. Referências bibliográficas

ALBERTIN, Alberto Luiz et al. *Tecnologia de informação*. São Paulo, Atlas, 2004.

ALBERTIN, Rosa Maria de Moura. *O Papel da Tecnologia de Informação*. ALBERTIN, Alberto Luiz; ALBERTIN, Rosa Maria de Moura. (Org.). *Tecnologia de Informação*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2004, v. 1, p. 13-23.

BRAGA, Juracy Soares Júnior. *Utilização da Tecnologia da Informação pelo fisco estadual cearense: o entrelaçamento de bases de dados de*

contribuintes do ICMS como ferramenta de auditoria fiscal. 2007.148 p. Dissertação (Mestrado em Controladoria). Universidade Federal do Ceará.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Brasília: Senado Federal, 2000.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Brasília: Senado Federal, 1964.

CEARÁ. Lei nº 10.338, de 16 de novembro de 1979. Brasília: Senado Federal, 1979.

_____. Decreto 14.222, de 6 de dezembro de 1980. Brasília: Senado Federal, 1980.

DOLCI, D.; BECKER, J.L. *Proposta de um modelo de mensuração para caracterizar sistemas de informação*. In: ENANPAD 2006, XXX, Salvador, 23 a 27 de setembro de 2006. Anais. CD-ROM.

FERRER, Florência. *Gestão pública eficiente*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LAURINDO, F.J.B. *Tecnologia da Informação*. Planejamento e Gestão de Estratégias. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MALHOTRA, N. K. *Pesquisa de Marketing: uma orientação aplicada*. 4ª ed. Bookman. Porto Alegre, 2006.

MARQUES, Érico Veras; ALBERTIN, Alberto Luiz. *Tecnologia da Informação: O desafio de entender os aspectos que definem o seu uso nas organizações*. In: ALBERTIN, Alberto Luiz; ALBERTIN, Rosa Maria de Moura. (Org.). *Tecnologia da Informação*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 1, p. 14-30.

MULLIGAN, P. *Information & Management*. Vol. 39. Union King: Elsevier, 2002.

STAIR, Ralph M; REYNOLDS, George W. *Princípios de sistemas de informação: uma abordagem gerencial*. Tradução Flávio Soares Corrêa da Silva - coordenador. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2006.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Tradução Daniel Grassi. 3ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

A cidadania e os Tribunais de Contas do Brasil

Delano Carneiro da Cunha Câmara

Auditor Substituto de Conselheiro (TCE-PI).

Professor da Universidade Federal do Piauí (UFPI).

Bacharel em Direito e Ciências Contábeis.

Especialista em Controle Externo da Administração Pública.

Mestre em Direito Constitucional.

Resumo: Trata do conceito de cidadania no Brasil como elemento essencial do Estado Democrático de Direito, analisando a relação desta com os Tribunais de Contas. Identifica a função de Controle Externo dos Tribunais de Contas do Brasil fundamentada na necessidade do cidadão acompanhar a aplicação dos recursos públicos. A cidadania não é associada apenas a nacionalidade, mas sim aos direitos fundamentais do indivíduo, constituindo um poder-dever dos cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Cidadania; Controle Externo; Tribunal de Contas; Democracia

1. Introdução

A agenda das principais discussões jurídicas mundiais passa pela questão dos direitos humanos e sua forma de efetivação. Neste grande fórum da Aldeia Global¹, tem se inserido o Brasil, que introduziu em seu sistema jurídico positivo uma série de garantias de direitos fundamentais para a pessoa. Dentre eles está o da cidadania.

A Constituição Federal de 1988 contempla, em seu art. 1º, como fundamento do Estado Democrático de Direito a “cidadania”²,

¹ TOFFLER, Alvin. *A Terceira Onda*. p. 23. Em igual sentido o pedagogo “MCLUHAN” já empregara o termo: MCLUHAN, Marshall, *La galaxie Gutenberg, face à l'ère électronique, les civilisations de l'âge oral à l'imprimerie*. (MCLUHAN - *A galáxia de Gutenberg*. São Paulo : Nacional, 1977.). MCLUHAN, Marshall, POWERS, Bruce R. *The global village: transformations in world life and media in the 21st century*.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a

sem, entretanto, precisar o sentido do mesmo, o que abre margem a diversas interpretações acerca da palavra.

Os Tribunais de Contas do Brasil também estão contextualizando o termo, sendo preocupação de seus técnicos e da cúpula dessas Cortes que, em eventos realizados, em trabalhos escritos publicados por membros dos colegiados de contas brasileiros e outras manifestações, demonstram a preocupação com os cidadãos e o democrático direito de ver realizado o bom exercício do controle externo da administração pública. Contudo, sem destoar do restante da administração pública, o significado do termo “cidadania” está em construção. Ouvidorias são criadas para garantir direitos aos cidadãos.

Em noticiários, costumeiramente, assiste-se a utilização do termo ‘cidadania’ ou ‘Direitos dos Cidadãos’ associados à busca ou a efetivação de Direitos Humanos: Seminários sobre Estado e Cidadania são organizados para debater sobre o tema. Contudo, se for examinado o conteúdo dos debates, será constatado que o significado de ‘cidadania’ foi ampliado.

Na doutrina brasileira tradicional do passado tinha-se cidadania associada a nacionalidade, como lembra José Afonso da Silva, citando Pimenta Bueno, e hoje, segundo o mesmo autor, estaria ligada ao exercício de “direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências”³.

dignidade da pessoa humana; IV – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³ SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 348/349. *In verbis*: Viu-se que PIMENTA BUENO, de acordo com o art.90 da Constituição do Império, falava em cidadão, em geral, que, então, se confundia com o nacional (arts.6º e 7º). Cidadão ativo era o titular dos direitos políticos, que a referida Constituição também concebia em sentido estrito (art.91). As constituições subseqüentes misturaram ainda mais os conceitos. A de 1937 começou a distinção que as de 1967/1969 completaram, abrindo capítulos separados para a *nacionalidade* (arts.140 e 141) e para os direitos políticos (arts.142 a 148), deixando de fora os partidos políticos (art.149) ...Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências.

Neste íter questiona-se: Seria o sentido de cidadania, hoje, empregado no Brasil, por juristas que buscam a efetivação dos direitos humanos, por agentes políticos, por membros de Tribunais de Contas e seus técnicos, bem como pela sociedade em geral, o simples direito de votar e ser votado? Estaria a 'cidadania' contida dentro dos direitos humanos, sendo esta um direito fundamental dentre os vários? Pode-se ir ao judiciário pedir ao juiz os 'direitos de cidadão' e o magistrado compreender com exatidão o que está sendo solicitado, caso não haja mais detalhamentos sobre o que está sendo pedido? Poderia um cidadão solicitar seu 'direito de cidadão' ao Conselheiro de um Tribunal de Conta do Brasil e ele ter a exata compreensão do que está sendo requerido? Qual a relação Direitos Humanos, Cidadania e Tribunal de Contas?

Assim, diante de tão instigante polêmica, o problema deste opúsculo circunscreve-se a definição da relação entre 'Cidadania, Direitos Humanos e os Tribunais de Contas do Brasil', órgão de Controle Externo, onde se tentará responder aos questionamentos retro mencionados, além de uma análise perfunctória acerca da efetivação de alguns direitos fundamentais inseridos na polêmica, incluindo a relevância dos Tribunais de Contas do Brasil no processo democrático.

2. Direitos Humanos no Brasil: algumas observações

O Brasil, como um país em vias de desenvolvimento, inserido nesta Aldeia Global, que possui, hoje, avanços tecnológicos fantásticos, com a aproximação das civilizações e culturas proporcionadas pelas comunicações, transportes mais rápidos e efetivos. Contudo, sob certos aspectos, em especial o dos direitos humanos para os pobres, encontra-se na pré-história.

Isso porque, no Brasil há uma realidade social de segregação e disparidades sociais gritantes. Basta-se que se adentre em favelas de cidades nordestinas, por vezes vizinhas de residências abastadas, para se constatar o aviltamento dos direitos humanos.

Pode-se, diante dessa realidade, dizer que as ‘cavernas’, habitadas pelos homens da pré-história, eram mais confortáveis do que as ‘casas’ cobertas por papelão da atualidade, as quais, em dias de chuva, pouco ou nada protegem da água e do frio.

O desrespeito aos Direitos Humanos não cessa por aí. Assistese, no Brasil, ainda: ao trabalho infantil, embora com proteção jurídica formal contra a existência do mesmo, como faz referência em seu texto Kátia Magalhães Arruda, em que aborda o tema de forma detalhada⁴. Diariamente, em hospitais há presença de pacientes em corredores, negligenciados⁵ pelos profissionais de saúde e pelo Estado, nas ruas das grandes cidades há crianças que abarrotam os sinais de trânsito com uma flanela nas mãos a pedir um trocado; e na indústria da seca, ou da enchente, ou do assistencialismo se continua

⁴ O Trabalho de Kátia Magalhães Arruda, com o tema “O trabalho de crianças no Brasil e o direito fundamental à infância”, (publicado no livro: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais/ Ana Cláudia Távora PEREIRA...[et al.]* ; coord. Willis Santiago Guerra Filho. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.)...traz uma análise sobre a presença do trabalho infantil no Brasil, em que se utiliza de textos extraídos do livro *Criança de Fibra*, das autoras Iolanda Huzak e Jô Azevedo, publicado no Rio de Janeiro, pela Editora Paz e Terra, 1994, publicação autorizada pela ONU. Várias são as passagens, veja-se algumas: “recolhendo o carvão do forno, menino de 7 anos é a miniatura de um homem feito. Os pais trabalharam noutro lugar e nada receberam. Agora, o pai brigou com a mãe e a esfaqueou. A mãe pediu as contas. Disseram que ela não tinha nada para receber” p.32; “ Operário de 13 anos em fábrica de blocos, ou seja, levá-los num carrinho de mão para secar no terreiro. Trabalho de Segunda a Sábado, Salário: 12dólares semanais” p.97; “Aos 13 anos, ele é mirrado como todo cambiteiro, aquele que leva cana para o engenho. Trabalha desde os 11 de idade, na região de Crato, Ceará. A jornada vai das 5h30 às 17h: poeira, palha cortante, calor. Ganha 3 dólares por semana”. p.14.

⁵ AZEVEDO, Creuza da Silva. *Gestão hospitalar: a visão dos diretores de hospitais públicos do Município do Rio de Janeiro*. p. 33-47.

distribuindo cestas de alimentos, vales remuneratórios, esmolas estatais diversas, sem oferecer a solução do verdadeiro problema. Na qual o verdadeiro problema está na alocação de recursos e nas políticas públicas adotadas, ou mesmo na falta de fiscalização que permite a incorreta aplicação dos recursos públicos.

Diante da dura realidade brasileira os organismos não-governamentais denunciam a existência de vários problemas nas políticas públicas e na efetivação de direito fundamentais, cuja falha pode estar nas sistemáticas de fiscalização. Todos problemas de um Estado ineficiente.

Os grupos se organizam para a defesa dos direitos humanos e/ou da cidadania no Brasil. Isso porque, para alguns, estariam os dois termos associados, e para outros, seriam sinônimos. O que se é forçado a discordar, pois cada um tem sua identidade, embora se interrelacionem por ser o segundo termo inclusivo ao primeiro. As posições doutrinárias, contudo, adotam vários sentidos.

Mas, quanto aos grupos que se organizam, como se apresentam?

Estes grupos atuam sob a forma de pessoa jurídica específica ou não. Como indivíduos, ou pessoas naturais agrupadas sem aparato institucional. Na maioria das vezes é apenas massa humana com um objetivo comum. Pessoas que: organizam campanhas solidárias de ajuda a determinadas comunidades; buscam e exigem a transparência das ações governamentais⁶; fazem circular, na *internet*, listas que propõem a cassação de políticos; e outras formas de manifestações públicas e de exercício da cidadania.

Vale ressaltar que institucionalmente os direitos e as garantias fundamentais já fazem parte dos textos constitucionais e legais pá-

⁶ Importante instrumento, recente, que traduz esta vontade popular de transparência das ações, ou seja de apresentação pública de onde são gastos os recursos públicos, são os demonstrativos exigidos apazadamente pela LRF.

trios. Contudo, o problema, na atualidade, está em sua não concretização. Tal ponto é pacífico no entendimento de vários estudiosos do assunto.⁷

3. Cidadania e Democracia no ordenamento Jurídico Pátrio

A cidadania no ordenamento jurídico brasileiro está incorporada ao sistema jurídico brasileiro na sua Constituição, embora na prática possa até não ser atingida. Em sua origem teve o sentido de nacionalidade. Com a evolução de seu sentido, ganhou foros políticos, constituído o direito de votar e ser votado, numa acepção mais democrática. Entretanto, com a ditadura militar implantada no país, este conceito sofre profunda mutação, pois para compensar a restrição imposta pelos militares surge uma cidadania regulada, em que os direitos sociais caracterizam sua marca. O período da ditadura militar é caracterizado por um Estado tipicamente paternalista e intervencionista nas relações sociais, as quais passam a ser protegidas e controladas, como forma de conter as pressões demandadas pela sociedade.

Com a redemocratização do Estado brasileiro, contudo, o sentido do termo cidadania foi bastante ampliado, tendo várias significações. Isto porque se herdou um pouco de cada um dos conceitos do passado e, com o desejo de se obter o máximo em direitos humanos, passou-se a ligar tudo que dizia respeito a um direito inerente a condição de pessoa humana (residente ou não na *pólis*⁸).

Ressalte-se, contudo, que de todas as significações, aquela que merece destaque é a que relaciona cidadania com democracia, como

⁷ Conforme vários autores: GRECO FILHO, Vicente(1977) e (1998); HERKENHOFF, João Batista (1998); FARIAS, Edilson Pereira de(1996); TEIXEIRA, Sonia Fleury (1985) , (1986) e (1992); SANTOS, Milton (1998); SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz (1998); CHAUI, Marilena (1992); COMPARATO, Fabio Konder (1993).

⁸ Assiste-se a ampliação do sentido de homem da cidade (*pólis*), para uma pessoa com dimensão humana civilizada, ou seja de civilização, que não esta mais na idade da pedra lascada.

lembra Maria das Dores Costa, em seu artigo publicado e rotulado de *Movimentos Sociais e Cidadania: Uma Nova Dimensão para a Política Social no Brasil*, quando diz que na verdade, **pensar a cidadania é pensar a democracia**. É sob o pano de fundo da democracia que um conjunto de direitos sociais, civis, e políticos é assegurado aos indivíduos de um Estado-Nação. O reconhecimento e a garantia desses direitos são a segurança do indivíduo, por outro lado, das condições necessárias e indispensáveis à sua manutenção e reprodução e, por outro lado, da sua participação na comunidade política do Estado nacional. Noutras palavras, pensada no interior de um processo democrático, a questão da cidadania passa pela articulação entre igualdade social e liberdade política, de tal maneira que a existência de uma é condição e garantia da outra.⁹

Isso conduz a idéia de que durante o regime militar não havia cidadania política no Brasil (congresso aberto com parlamentares omissos e/ou limitados na sua atuação, geralmente defendendo interesses particulares). Pode ser afirmado, contudo, que hoje temos cidadania plena? Não creio! Os atores políticos e econômicos da época dos militares continuam líderes na atualidade e usufruindo dos benefícios do poder. Ou em alguns casos novos dirigentes surgem com práticas antigas (limitação de divulgação de fatos e assistencialismo para conter as pressões sociais) As políticas públicas continuam deixando a margem o proletariado! As políticas públicas são pensadas de forma assistencialista para conter as pressões sociais e não os problemas estruturais. Na maioria das vezes a cidadania está restrita aos circuitos de poder econômico, político e cultural.

A essência da cidadania repousa, como pontifica Sonia Maria Fleury Teixeira, na identificação do regime com o governo dos cidadãos que encontra no conceito de cidadania a síntese das noções de igualdade, individualidade e representação mencionadas, buscando expressá-las a partir da vinculação jurídica de cada cidadão a um de-

⁹ COSTA, Maria das Dores. *Movimentos Sociais e Cidadania: Uma Nova Dimensão para a Política Social no Brasil*. *Revista de Administração Pública*. p. 7.

terminado Estado nacional, em que o cidadão pode ter sua individualidade ideológica, participar de suas idéias com outros e interferir quando for maioria ou minoria de certa forma na vida política do Estado.¹⁰

Quando se fala desta vinculação (Cidadão x Estado) deve-se ter em mente que a democracia, além de um conjunto de regras formais de exercício do poder político, é o locus de articulação das mediações entre Estado e sociedade. Participa o cidadão da formação, manutenção e desenvolvimento do contrato social. E, assim, a cidadania é, pois, a mediação que dá organicidade a esta relação, na medida em que, para além da ou em negação à fragmentação das classes na estrutura social, articula o conjunto de indivíduos de uma nação com o Estado representativo, assegurando-lhe a legitimidade necessária ao exercício do poder. Dar-se-á a pessoa uma dimensão política participativa de escolher os destinos de sua Nação e os seus próprios. Mas, não apenas o direito de vota e ser votado, e sim o acompanhamento das políticas públicas.¹¹

Hoje o **ideal de democracia deixou de ser a outorga** a um representante e passou a ser de mérito das ações do Estado. O cidadão, no exercício do poder dever da cidadania, deve acompanhar as ações do Estado e de seus representantes, e poder **escolher efetivamente** sobre como serão aplicados os recursos públicos.

Observando os sentidos de cidadania no ordenamento jurídico pátrio, tradicionalmente, parte-se para a idéia de que a cidadania pode englobar ao menos três tipos básicos de direitos, consoante pensamento político clássico: *os civis, os políticos e os sociais*. Em que relativamente aos primeiros, os civis, é seguro que se estabeleceram relacionando-se com as lutas da fase liberal clássica, nos séculos XVII e XVIII, através da conquista dos direitos à vida, à liberdade e propriedade. Ademais a própria Revolução Francesa almejava a ob-

¹⁰ TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. *Cidadania, direitos sociais e estado*. p. 119.

¹¹ TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. *Cidadania, direitos sociais e estado*. p. 119.

tenção de condições nas quais se pudessem exercer efetivamente tais direitos. Neste sentido, a cidadania teria uma dimensão dos direitos humanos de primeira geração e com eles se relacionaria, conforme será visto novamente no próximo item deste trabalho.¹²

A cidadania, no que toca aos direitos relativos ao aspecto político, é certo que não passa de consagração histórico-evolutiva operada ao cabo dos tempos, como desdobramento natural da conquista dos próprios direitos civis. Numa análise preliminar, referem eles, na liberdade de associação, de crença e pensamento e, notadamente, dizem respeito à participação política através dos mecanismos postos pela ordem jurídica vigente. Aqui, a justificação da premissa inicial quanto à precedência de normas positivas consagrando tais direitos. Esta participação política, contudo, na época do regime militar se viu mitigada ou quase anulada.¹³

O outro sentido do termo cidadania tem relação com direitos sociais que “vão surgindo a partir das contradições da ordem capitalista, que é o primeiro patamar de luta pela sua conquista,”¹⁴ como lembra Lucília de Almeida Neves Delgado.

A cidadania é entendida também como a condição dos membros de uma sociedade de ter deveres e direitos. Seu sentido é amplo, não estando adstrito a regulamentações de ordem técnica, engloba, portanto, questões morais nas relações Estado-sociedade, diferentes grupos da sociedade e diferentes indivíduos. Sua lógica é qualitativa, sua arena é política, entendida esta como o espaço das relações sociais, como espaço do poder.¹⁵

¹² SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. p. 69/70.

¹³ SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. p. 70.

¹⁴ DELGADO, Lucília de Almeida Neves. 1930: história e cidadania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos- RBEP*. p. 105.

¹⁵ VERGARA, Sylvia Constant. Movimentos sociais urbanos e pesquisa participante: alternativas a formas e conteúdos clássicos e sua contribuição a

Milton Santos pontifica que a própria palavra cidadão vai se impor com a grande mutação histórica marcada na Europa com a abolição do feudalismo e o início do capitalismo. Marx e tantos outros autores saudaram a chegada do capitalismo como a abolição de vínculos de servidão entre o dono da terra e o “seu” trabalhador e o surgimento do trabalhador livre, dono dos meios de produção. As aglomerações humanas, os burgos, foram o teatro principal dessa luta e o palco dessa enorme conquista. Com o homem do burgo, o burguês, nascia o cidadão, **o homem do trabalho livre, vivendo num lugar livre, a cidade.**¹⁶

No Brasil, contudo, houve um recuo dos direitos humanos na época do governo militar. Cidadania social e cidadania política não caminharam juntas. As políticas sociais floresceram sob o autoritarismo de Vargas, primeiro, e, depois, dos militares (pós-1964), de maneira que os direitos sociais se afirmaram quando os direitos civis e políticos foram suprimidos. Um Estado de mal-estar social foi a resultante perversa do divórcio entre cidadania política e cidadania civil.¹⁷

Em igual sentido, Maria das Dores Costa ressalta que “existe uma grande distância entre essa noção de cidadania e a realidade da cidadania no Brasil. Para entendê-la, é fundamental situar o Estado autoritário que, no período de 1930 a 1945, na busca de legitimação, consagrou e/ou doou as leis sociais aos trabalhadores, numa tentativa de suprimir os conflitos sociais da época.”¹⁸ A autora destaca que o país passou por uma fase intervencionista do Estado sobre as relações sociais, em especial nos contratos de trabalho, com a su-

construção da cidadania. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, nº. 2, abr./jun. 1988, p. 12.

¹⁶ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 9.

¹⁷ ALMEIDA, Maria H. T. de. É tempo de novos direitos. *Novos Estudos Cebrap*. p. 1.

¹⁸ COSTA, Maria das Dores. Movimentos sociais e cidadania: uma nova dimensão para a política social no Brasil. *Revista de Administração Pública*. p. 7.

pressão de certas liberdades de negociação, que traziam uma regulação de proteção de direitos sociais e redução de direitos políticos e civis.

Deste “regime militar”¹⁹, que tentou trazer para a cidadania uma dimensão básica de nacionalismo, resultou na subordinação da questão da cidadania a uma lógica autoritário-corporativa que, por um lado, imprime o controle estatal sobre os sindicatos e, por outro, impõe um modelo corporativista de gestão das políticas sociais, citando-se, como exemplo, a legislação trabalhista de previdência social, entre outras.²⁰ Contudo, a cidadania assume também feição de resistência, vindo, posteriormente, impulsionar os movimentos pelas “diretas já”²¹.

A cidadania, com certas limitações ou vertentes significativas pré-definidas por regimes autoritários, no Brasil, tem sido objeto de análise e crítica por parte de vários pesquisadores brasileiros. Uma boa contribuição crítica é a apresentada por Wanderley Santos²², para quem a cidadania no Brasil é entendida como uma cidadania regulada.

A autora Maria das Dores Costa, fazendo referência a Wanderley Santos, destaca que a cidadania regulada extrai as raízes do conceito de cidadania não de um código de valores políticos, mas de um sistema de estratificação ocupacional, definido por norma legal. O critério ocupação é o que determina e regula a condição da cidadania. Portanto, são cidadãos aqueles indivíduos localizados em ocupações reconhecidas e definidas por lei e, conseqüentemente, a

¹⁹ Refere-se à época das ditaduras militares no Brasil pós-64.

²⁰ COSTA, Maria das Dores. Movimentos Sociais e Cidadania: Uma Nova Dimensão para a Política Social no Brasil. *Revista de Administração Pública*. p. 8.

²¹ Movimento social que forçou a abertura e a redemocratização do país, tendo a frente os falecidos Tancredo Neves e Ulisses Guimarães.

²² SANTOS, Wanderley J. dos. *Cidadania e justiça*. Rio de Janeiro, Campus, 1979. pp. 75/76. Em igual sentido trata do assunto no trabalho *Razões da desordem*, 1993.

expansão da cidadania só se dá na medida em que novas profissões e/ou ocupações são regulamentadas.²³

Surge a dimensão da cidadania estimulada pelos sindicatos organizados das grandes cidades, em que, quanto mais organizados, negociam maiores e melhores oportunidades de trabalho e renda, em busca de uma “cidadania” denominada por Ricardo Toledo Neder de “cidadania ativa”²⁴. Mas, vale distinguir esta chamada ‘cidadania ativa’ da exposta por Pimenta Bueno²⁵, pois aqui se está falando do exercício pleno de contestação do indivíduo frente a máquina do Estado e a estrutura capitalista de poder, enquanto BUENO se referia ao exercício do voto, somente. Deve ser compreendido que a cidadania supera a simples idéia de voto e da representação.

Ressalte-se, contudo, que ainda é comum em determinadas regiões do país, onde o prefeito é rei e senhor da vida dos habitantes da região se quer haver a idéia de representação. Locais que, na maioria das vezes, predomina o analfabetismo, o paternalismo e a oligarquia política. Onde em época de eleição os políticos conquistam seus mandatos através da força econômica, distribuindo alimentos, roupas, remédios e outros objetos e serviços. E, mais modernamente, pelo controle do cadastro das bolsas governamentais.

O mais grave é que os recursos financeiros para o financiamento da manutenção do poder nas mãos de determinados grupos antidemocráticos advém, muitas vezes, do próprio ente público, em especial se, o processo de fiscalização é falho, a população não tem

²³ COSTA, Maria das Dores. Movimentos Sociais e Cidadania: Uma Nova Dimensão para a Política Social no Brasil. *Revista de Administração Pública*. p. 8.

²⁴ NEDER, Ricardo Toledo. *Cidadania, Modernidade e Gestão do Trabalho no Brasil*. *Revista de Administração de Empresas*, pp.78. – vale destacar que no império a cidadania ativa era aquela que informava o direito de um brasileiro votar - agora com este autor e outros assume uma posição de exercício de certos direitos sociais.

²⁵ PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. p. 435-475. – cidadania ativa - quando se refere ao cidadão nacional que efetivamente goza dos direitos políticos de votar e ser votado.

consciência de que vive em um “grande condomínio” ²⁶ custeado pela força de trabalho dela mesma, direta ou indiretamente, e que alguns políticos inescrupulosos se valem disso em proveito próprio.

A figura de cidadania mais adequada é a do cidadão pluralista, que recebe proteção do Estado e participa do governo e das opções políticas do Estado, e neste caso não há “despeito de sua qualidade de membro de várias organizações, mas por causa dela. A cidadania (como uma escolha moral e não como um *status* legal) só é possível se houver grupos menores” ²⁷ integrantes do Estado. A cidadania moral só é realmente aceita pela participação em grupos menores, bem como no Estado como um todo. Referidos cidadãos pertencem a um dos seguintes tipos: primeiro, pertencem a grupos que fazem realmente reivindicações contra o Estado; e então poderão ser obrigados a desobedecer às leis do Estado. O Estado poderá ou não tolerar sua desobediência: se tolerar, esses cidadãos serão opositores conscienciosos; se não tolerar, serão cidadãos desobedientes e, em casos extremos, até traidores. Ou então, em segundo, os cidadãos pertencem a grupos que não fazem essas reivindicações (e cujo trabalho não é trivial); então, esses cidadãos são simplesmente obrigados a obedecer às leis que ajudaram a fazer. Ressalte-se, contudo que em qualquer dos dois tipos a cidadania pluralista satisfaz às especificações do idealismo utópico, pois na maioria das vezes nos Estados mais desenvolvidos, onde as pessoas têm consciência política, muitos indivíduos acabam se acomodando e se transformam em meros espectadores. ²⁸

²⁶ Esta expressão refere-se ao ESTADO que é custeado pelos IMPOSTOS. Estado que tem os custos rateados entre os contribuintes, que pagam seus tributos sem saber que estão o fazendo.

²⁷ WALZER, Michael. *Das obrigações políticas*. p. 195.

²⁸ Nota: WALZER, Michael, em sua obra: *Das obrigações políticas*. p. 195 – Lembra também que “se houver uma tensão moral entre unidade política e honra pessoal, então haverá também uma tensão entre responsabilidade política e privatividade pessoal.” E acrescenta sobre o não-cidadão: “Não preciso dizer muito porque o não-cidadão geralmente encontra seus próprios meios de fugir aos argumentos moralizadores das pessoas políticas.”

Tal atitude decorre de uma ação lógica ligada a psicologia da vontade humana, que OLSON cita em sua obra como Lógica da Ação Coletiva, em que cada indivíduo analisa o resultado positivo individual em relação ao esforço despendido. Trata-se de uma teoria liberal individualista.²⁹

E, contextualizando a algo mais atual ainda, cidadania se relaciona ao meio ambiente equilibrado, pois sem o mesmo o homem perderia seu elemento essencial de vida ou melhor de existência.

A significação de cidadania, porém, vai mais além, assumindo uma dimensão de valor cultural, ético e biopsicológico dentro dos diversos grupos sociais. A cidadania é um elemento em construção que estaria associada a princípios de solidariedade e fraternidade.

Cidadania, portanto, assumiu uma pluralidade tão ampla de significação que defini-la seria, em grau de complexidade, equivalente a definir o conceito geral de felicidade ou de alegria, no qual se tem a noção de sua relação de “signo”, porém é imprecisável por palavras. Lembrando Wittgenstein³⁰, em sua filosofia da linguagem, a limitação conceitual passa pelo significado que a palavra tem ou deve ter, em que uma situação pode ser descrita, mas pode não ter um nome. Ou, em sentido contrário, um nome pode ter aplicação a diversas situações face a imprecisão lingüística.

No caso do termo em questão tem-se várias significações conceituais. O que é criticável! Parece, contudo restar inquestionável que, em geral, que o termo cidadania é ligado aos direitos humanos e a democracia.

4. Cidadania e Direitos Humanos no Brasil

²⁹ OLSON, Mancur. *Power and prosperity: outgrowing communist and capitalist dictatorships*. New York, NY: Basic Books, 2000. p. 15-23.

³⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico*. 3.01 e ss. p. 38-46.

Constata-se que o termo cidadania possui diversas acepções no ordenamento jurídico pátrio. Ligando-se a dimensão de democracia, direitos civis, políticos, sociais, culturais, ecológicos, e a própria pessoa humana enquanto indivíduo residente numa cidade ou não. Dentro destas várias significações, tem-se a relação entre cidadania e direitos humanos, ora de interligação, ora díspare de sentido.

Manzini-Covre, destaca em seu livro, “O que é cidadania”³¹, em uma primeira aproximação com o conceito de cidadania os aspectos dos direitos civis, sociais e políticos, em que “os direitos de uns precisam condizer com os direitos dos outros, permitindo a todos o direito à vida no sentido pleno - traço básico da cidadania.”³² Cidadania seria elemento dos direitos humanos, e não sinônimo. Mostra, ainda, que a origem da cidadania está relacionada ao surgimento da vida na cidade, à capacidade dos homens exercerem direitos e deveres de cidadão³³. Ou seja, com a maior convivência organizada socialmente em cidades, onde há maior risco de um ferir os direitos dos outros. Até porque, lembrando o ditado popular, na área jurídica os direitos e liberdades de um terminam quando se inicia os do próximo, por isso a necessidade de colisão e acomodação dos interesses dispares.

No caso da cidadania que engloba os direitos civis, ter-se-ia uma relação da mesma com os direitos humanos ditos de primeira geração³⁴, em que os mesmos ora seriam sinônimos, ora estariam

³¹ MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. – Neste livro a autora desenvolve as várias acepções de cidadania e sua correlação cotidiana. p. 15-17.

³² MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. – Neste livro a autora desenvolve as várias acepções de cidadania e sua correlação cotidiana. p. 15.

³³ MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. – Neste livro a autora desenvolve as várias acepções de cidadania e sua correlação cotidiana. p. 16.

³⁴ O significado de gerações é de sobreposição de certos direitos. Desde o seu reconhecimento nos textos das primeiras constituições os direitos fundamentais passaram por várias fases e transformações. Essas transformações, tanto aconteceram no que diz respeito ao seu conteúdo, como com referência a sua eficácia e efetivação. Nesse contexto, marcado por mutações históricas experimentados pelos direitos fundamentais, costuma-se falar na existência de três gerações de direitos, havendo quem defenda a existência de uma quarta geração. O

ne-les contida. Tal significação para o termo cidadania é pobre e insuficiente para a sua dimensão adotada pacificamente pelos estudiosos do assunto no Brasil. Seria uma cidadania “perneta ou capenga”³⁵.

A cidadania englobando o aspecto político e depois o social, baseada no “discurso das liberdades humanas e dos direitos seus garantidores”³⁶, é mais ampla que a anterior, pois aqui esta cidadania relaciona-se com direitos humanos de primeira e segunda gerações³⁷.

termo “gerações” vem recebendo críticas, tanto da doutrina racional como da alienígena. É inegável que o reconhecimento progressivo do direito humanos tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de modo que o termo ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Há os que preferem usar o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, se perfilando na esteira da doutrina mais moderna. Há vários autores que desenvolvem o assunto no Brasil dos quais destacamos o prof. Paulo BONAVIDES, Willis Santiago GUERRA FILHO, José Afonso da SILVA e outros.

³⁵ CÂMARA, Delano C. da Cunha Câmara. Palestra no dia 19.05.2001, em Teresina – PI.

³⁶ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 7.

³⁷ Conforme notas de aulas dos prof. Franz Von WEBER e leituras complementares: Os direitos fundamentais de primeira geração são o produto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcando cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direito de defesa, demarcando na zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder. Daí receber também a denominação de direito de cunho “negativo”, já que diz respeito a uma abstenção e, não uma conduta positiva por parte do poderes públicos. Nesse contexto, assumem relevância, por sua notória inspiração jus naturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. A esse rol juntou-se posteriormente o leque de liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, impressão, manifestação, reunião, associação, etc.) e direitos de participação política (direito a votar e ser votado) demonstrado assim, intensiva correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também enquadra-se nos direitos fundamentais de primeira geração o direito de igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, *habeas corpus*, direito de petição). Como sem relembra o Prof. Paulo BONAVIDES, cuida os direitos fundamentais de primeira geração dos direitos civis e políticos. Já o significado de segunda geração de direitos humanos acompanha a concepção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Vale ressaltar que o impacto de industrialização e

Mas no Brasil este sentido de cidadania não foi visto de forma cumulativa, pois com a intervenção estatal nas liberdades, em decorrência dos regimes autoritários, esta dimensão de cidadania ficou comprometida como já dito. Havia uma denominada cidadania regulada em que o Estado garantiu certos direitos sociais para sufocar demandas e vontades políticas emergentes. Óbvio que não usou apenas da política paternalista, mas também da força militar que detinha à época. Nesta dimensão, cidadania, inclusa ou no caso de sinônimo, teria seu território, previamente demarcado pelo Estado autoritário, formando uma relação esdrúxula com os direitos humanos.

Esta cidadania relacionada com os direitos humanos de segunda geração, que engloba direitos e garantias políticos e sociais, sem excluir os civis que do ponto de vista estatal, é concedida via atos normativos que definem as obrigações e as expectativas do Estado em relação aos membros da sociedade. Tais obrigações e expectativas - “neutras” - não discriminam sexo, idade, cor, posição social, credo religioso, preferência partidária. Todos têm direito à educação, à saúde, ao trabalho, à defesa, à representatividade, à moradia, ao acesso aos bens produzidos e aos bens coletivos. Todos têm o dever

os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialista e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia de efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento dos direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A esta distintiva desses direitos e a sua dimensão positiva, uma vez que não cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade, mas sim de propiciar direito de participar do bem-estar social. Nesse sentido, não se cuida mais, portanto de liberdade do indivíduo perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Esses direitos de segunda geração caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos de prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição de liberdades materiais concretas. É no século XX, no pós-guerra que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrado um número significativo de constituições e pactos internacionais. Os direitos de segunda geração englobam não apenas os direitos positivos, mas também os denominados “liberdades sociais” (liberdade de sindicalização, direito de greve, direito a férias, jornadas de trabalho, etc).

de pagar impostos, ter o senso de proporção nas demandas sociais, respeitar as leis, ter um comportamento socialmente aceito.³⁸

Esta cidadania abrangendo direitos políticos e sociais, direitos tantas vezes proclamados e repetidos, tantas vezes menosprezados, é uma cidadania ilusória apregoada como existente, mas que não existiu no Brasil da época da ditadura e nem há no presente com os muitos excluídos da sociedade, manipulados pela mídia e domínio econômico. É isso, justamente, que faz a diferença entre a retórica e o fato. A retórica existe apenas no discurso e no papel. Nos fatos não há o respeito ao indivíduo e a consagração da cidadania, pela qual uma lista de princípios gerais e abstratos se impõe como um corpo de direitos concretos individualizados. Em especial enquanto existir filas nos hospitais públicos e desemprego ou subemprego.³⁹

Isso porque do ponto de vista da realidade cotidiana, o caso brasileiro revela, entre outras coisas, que a cidadania é magia que faz os atos normativos se transformarem em um bloco de deveres para muitos e um bloco de direitos para poucos. Mais do que isso, faz a anônima de si própria, porque cidadania não imbricada à democracia não é cidadania; é pseudocidadania, imbricada à desordem social.⁴⁰

Mas a cidadania relaciona-se, também, com o que é denominado de “valor cultural da modernidade, que tem uma dimensão ética e outra política.”⁴¹

³⁸VERGARA, Sylvia Constant. Movimentos sociais urbanos e pesquisa participante: alternativas a formas e conteúdos clássicos e sua contribuição a construção da cidadania. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, nº. 2, abr./jun. 1988, p. 12.

³⁹SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 7.

⁴⁰VERGARA, Sylvia Constant. Movimentos sociais urbanos e pesquisa participante: alternativas a formas e conteúdos clássicos e sua contribuição a construção da cidadania. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, nº. 2, abr./jun. 1988, p. 12.

⁴¹SCHERER-WARREN, Ilse. Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo. *Movimentos em cena... e as teorias por onde andam?.* p. 43/44.

A dimensão política passa pelo acesso dos indivíduos aos núcleos de decisão do Estado, da entidade, enfim das relações sociais que tenham relevância política. Por outro lado, temos a dimensão ética, que é mais pessoal.

Transaciona esta dimensão de cidadania com o elemento Educação. Ocorre que muitas vezes está limitada pela atuação do Estado, o qual não oferece uma educação gratuita de qualidade para todos, comprometendo a existência da cidadania.

A cidadania deve ser “um estado de espírito, enraizado na cultura. É, talvez, nesse sentido, que se costuma dizer que a liberdade não é uma dádiva, mas uma conquista, uma conquista a manter.”⁴² Mas difícil de manter. “Ameaçada por um cotidiano implacável, não basta à cidadania ser um estado de espírito ou uma declaração de intenções.”⁴³ Ela tem o seu corpo e os seus limites como uma situação social, jurídica e política concreta para ser mantida pelas gerações sucessivas, para ter eficácia e ser fonte de direitos, ela deve se inscrever na própria letra das leis, mediante dispositivos institucionais que assegurem a fruição das prerrogativas pactuadas e, sempre que haja recusa, o direito de reclamar e ouvido seja possível.⁴⁴ O que no Brasil parece não ser a prática. O que transforma a relação, por vezes, entre cidadania e direitos humanos utopia.

Tudo isso transmite a compreensão de que “há cidadania e cidadania. Nos países subdesenvolvidos de um modo geral há cidadãos de classes diversas, há os que são mais cidadãos, os que são menos cidadãos e os que nem mesmo ainda o são”⁴⁵. Tereza Maria

⁴² SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 7/8.

⁴³ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 7/8.

⁴⁴ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 7/8.

⁴⁵ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 12.

Haguette expõe que o escopo da cidadania “não é o mesmo nos países metrópoles e nos satélites”⁴⁶.

MARSHALL em seu clássico *Citizenship and Social Class* reconheceu no interior das democracias modernas a existência de uma tensão permanente, uma guerra: “Lembra ele que isso existe, entre o princípio de igualdade implícito no conceito da cidadania e a desigualdade inerente ao sistema capitalista e à sociedade de classes presente nos Estados modernos”.⁴⁷

O Brasil tem experimentado e vivenciado a magia da cidadania ou a pseudo-cidadania. No entanto, a verdadeira cidadania pode e deve ser conquistada, pela sua construção a nível da qualidade política em sua imagem positiva. Tal construção pressupõe o entendimento de que idéias, valores, utopias, são configurados e questionados, abandonados e retomados, sustentados e reformulados, em um movimento que faz a história. É um processo às vezes angustiante, tenso, penoso, ou, tranqüilo, equilibrado, agradável outras vezes, mas sempre processo, e envolve cognição, amadurecimento, vivência, sentimento, sabedoria, experiência⁴⁸. Em um país dominado por muitas culturas e características de norte a sul.

O escopo da cidadania seria outorgado, estabelecido pelos que mandam, mas jamais de escopo finalístico a atingir. É certo que a cidadania se realiza segundo diversas formas, mas não se pode partir

⁴⁶ HAGUETTE, Tereza Maria Frota. Os direitos de cidadania do Nordeste Brasileiro. p. 125. Diz a autora que ‘a cidadania, como subdesenvolvimento, está associada à divisão internacional do trabalho. seu escopo não é o mesmo nos países metrópoles e nos satélites. Em uma economia mundial baseada em metrópoles politicamente fortes e satélites nacionais fracos, a cidadania –como a riqueza e o desenvolvimento econômico- é desigual e estratificada’ (T. Haguette, 1982, p. 125.).

⁴⁷ MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. New York, Anchor Books, Doubleday, 1965. p. 92.

⁴⁸ VERGARA, Sylvia Constant. Movimentos sociais urbanos e pesquisa participante: alternativas a formas e conteúdos clássicos e sua contribuição a construção da cidadania. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, n.º. 2, abr./jun. 1988, p. 12/13.

do princípio de que homens livres possam ter respostas diferentes aos seus direitos essenciais apenas pelo fato de viverem em países diferentes.⁴⁹ Há que se observar as peculiaridades de cada país que no caso brasileiro, com seu multi-culturalismo, não há que se falar em unidade consensual quanto a relação entre direitos humanos e cidadania.

Por fim, pode-se afirmar que a conquista da cidadania no Brasil tem duas implicações. De um lado, incorporar à verdadeira cidadania, ampliando esta condição para uma cidadania plena, em todos brasileiros sabiam o que é e possam ser enquadrados nela. De outro lado, incorporar a essa dimensão de cidadania plena os indivíduos “pré-cidadãos” ou “não-cidadãos”, expulsos do sistema produtivo, portanto, sem profissão, sem qualquer direito político ou consciência do que é cidadania. Ou seja, passa pelo processo educativo que é citado retro.

No Brasil, contudo, assiste-se a fungibilidade do termo cidadania, em que a pluralidade de significação sociológica, bio-psicológica e jurídica pode ter esvaziado o seu verdadeiro sentido.

5. Tribunais de Contas do Brasil e a cidadania

Na civilização antiga o patrimônio do monarca confundia-se com o do Estado. Separando-se o patrimônio do soberano daquele pertencente à sociedade (Estado), os governantes assumem uma posição de gestores de recursos de terceiros. Fazem-se presentes, contudo, conflitos de interesses. Os interesses do Estado nem sempre são os mesmos do governante, que deve administrar os recursos estatais da melhor forma possível, mas nem sempre o faz.

No intuito de “frear” a absoluta liberdade e poder do “soberano”, que, muitas vezes, manipula o Estado segundo sua vontade e interesses, surgem arranjos institucionais para possibilitar o controle

⁴⁹ SANTOS, Milton. O espaço do cidadão. p. 12.

do exercício do poder pelo governante, embora, em sua maioria, pouco eficazes. Desenvolve-se toda uma doutrina dos Direitos Constitucional, Administrativo, Econômico, Financeiro e Tributário, lastreada por ampla legislação, preocupada com o controle das atividades do governante.

Como forma de restringir o poder dos governantes fortalece-se a teoria dos CHECKS AND BALANCES, e a teoria da tripartição dos poderes, onde o poder estatal é dividido dentre as funções Legislativa, Judiciária e Administrativa, aperfeiçoando-se com as funções atribuídas ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas, que, como lembra FEDER⁵⁰, afiguram-se, também, poderes do Estado. Poderes que têm funções específicas e inconfundíveis, num Estado Democrático Moderno e não podem ser exercidas por outro poder que não aquele com especialidade para tal. Estado gigantesco que tem apenas parentesco com aquele idealizado por Montesquieu numa figura quase abstrata⁵¹.

No contexto atual, de um Estado gigantesco, com operações econômicas, financeiras e contábeis cada vez mais complexas, a função de Controle Externo exercida pelos Tribunais de Contas torna-se imprescindível, mas começa a incomodar os “Donos do Poder”⁵². Principalmente, quando alguns Tribunais de Contas do país começam a ganhar eficiência que quando efetivada é sinônimo de fortalecimento da Democracia.

Com poderes limitados, todavia, os Tribunais de Contas restringem-se a informar outros poderes do Estado para tomarem providência, ou, em alguns casos, aplicam sanções administrativas, como multas, sem, contudo, terem autorização legal para executá-las por conta própria. Emite sobre as contas dos políticos eleitos para o Poder Executivo apenas um parecer (que tem sentido quando estes não

⁵⁰ FEDER, João. *O Estado sem poder*. p. 11.

⁵¹ FEDER, João. *O Estado sem poder*. p. 31.

⁵² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Título do livro que debate a questão do controle do poder.

são ordenadores de despesas). Quanto aos demais, gestores públicos (ordenadores de despesas), o Tribunal de Contas julga referidas contas, conforme determina o artigo 71, II da Constituição Federal 1988.

Com o julgamento, o Tribunal de Contas torna os gestores ineligiáveis impossibilitando-o de exercer função pública independente daquele julgamento efetuado pelo Poder Legislativo.

Deve-se destacar que o Tribunal de Contas exerce uma função de Controle Externo, ocupando, no mundo, diversas posições dentro dos arranjos institucionais de cada Estado. Pontifica CITADINI que, em alguma nações, apresenta-se “como órgão colegiado (Tribunais de Contas)⁵³, em outras, de forma unipessoal (Controladorias)⁵⁴. O certo é que estes órgãos de controle das contas públicas têm, nos dias atuais, a importante e indispensável tarefa de fiscalizar as receitas e despesas dos Estados”⁵⁵. Órgãos fiscalizadores que, em geral, apresentam-se ligados a outro poder (Legislativo, Judiciário, Executivo) ou, raramente, ocupando posição autônoma.

No caso de vínculo com outros poderes, mais freqüentemente está ao legislativo. Vale ressaltar, contudo, que esta relação não pressupõe uma dependência do órgão controlador ao Poder Legislativo, sob pena de comprometer sua natureza de Controlador Externo, que será exposta mais adiante.

⁵³ Adotam o Sistema de Tribunal de Contas, dentre outros, os seguintes países: Argélia, Alemanha, Áustria, Bélgica, Brasil, República da China, Comunidade Econômica Europeia, Coreia do Sul, Espanha, França, Grécia, Itália, Portugal e Uruguai.

⁵⁴ Estabeleceram o Sistema de Controladoria dentre outros os seguintes países: África do Sul, Austrália, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Estados Unidos, Índia, Irlanda, Israel, México, Inglaterra e Venezuela.

⁵⁵ CITADINI, Antonio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*: São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 13.

Hoje, os Tribunais ou Controladorias constituem presenças relevantes nos Estados Democráticos modernos, sendo tanto maior seu destaque quanto maior for o avanço de suas instituições democráticas⁵⁶. Quanto mais Democrático o Estado maior respeito aos Cidadãos.

Bem, mas quanto à natureza do controle externo, vale observar que sua origem contábil destaca a importância da conferência e fiscalização dos atos financeiros de uma gestão de terceiros. Assim, quando se fala em 'controle externo', fala-se em auditoria externa. O Controle Externo do Estado deve se assemelhar a uma Auditoria Independente que, numa empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, é contratada pelo Conselho de Administração, mas que, com independência de atuação, informa à Assembléia Geral, teórica e principiologicamente sem manipulações, os fatos ocorridos na gestão daquele patrimônio, que é de todos os acionistas.

Além do controle externo, há o interno, que é vinculado ao gestor e lhe deve orientar preventivamente para evitar erros. Assim, se um controle externo está vinculado e dependente do gestor, não será externo e sim, interno.

Assim, “existe uma posição majoritária tanto em número de países como entre os doutrinadores, que situa os Tribunais de Contas ou Controladorias como autônomos ao lado do Parlamento, com competência de fiscalização definida e própria, e com seus membros gozando de garantias da Magistratura”⁵⁷. No contexto internacional, “poucos são os países onde o controle está subordinado ao Executivo, menos ainda como integrante do Poder Judiciário, prevalecendo a localização do órgão junto ao Parlamento sem, no entanto, subor-

⁵⁶ CITADINI, Antonio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*: São Paulo: Max Limonad, 1995.p. 13.

⁵⁷ CITADINI, Antonio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*: São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 31.

dinar-se, na gestão administrativa ou no exercício de sua competência, ao Legislativo”⁵⁸.

No Brasil, seguindo a tendência mundial, o órgão controlador está ligado ao Parlamento, com autonomia de fiscalização e garantias aos seus membros. Destaque-se, contudo que a atividade dos Tribunais de Contas decorre de um caráter imprescindível da democracia.

Pousando, ainda, na questão do controle externo da administração pública o Legislador brasileiro implantou as possibilidades do controle pela sociedade através da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC-101/00), que objetiva o cumprimento dos princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além a transparência e responsabilidade pela gestão.

A necessidade da existência de sistemas de controle da Administração Pública é explicada pelo fato do dinheiro arrecadado pelo Poder Público, com base em seu poder de império, não lhe pertencer, mas ao povo (cidadãos). Assim, revela-se o Poder Público, apenas, como seu guardião e fiel depositário; dessa forma os agentes políticos e servidores públicos, responsáveis por administrarem o erário, devem obediência aos comandos constitucionais aplicáveis à matéria.

Como ao Público não pertence o dinheiro que utiliza, pois é mero gestor de interesses e bens da sociedade, nasce para os governantes o dever de informar ao povo a maneira como os recursos destes foram empregados, durante o exercício para o qual foi legalmente autorizada a sua utilização. Essa informação se presta ao Poder Legislativo, que é o Poder que, em nome do povo, autoriza as despesas, mediante discussão e aprovação da lei orçamentária. No modelo brasileiro, o Poder Legislativo conta, para o exercício do controle, com o auxílio de um órgão técnico, o Tribunal de Contas.

⁵⁸ CITADINI, Antonio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*: São Paulo: Max Limonad, 1995. p. 31.

Os Tribunais de Contas, contudo, são mais do que o órgão técnico de apoio ao legislativo, hoje ele é a expressão do exercício da cidadania, numa Democracia de tem deixado de ser de outorga para ser de efetivo acompanhamento da aplicação dos recursos públicos.

A obrigação do governante de prestar contas de suas ações à população origina-se do princípio de responsabilidade pública. Esse princípio evidencia a relação de “*accountability*” que permeia o setor público. Entende-se por “*accountability*”⁵⁹ a obrigação ética e moral que, em uma democracia, os governantes têm de informar ao cidadão sobre o que fez ou está fazendo com o dinheiro ou recursos que foram retirados da sociedade e que têm como objetivo a realização de ações que tragam benefícios aos cidadãos e não ao governo. Para a expressão, ACCOUNTABILITY, contudo, no Brasil não há uma palavra ou expressão única que seja sinônimo deste termo.

O princípio da responsabilidade pública revela, ainda, que a coisa pública deve ser conduzida de maneira que o administrador faça o melhor uso dos recursos públicos. Isto significa que o Executivo e funcionários responsáveis devem certificar-se de que suas decisões são legais e éticas. Que a administração utilize os recursos da maneira mais produtiva possível e que os programas atinjam os resultados pretendidos. Em resumo, são consideradas decisões aceitáveis no setor público, não apenas aquelas que dizem respeito à legalidade e à ética, mas que também reflitam um cuidado, uma preocupação pelo valor do dinheiro a ele confiado.

Na democracia não há poder sem controle. A existência de organismos de controle das ações administrativas é de fundamental importância para o fortalecimento do sistema democrático. O fortalecimento da democracia passa pela efetividade da cidadania, inclusive no âmbito dos Tribunais de Contas.

⁵⁹ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português*. Revista de Administração, Rio de Janeiro, fev./abr. – 1990, p. 30/47.

Desta feita, deve ser compreendido que, o termo ‘cidadania’ está bastante difundido e utilizado, inclusive no ambiente das Cortes de Contas. Isso não só permeado por elementos externos, mas também pelo processo de conscientização interna.

Vale salientar que, embora seja difícil delimitar e precisar a dimensão do termo cidadania, o núcleo de um Estado Democrático de Direito está estreitamente ligado com a ‘cidadania’ em qualquer de suas acepções.

E, pensar em democracia em um Estado de direito, sem o controle externo e transparência das contas públicas, constitui uma deturpação de sua própria essência democrática.

Assim, um direito fundamental do cidadão é saber quanto, como, onde estão sendo aplicados pelo Estado os recursos provenientes dos impostos pagos por ele (todas as pessoas físicas e jurídicas), bem como ver efetivados os mecanismos de controle para tal.

Retornando as colocações da introdução, quanto a relação entre cidadania e Tribunal de Contas, em especial quanto a importância deste órgão na implementação e efetividade da cidadania no Brasil, pode-se dizer que sem uma fiscalização eficaz das contas públicas não há cidadania.

Mas, depois de vista tantas dimensões e sentidos de cidadania, em que a mesma representaria tudo em dada situação e por vezes seria termo vazio, de que cidadania se estaria a discorrer? Pois bem, da cidadania inclusiva nos direitos humanos de última geração, da cidadania ativa, da cidadania pluralista, da cidadania plena e relacionada diretamente com a democracia. Cidadania que permite as pessoas intituladas de “cidadãos” o direito de participação nas decisões e benefícios proporcionados pelas ações do Estado.

Para esta dimensão de cidadania os Tribunais de Contas exercem papel imprescindível, haja vista que, os mesmos, são responsáveis pela fiscalização técnica das contas públicas.

A relevância dos Tribunais de Contas, no Estado Democrático, está no fato de que cada cidadão individualmente não teria recursos humanos, materiais e tempo para fiscalizar pessoalmente todas as aplicações de recursos públicos, além de capacidade técnica, para compreender a complexidade da malha de débitos e créditos presente no erário.

O cidadão não iria fiscalizar, individualmente, até pela lógica de qualquer ação coletiva, que em que a pessoa individualmente, não iria controlar e verificar pessoalmente todos os gastos e receitas públicos, pois se eventualmente descobrisse algum desvio, o custo *versus* o benefício individual a ser auferido em decorrência de seu ato seria por demais irrisório. Assim, a idéia é baixar os custos de fiscalização por parte do cidadão e mostrar-lhe maximização de benefícios.

Seguindo este processo lógico, a Lei de Responsabilidade Fiscal em vários de seus artigos ressalta a importância da transparência e acesso do cidadão a informação sobre os atos da gestão do aparelho Estatal, faculta o controle por qualquer cidadão, mas coloca como obrigação e dever dos órgãos próprios de controle interno e externo.

Exige, a Lei de Responsabilidade Fiscal, que os Tribunais de Contas e os Gestores emitam demonstrativos e relatórios simplificados para permitir o acesso aos cidadãos as informações contábeis, financeiras e patrimoniais.

Assim, falar em Democracia é compreender que os Tribunais de Contas devem auxiliar os cidadãos no controle das ações do Estado, prestando-lhes informações simplificadas e transparentes para o processo decisório dos cidadãos. Isso porque a atual Democracia

deixa de ser baseada somente na outorga a representantes (com poderes para administrar) e passa a ser lastreada poder de escolha dos destinos do Estado, das políticas públicas e outros elementos, diretamente pelos cidadãos. E, quando os Tribunais de Contas possibilitam esta ação direta do cidadão, com implementação de uma Agenda Cidadã, gerando informações simples e completas, garante a Cidadania Plena.

6. Inferências Finais

O sentido de cidadania e sua efetivação estão em construção no Brasil. Não há unidade terminológica jurídica, mas a Constituição Federal, provavelmente, quis empreender o caráter democrático do termo em sua plenitude, em que integra valores civis, políticos (voto e ser votado), sociais, econômicos, financeiros e culturais, além da própria individualidade. Distinguindo-se dos direitos humanos. Tem o termo significação transcendente ao sentido de direitos humanos, em que ora os supera, ora os contém, ora está contida nos mesmos, ou, ainda, aparece sem qualquer relação com eles. Cidadania constitui termo presente na boca do povo.

Vale a crítica de que o termo “cidadania” tem, hoje, sentido quase mitológico, isto porque, como a democracia, “a cidadania pôde ser considerada um tipo ideal que a história real dos homens trouxe de problematizar,”⁶⁰ mas que no Brasil, ideologicamente, é utilizada como chavão para quase todas as ações que se relacionam com pessoas, Estado, direitos humanos em geral e até com o controle dos recursos públicos. E, os estudiosos muitas vezes falam de cidadania sem, contudo, defini-la ou delimitá-la cientificamente.

O termo ‘cidadania’ aparece isoladamente na Constituição brasileira, o que dá margem a diversidade de significação e interpretação, inviabilizando que, numa demanda judicial na qual se requeira somente a multireferida ‘cidadania’ sem maiores detalhamen-

⁶⁰ TEIXEIRA, Sonia Maria Fleury. *Cidadania, direitos sociais e estado*. p. 119.

tos, possa o juiz dar o direito requerido pacificamente e na exata medida.

No âmbito dos TC's há a obrigação constitucional de implementação da cidadania. OS TC's são parte do Estado, que como tal deve fundamentalmente implementar a cidadania, como assevera a Carta Magna.

Com o intuito de realizar suas funções institucionais, além da prestação de contas de suas ações, os Tribunais de Contas têm buscado implementar programas de qualidade, para ganhos de eficiência, incluindo nestes o acesso ao cidadão ao maior número de informações possíveis, inclusive via Internet, ou através de ouvidorias.

Óbvio, que limitações decorrentes do arranjo institucional impedem que as Cortes de Contas brasileira efetivem satisfatoriamente os direitos de cidadania, seja para o público interno (funcionários do Tribunal de Contas) ou externo (sociedade).

As Cortes de Contas, contudo, têm buscado efetivar, prioritariamente, suas obrigações institucionalmente estabelecidas, corolário do Estado Democrático e da busca da implementação da cidadania.

Muitos são os Tribunais de Contas que hoje se reúnem a comunidade esclarecendo papel das Cortes e do Cidadão no processo democrático do Estado, promovendo encontros e palestras para atender tal objetivo.

Preocupação, inclusive, que tem transbordado a esfera dos Tribunais, pois hoje com a chamada Rede de Controle e a postura de algumas Universidades, assiste-se a cada vez mais pautas de debates envolvendo a questão da aplicação dos recursos públicos.

O cidadão é o cliente final dos Tribunais de Contas e é em função dele que existem no Brasil no mundo, por isso se faz necessário a criação de Agenda Cidadã permanente, com atividades rotineiras

pautadas no interesse da sociedade e na consolidação da informações referentes as funções institucionais dos Tribunais de Contas. Alinhado com este objetivo os órgão de Controle Externo têm promovido encontros, seminários, palestras e outras ações integradoras à sociedade em geral.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Maria H. T. de. É tempo de novos direitos. *Novos Estudos Cebrap*, n. 2, p. 1., jul. 1983.

AZEVEDO, Creuza da Silva. Gestão hospitalar: a visão dos diretores de hospitais públicos do Município do Rio de Janeiro. *Revista da Administração Pública*. Rio de Janeiro, p. 33-47, jul./set.1995.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista e atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1997.

CÂMARA, Delano Carneiro da Cunha. Liberdade com Vida Digna. *Revista Cearense Independente do Mistério Público*. Fortaleza, Editora ABC, a. II, n. 06, pp. 39-55, julho/2000.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português*. Revista de administração, RJ, fev./abr. – 1990, p. 30 – 47.

CAVALCANTI, Rosa Maria Niederauer Tavares. *Conceito de cidadania: sua evolução na educação brasileira a partir da república*. São Paulo: Senai, 1989.

CITADINI, Antonio Roque. *O Controle Externo da Administração Pública*: São Paulo: Max Limonad, 1995.

CHAUÍ, Marilena. *Público, privado, despotismo*. In: NOVAES, Adauto. *Ética*. São Paulo : Schwarcz, 1992.

COMPARATO, Fabio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova – revista de cultura e política*, São Paulo, n. 28/29, pp.85-106, 1993.

COSTA, Maria das Dores. Movimentos sociais e cidadania: uma nova dimensão para a política social no Brasil. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, Editora FGV, v. 22, n. 2, abr./ jun., 1988.

DELGADO, Lucília de Almeida Neves. 1930: história e cidadania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos- RBEP*. Belo Horizonte, UFMG, v. 78-79, jan/jul., 1994.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Porto Alegre: Globo, 1977.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e a informação*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

FEDÉR, João. *Erário: o dinheiro de ninguém*. Curitiba: Tribunal de Contas do Paraná, 1997.

_____. *O estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. *Os direitos individuais e processo judicial: hábeas-corpus, mandado de segurança, outros instrumentos constitucionais*. (Coleção universitária de ciências humanas, v.6) São Paulo: Atlas, 1977.

_____. *Tutela das Liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

HAGUETTE, Tereza Maria Frota. Os direitos e Cidadania do Nordeste Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*. v. 12-13, n. 1-2, p. 121-145, 1981-1982.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos*. Aparecida, São Paulo: Santuário, 1998.

KEYNES, John Maynard. *The general theory of employment, interest and money*. New York, 1935.

LEITE, Márcia da Silva Pereira. Políticas sociais e cidadania. *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva*, 1991, v.1, n.1, p.117-131.

MARCEDO, Marcelo Ernandez. *Cidadanias- relações de atendimento no serviço público do Rio de Janeiro*. [série Estudos Econômicos]. Rio de Janeiro: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e Instituto Serzedello Corrêa, 1996.

MCLUHAN, Marshall. *La galaxie Gutenberg, face á l'ère ´lectronique, les civilisations de l'âge oral ¿ l'imprimerie* [Traduction franc,aise par Jean Parˆ] . Paris: Mame, 1967.

_____. *A galáxia de Gutenberg*. São Paulo : Nacional, 1977.

_____. e POWERS, Bruce R. *The global village: transformations in world life and media in the 21st century*. New York : Oxford University Press, 1989.

MANZINI-COVRE, Maria de Lourdes. *O que é cidadania*. 3. ed. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MARSHALL, T. H. *Citizenship and Social Class*. New York : Anchor Books, Doubleday, 1965.

_____. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NEDER, Ricardo Toledo. Cidadania, modernidade e gestão do trabalho no Brasil. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, p. 69-78, abr./jun. – 1991.

OLSON, Mancur. *Power and prosperity: outgrowing communist and capitalist dictatorships*. New York, NY: Basic Books, 2000.

_____. Dictatorship, Democracy, and Development, *American Political Science Review*, v. 87, n. 3, set. 1993.

_____. *The Rise and Decline of Nations*. New Haven and London: Yale University Press, 1982.

_____. Big Bills Left on The Sidewalk: Why Some Nations are Rich and Others Poor, Distinguished Lecture on Economics in Government. *Journal of Economic Perspectives*, v. 10, n. 2, spring 96, p. 3-22, 1996.

PEREIRA, Ana Cláudia Távora...[et al.]; coord. Willis Santiago Guerra Filho. *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. [série Estudos Jurídico].v. n. 5, Brasília: Senado Federal, 1978.

SANTANA, Jair Eduardo. *Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SANTOS, Milton. *O Espaço do Cidadão*. 4. ed. São Paulo: Nobel, 1998.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *Cidadania e Justiça*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

_____. *Razões da desordem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1993.

SANTOS, Yasmin Ximenes dos. Os direitos femininos e a lei. In *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. [coordenador Willis Santiago Guerra Filho]. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.

SCHERER-WARREN, Ilse, e outros. *Cidadania e Multiculturalismo: A Teoria Social no Brasil Contemporâneo*. (vários textos). Santa Catarina: Socius-UFSC, 2000.

SCHWARCZ, Lília Katri Moritz. *Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra*. Trabalho apresentado ao 18º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu – MG, mimeo, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. com EC 27, São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Sonia Fleury. Cidadania, direitos sociais e Estado. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, out./dez., 1986, p. 114-139.

_____. *O Estado sem Cidadãos*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1985.

_____. *Políticas de Saúde Comparadas: estratégias de acesso aos serviços de saúde em um contexto de mudança – o caso do Brasil*. Rio de Janeiro: Nupes, 1992.

TOFFLER, Alvin. *A terceira onda*. [Trad. João Távora]. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

VERGARA, Sylvia Constant. Movimentos sociais urbanos e pesquisa participante: alternativas a formas e conteúdos clássicos e sua contribuição a construção da cidadania. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 22, nº. 2, pp. 11-29, abr./jun. 1988.

WALZER, Michael. *Das obrigações políticas: ensaios sobre desobediência, guerra e cidadania*. [tradução Helena Maria Camacho Martins Pereira]. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1977.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Brasília: UNB, 1991.

_____. *Ensaio de Sociologia*. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara, , 1982.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado lógico-filosófico * Investigações filosóficas*. [tradução M. S. Lourenço]. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

Desafios das parcerias Público-Privadas frente às questões postas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

José Teni Cordeiro Júnior

Chefe da Coordenadoria Técnica do TCE.

Graduado em Ciências Contábeis pela

Universidade Estadual do Ceará.

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza.

Especialista em Controle Externo pela

Universidade Federal do Ceará.

Resumo: O presente artigo será dedicado ao exame das parcerias público-privadas, conhecidas no seio da sociedade pela sigla PPP, destacando-se sua origem e conceituação, à luz não só da legislação nacional pertinente, mas também segundo diversos estudiosos que se debruçam sobre essa novel espécie de contrato em que participam a administração pública e o particular.

Também serão enfocadas algumas de suas particularidades, em especial o que essa ficção jurídica trouxe de inovação ao Direito brasileiro, passando-se essa análise pelos princípios constitucionais que a abriga, bem como aqueles contra os quais ela vai de encontro.

1. Introdução

O presente artigo será dedicado ao exame das parcerias público-privadas, conhecidas no seio da sociedade pela sigla PPP, destacando-se a sua conceituação, à luz não só da legislação nacional pertinente, mas também segundo diversos estudiosos que se debruçam sobre essa novel espécie de contrato em que participam a administração pública e o particular.

Também serão enfocadas algumas de suas particularidades, em especial o que essa ficção jurídica trouxe de inovação ao Direito brasileiro, passando-se essa análise pelos princípios constitucionais que a abriga, bem como aqueles contra os quais ela vai de encontro.

Nesse passo, não há como tratar de PPP sem tecer comentários preliminares acerca das questões conjunturais que tiveram como

resultado as recentes reformas pelas quais passou o Estado para permitir os necessários ajustes que torne possível a esse ente da ficção humana realizar sua missão de promover o bem estar social.

2. Questões conjunturais

Segundo Zymler (2005, p. 156) a PPP está inserida no contexto da ampla reforma da estrutura administrativa do Estado brasileiro, iniciada em meados dos anos 90. Afirma ainda, que o surgimento desse instituto guarda relação com as contínuas transformações políticas e sociais, bem como pela "[...] crise fiscal experimentada pelo Brasil e pelos demais países, a qual demonstrou a inviabilidade da prestação direta dos serviços públicos pelo aparelho estatal."

É fato que o Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, experimentou uma fase de desenvolvimento econômico e social. Esse período de crescimento estava diretamente relacionado com o modelo de Estado prestacional predominante. O cenário de "bem-estar" então existente tinha a participação do Estado como elemento determinante.

A centralização na prestação de serviços públicos bem como na realização da infra-estrutura que o país precisava era uma característica própria daquele período. As instituições nacionais eram concebidas a partir de uma estrutura logística e de recursos humanos voltada para a prestação direta dos serviços, a exemplo do Departamento Nacional de Estradas e Rodagens e das entidades estaduais equivalentes, que possuíam escritórios regionais e que desempenhavam diretamente as atividades de construção de estradas.

Entretanto, a crise do Estado evidenciava a necessidade de novas adequações a fim de possibilitar regular atuação desses entes políticos. Pereira (1997, p. 8) assim discorreu sobre esse fenômeno:

Em consequência da captura por interesses privados, que acompanhou o grande crescimento

do Estado, e do processo de globalização, que reduziu sua autonomia, desencadeou-se a crise do Estado, cujas manifestações mais evidentes foram a crise fiscal, o esgotamento das suas formas de intervenção e a obsolescência da forma burocrática de administrá-lo. A crise fiscal definiu-se pela perda em maior grau de crédito público e pela incapacidade crescente do Estado de realizar uma poupança pública que lhe permitisse financiar políticas públicas. A crise do modo de intervenção manifestou-se de três formas principais: a crise do *welfare state* no primeiro mundo, o esgotamento da industrialização por substituição de importações na maioria dos países em desenvolvimento, e o colapso do estatismo nos países comunistas. A superação da forma burocrática de administrar o Estado revelou-se nos custos crescentes, na baixa qualidade e na ineficiência dos serviços sociais prestados pelo Estado através do emprego direto de burocratas estatais.

Esses novos fenômenos exigiram um redesenho da estrutura do Estado brasileiro visando sua redução, bem como uma mudança da cultura de gestão. Foi concebido o Programa Nacional de Desburocratização no final da década de 70, seguido 10 anos após pelo Programa Nacional de Desestatização, implantado pela Lei nº 8.031/90, revogada pela Lei nº 9.491/97. Observou-se a edição de diplomas legais com repercussão direta nas relações negociais do Poder Público com a iniciativa privada, regulando, *v.g.*, a prestação de serviços, bem como os contratos de execução de obras e de compras. Tais instrumentos jurídicos tinham, em sua essência, a descentralização de atividades dantes diretamente promovidas pelo Estado.

É de bom alvitre não deixar de mencionar que a descentralização já era princípio da administração consagrado no ordenamento jurídico anterior, conforme aduzido pela leitura do artigo 6º, inciso III, do então vigente Decreto-Lei nº 200/67, e que a partir de então

o Estado brasileiro passou a executar suas atividades pautado no trespasse das mesmas, quer seja no âmbito de seus quadros, segregando direção e execução, ou descentralizando da Administração Federal para as unidades federadas, ou, por fim, da Administração Pública para a órbita privada, mediante contratos e concessões.

Observou-se, outrossim, a transmutação do modelo de estado burocrático para o gerencial, à vista do disposto no § 7º do artigo 10, do Decreto-Lei sob exame, que destacou como prioridade a formação de um núcleo estratégico com a consequente desobrigação de realização direta de atividades de execução, conforme depreende-se do mencionado preceptivo, a seguir transcrito:

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Com a nova ordem jurídica advinda em face da promulgação da Constituição de 1988, confirmou-se essa tendência a partir de diversos dispositivos expressos na Lei Maior. Os artigos 22, XXVII; 37, XXI e 173, § 1º, III colocaram em evidência o Princípio da Licitação, tornando essencial a aplicação desse procedimento como meio a ser utilizado nas diversas contratações onde a Administração Pública for parte contratante, homenageando os Princípios correlatos da Isonomia e da Competitividade.

A Lei Maior, em seu artigo 175, possibilitou ao Poder Público prestar determinados serviços à coletividade de forma indireta, sob

regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, deixando a cargo de Lei sua regulamentação.

De outro passo, a legislação infraconstitucional (Lei nº 8.666/93) procurou, num primeiro momento, sintonizar essa necessidade de descentralização à iniciativa privada com os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, quais sejam: legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade, o que resultou na rigidez de procedimentos, em detrimento dos resultados efetivamente obtidos nas contratações, tendo como consequência severas críticas, que por sua vez, foram acentuadas com a elevação a status constitucional do princípio da eficiência.

Sobre a prevalência dos meios frente aos resultados, Oliveira (2006, *on line*), tece as seguintes críticas:

Porque, os instrumentos pragmáticos de controles existentes nos níveis da Administração Pública, se são eficazes em teoria e formalidades, pecam na sua efetividade e eficácia [...], por confundir Custos com Despesas, ou Investimentos com Inversão Financeira ou Despesas – confunde-se até especulador com investidor.

E o conceito que se nos parece mais idiossincrático é, por exemplo, quando da escolha licitatória para contratação nas compras de bens e materiais e de serviços em geral na modalidade de MENOR PREÇO. Como, se não há o indiscutível elemento paradigmático de comparação na composição dos elementos que compõem o produto ou serviço? Como aceitar que tal MENOR PREÇO é realmente o MENOR? Com a modalidade institucionalizada de Pregão, agora, nem assim, com as vênias de estilo, a fragilidade do controle para otimizar os recursos públicos deixa de existir na sua plenitude.

Posteriormente foi editada a Lei nº 8.987/97, Lei das Concessões e Permissões, disciplinando a outorga à iniciativa privada, por meio de contrato, da prestação de serviços públicos, levando-se em consideração as seguintes premissas:

a) o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos;

b) o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

c) os direitos dos usuários;

d) política tarifária; e

e) a obrigação de manter serviço adequado.

Vedel e Delvolvé (*apud* DI PIETRO, 2005, p. 93), ao tratarem sobre o contrato de concessão, discorrem que a construção teórica dessa espécie jurídica se apóia sobre duas idéias que se opõem, quais sejam, "de um lado, de um serviço público que deve funcionar no interesse geral e sob a autoridade da Administração"; de outro "[...] de uma empresa capitalista que comporta, no pensamento daquele que está em sua testa, o máximo de proveito possível".

Resulta da construção sob enfoque, de um lado a existência de cláusulas regulamentares; a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário; a sua sujeição a princípios publicistas de prestação de serviços públicos; a existência de prerrogativas do ente público concedente; a necessidade de reversão de bens da concessionária em favor da Administração concedente ao final do contrato bem como a natureza pública dos bens vinculados à prestação do serviço; a responsabilidade civil submetida a normas de direito público; e os efeitos jurídicos da concessão na relação triangular formada pelo Poder Concedente, concessionária e usuários. E de outro, a natureza con-

tratual da concessão de serviço público e o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2005, p. 94).

Com efeito, observa-se que um dos pilares teóricos das concessões é a qualidade na prestação dos serviços, sinalizando a busca de satisfação por parte dos usuários não conseguida quando da prestação direta pelos entes públicos. Não obstante essa orientação, é fato que as concessionárias de serviços públicos estão em primeiro lugar no *ranking* dos órgãos de defesa do consumidor, tendo em vista a má qualidade dos serviços por elas assumidos.

Destaque-se que a nova roupagem jurídica conferida aos contratos de concessão, após a edição da Lei nº 8.987/95, não trouxe a solução para atender as demandas relativas a promoção de projetos de infraestrutura necessários ao país, e para os quais o Poder Público não dispõe de recursos para tomar a execução para si, uma vez que uma das características assumidas por esse diploma legal é que se destina a regular a delegação de serviços cujo custeio se dá por meio de cobrança de tarifa aos usuários, sem contraprestação por parte da Administração. Portanto, ficaram à margem de seu alcance as hipóteses em que a simples cobrança da tarifa não permitiria ao concessionário aferir o retorno do investimento que realizou tendo em vista as obrigações contratuais assumidas.

É nessa conjuntura composta pela crise fiscal, associada ao aumento desmedido das demandas coletivas, que o Poder Público vai buscar no ordenamento jurídico alienígena uma nova forma de contrato administrativo de concessão (CARVALHO FILHO, 2006, p. 351), com o *nomen juris* parceria público-privada.

Sobre o âmbito de aplicação das PPPs, Zymler (2005, p. 165) prelecionou que o conjunto de serviços públicos que podem ser prestados aplicando-se as PPPs supera largamente os dispostos no artigo 175 da Constituição Federal, "[...] vez que referido dispositivo regula a prestação de serviços públicos que tem acentuado conteúdo econô-

mico, como, por exemplo, o fornecimento de energia elétrica [...]", ao passo que as parcerias público-privadas poderão incrementar o atendimento de necessidades da coletividade em setores onde não haja o interesse econômico por parte dos agentes privados.

Não se pode deixar de mencionar que, ao encaminhar o projeto de lei das PPPs para apreciação por parte das casas legislativas federais, o Poder Executivo tratou de preparar uma série de justificativas enaltecendo a novel figura jurídica, apontadas por Di Pietro (2005, p. 158), conforme segue:

a) que as PPP's alcançaram grande sucesso em diversos países, citando a Inglaterra, Irlanda, Portugal, como forma de contratação pelo Estado frente à falta de disponibilidade de recursos financeiros, e ainda como meio de aproveitar a eficiência de gestão do setor privado;

b) que no caso brasileiro representa alternativa indispensável para o crescimento econômico, tendo em vista as carências socioeconômicas do país, a serem reduzidas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado;

c) que as PPP's possibilitam "[...] um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde a área de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura rodoviária e elétrica", asseverando-se que a necessidade urgente de investimentos no país faz com que os instrumentos de parcerias sejam imprescindíveis.

Como se pode depreender, parte das justificativas ora destacadas não se coaduna com os institutos aperfeiçoados pela Lei 11.079/2004. Ora, se a reduzida disponibilidade financeira é uma das razões, senão a principal razão, de se buscar novas formas de parcerias com os entes privados, o que se observa é o total compartilhamento de riscos com o parceiro público, na medida em que, dependendo da modalidade de parceria, há retribuição pecuniária por parte destes, seja a título de complementação da receita auferida pela

cobrança de tarifas, seja pela remuneração total por parte do Poder Público, mesmo que iniciada após implementada a prestação do serviço. (DI PIETRO, 2005, p. 159).

Nesse mesmo sentido observa-se Mello (2006, p. 729), tecendo críticas conforme lição a seguir reproduzida:

Curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássica seja adotada para *poupar* investimentos públicos ou para *acudir à carência deles*, e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPPs, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais que isto, se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer porcentual, desde que inferior a 100%. Seguramente, não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto.

Em nova investida em desfavor das PPPs, Di Pietro (2005, p. 159), asseverou que outros objetivos menos declarados desse instituto são o de "[...] privatizar a Administração Pública, transferindo para a iniciativa privada grande parte das funções administrativas do Estado, sejam ou não passíveis de cobrança de tarifas dos usuários"; e o de promover a burla ao regime jurídico de Direito Administrativo, uma vez, pelo exercício de atividades a partir de empresas privadas, muitas dos institutos desse ramo do direito, dentre os quais o concurso público, a licitação, as regras constitucionais sobre finanças públicas, não serão aplicadas.

Mais adiante, tratou de afirmar a impossibilidade de fuga total desse instituto aos preceitos de direito público, dado que: a) o próprio contrato de parceria público-privada é de natureza pública e tem que ser precedido de licitação, estando sujeito aos controles da Administração; b) à semelhança do contrato de concessão comum o parceiro privado está submetido à regime jurídico híbrido, quer seja pelo regime dos bens afetados à prestação dos serviços, quer seja sobre as prerrogativas públicas que o parceiro privado passa a deter, dentre outras; e c) a forma sujeição do parceiro privado à regulação imposta por entes que fazem parte da Administração.

Foi diante desse cenário contraditório que a Lei nº 11.079/2004 entrou em vigor, tratando sobre normas gerais de licitação e contratação de parcerias público-privada.

3. Conceito e características

Ao delimitar um conceito de parceria público-privada, deve-se preambularmente fazer alusão à definição legal encetada no artigo 2º da Lei nº 11.079/2004, e diferenciá-la da acepção ampla do vocábulo parceria. De acordo com Di Pietro (2005, p. 13), o termo parceria, trazido ao contexto jurídico administrativo, abrange todos os ajustes firmados entre o setor público e o setor privado, para a realização de objetivo de interesse coletivo, abrangendo assim as concessões, permissões, convênios, contratos de gestão, terceirização e quaisquer outras formas admissíveis no direito.

Depreende-se que parceria, em sua acepção ampla, não é novidade jurídica, encontrando-se disseminada no seio da Administração Pública por meio de figuras amparadas em diversos diplomas legais, frutos da evolução dos mecanismos estatais que colimam com o interesse público, por meio de um compartilhamento de ações. Dentre elas verificam-se os contratos de gestão, as concessões comuns e permissões, e, ainda, mais amplamente, os contratos administrativos.

Sobre a definição contida no texto legal, verifica-se que a única característica extraída é que se trata de contrato administrativo, portanto regida por regras de direito público, e cingida de prerrogativas de interesse coletivo em relação aos interesses do parceiro privado. Em seguida, limita-se a enquadrá-la simplesmente como um contrato de concessão, e de segregá-la em duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.

Tendo em vista o interesse em se alcançar um conceito melhor elaborado, necessário se faz buscar na lei de regência suas características essenciais, e, a partir daí, construir uma definição que melhor descreva esse instituto.

De acordo com Carvalho Filho (2006, p. 356), são três as características que distinguem as PPPs dos demais contratos administrativos:

a) financiamento do setor privado, razão sempre levada a cabo para justificar a criação desse instituto, cabendo ao parceiro privado o custeio dos investimentos relativos à concessão, com recursos próprios ou conseguidos mediante empréstimos efetivados em instituições financeiras públicas ou privadas.

b) compartilhamento de riscos, consistindo na obrigatoriedade do parceiro público se solidarizar ao parceiro privado em caso de ocorrer prejuízos, mesmo que, à semelhança dos demais contratos administrativos, tiverem como causa as diversas áreas econômicas extraordinárias. Nesse passo, requer eficiente controle sobre o objeto da contratação, pois se a gestão do parceiro privado for temerária, a Administração arcará de forma solidária ao parceiro privado, com as consequências (CARVALHO FILHO, 2006, p. 356). Essa característica encontra-se positivada no artigo 5º, incisos III a V, da Lei das PPPs.

c) pluralidade compensatória, que se revela na obrigatoriedade assumida pelo Estado em favor do concessionário pela execução da

obra ou do serviço, de contraprestação pecuniária sob a forma de pagamento direto, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos sob bens públicos dominiais e outros a serem previstos em lei, nos termos do artigo 6º da Lei nº 11.079/2004.

Observe-se que essa característica se mostra antagônica em relação à primeira enunciada, quando comparadas sob a perspectiva da escassez de recursos públicos que serviu de justificativa para a inserção da PPP no cenário nacional.

Já Di Pietro (2005, p. 170-176) enumera, além das particularidades já apontadas, os seguintes traços comuns entre a concessão patrocinada e a concessão administrativa, configurando essas peculiaridades como características inerentes ao gênero PPP, do qual são espécies:

a) contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, prevista no artigo 2º, § 3º, da Lei 11.079/2004, característica que a diferencia da concessão comum e observada de forma diferente nas duas modalidades de PPP. Ou seja, enquanto na concessão patrocinada a contraprestação é um adicional à cobrança de tarifas dos usuários, na concessão administrativa é a forma de remunerar o parceiro privado.

b) compartilhamento dos ganhos econômicos, justificado pela redução dos riscos do investimento em face das garantias que o parceiro público, a teor do artigo 5º, § 2º, da Lei das PPPs, pode ofertar ao financiador do projeto, tornando possível a aferição de maiores retornos econômicos ao parceiro privado, e possibilitando, por exemplo, a redução do valor da proposta em face da diminuição dos encargos de financiamento impostos.(DI PIETRO, 2005, p. 172).

c) financiamento por terceiros, mencionando-se em diversas passagens da Lei das PPPs a figura do financiador, e incumbindo o Conselho Monetário Nacional, nos termos do artigo 24, de estabele-

cer, na forma da lei, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas.

d) as garantias e contragarantias existentes nessa espécie de avanço são outras inovações diferenciadoras. Enquanto que nos contratos administrativos regidos pela 8.666/93 há, nos termos de seu artigo 56, alterado pelo artigo 26 da Lei 11.079/2004, dispositivo autorizando o Poder Público a exigir como garantias dos licitantes e posteriores contratados caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária, nos contratos de PPPs existem, além dessas possibilidades, previstas dessa vez no artigo 5º, VIII, da Lei de PPPs, uma inversão de valores a partir do momento em que o parceiro privado entregar o serviço objeto do contrato, estando no aguardo da contraprestação do parceiro público.

A finalidade da ampliação do rol de garantias, bem como sua inversão é atrair o investidor privado. O artigo 8º da Lei das PPPs arrola as demais garantias relativas a essas concessões especiais, quais sejam:

d.1) vinculação de receitas, observando-se a redação do artigo 167, IV, da Constituição Federal, que aponta quais receitas podem ou não ser vinculadas a órgão, fundo ou despesa;

d.2) instituição e utilização de fundos especiais previstos em lei;

d.3) contratação de seguro-garantia junto a companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

d.4) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim; e

d.5) outros mecanismos admitidos em lei.

É fato que o Brasil nunca ofereceu tantas garantias ao investidor privado quanto a partir da vigência da Lei de PPPs.

e) Fundo Garantidor de PPPs, figura de direito privado idealizada nos termos dos artigos 16 a 20 da Lei 11.079/2004. Segundo

Carvalho Filho (2006, p. 361), constitui figura atípica, uma vez que é de natureza privada, respondendo com seus bens e direitos pelas obrigações que venha a contrair, não obstante seja "[...] despidido de personalidade jurídica própria e se configura como verdadeira *universalidade jurídica de bens e direitos* ou, se preferir, de *patrimônio de afetação*" (grifo original). O artigo 16 da Lei das PPPs autoriza apenas a União e suas autarquias e fundações públicas a participar no FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias pelos parceiros públicos federais em virtude das concessões patrocinadas e concessões administrativas que firmarem.

Os limites globais do FGP serão de seis bilhões de reais (artigo 16, *caput*) e sua criação, administração, gestão e representação judicial e extrajudicial ficarão a cargo de instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União (artigo 17).

De acordo com o artigo 18 da Lei das PPPs, as modalidades de garantias que poderão ser prestadas pelo FGP são: a fiança, sem benefício de ordem para o fiador; penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem a transferência da posse da coisa empenhada antes da execução de garantia; hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP; alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia; outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia; e finalmente garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

f) criação obrigatória de sociedade de propósito específico, contemplada no artigo 9º da Lei 11.079/2004, que seria uma instituição criada com a única finalidade de implantar e gerir o objeto da parceria, que pode assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários negociados no mercado financeiro. Deverá, ainda, adotar padrões de governança corporativa, e ainda contabilidade e

demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento a ser decretado pelo Executivo (art. 9º, §§ 2º e 3º).

Acerca da Sociedade de Propósito Específico, o artigo 5º, § 2º, I, da Lei 11.079/2004, previu a possibilidade de transferência do seu controle para os organismos financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira, sem a necessidade de atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Consoante assevera Di Pietro (2005, p. 180), referido dispositivo contraria diversos princípios de Direito Administrativo, quais sejam: princípio do interesse público, uma vez que o objeto das PPPs é, em regra, um serviço público, submetido aos princípios da continuidade, eficiência, adequação e outros indispensáveis para que se tenha um serviço adequado; princípio da moralidade administrativa, por contemplar hipótese típica de desvio de poder por parte do legislador, na medida em que contempla medida contrária ao interesse público; princípios da isonomia, uma vez concede privilégio ao financiador não assegurado a outros possíveis interessados em transferência de concessão; e princípio da razoabilidade por estabelecer discriminação inaceitável em relação às finalidades dos contratos de concessão, seja qual for a modalidade utilizada.

g) instituição por Decreto, de Órgão Gestor da PPP, peculiaridade atribuída às PPPs instaladas apenas no âmbito da União (art. 14), contando com representantes dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, Fazenda e da Casa Civil, ficando a coordenação dos trabalhos a cargo do primeiro, prevendo-se inclusive, a participação de representante do órgão da Administração cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise, nas reuniões do referido órgão gestor.

h) a possibilidade de aplicação de penalidades não só ao contratado mas também à Administração Pública é uma característica

inovadora das PPPs, em se tratando da celebração de contratos administrativos, devendo ser proporcionais à gravidade do inadimplemento e às obrigações assumidas. Entretanto, o silêncio da Lei acerca das formas de penalidades imputáveis à Administração Pública, inviabiliza o cumprimento do preceptivo legal em destaque, uma vez que o sistema jurídico brasileiro, ao tratar do disciplinamento de matérias relativas a imposição de penas, quer sejam sob o enfoque criminal ou administrativo, está alicerçado no princípio da legalidade estrita.

Di Pietro (2005, p. 182-183) assevera que "[...] a aplicação do princípio da legalidade impede a aplicação de penalidades não previstas em lei, seja a que disciplina o serviço objeto da concessão, seja a que estabelece normas sobre licitações e contratos [...], e ainda que as leis correlatas (8.666/93 e 8.987/95), só dispõem sobre sanções ao contratado pela Administração e não o inverso.

Prossegue acerca do assunto, prelecionando o seguinte:

A verdade é que não existe previsão legal de penalidades que possam ser aplicadas à Administração Pública. Ainda que, por interpretação extensiva, se cogitasse de impor-lhes as penalidades previstas no artigo 87 da Lei nº 8.666, essa possibilidade ficaria afastada porque tais sanções são incompatíveis com a posição da Administração Pública no contrato, já que ela atua em nome da pessoa jurídica política (União, Estado, Município ou Distrito Federal), única detentora de poder sancionatório. Não poderia sequer cogitar de aplicar uma pena como a de suspensão temporária de contratar ou de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Mesmo o poder de rescindir unilateralmente o contrato, por motivo de inadimplemento [...] seria inconcebível de ser exercido pelo parceiro privado, já que é o parceiro público que desem-

penha no contrato o poder de autoridade dotada de prerrogativas consagradas no direito positivo, como cláusulas exorbitantes do direito comum, precisamente porque é ele que atua na defesa do interesse comum.

Conforme observado, a regra relativa à aplicação de penalidades ao parceiro público merece maior atenção por parte do legislador, uma vez que, diante do sistema jurídico ora vigente, os dispositivos então vigentes são de difícil eficácia.

i) o valor e prazo das PPPs são outras características próprias dessa espécie de contrato de concessão, uma vez que os contratos de parceria só serão admitidos quando o valor contratual for equivalente a pelo menos R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e o período da prestação de serviços não inferior a 05 (cinco) anos e superior a 35 (trinta e cinco) anos (MELLO, 2006, p. 728).

Diante das peculiaridades que foram destacadas, torna-se possível apontar alguns conceitos de Parceria Público-Privada, e assim verificar nestes a presença das diversas características ressaltadas.

Segundo Di Pietro (2005, p. 161) parceria público-privada é:

[...] o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação paga pelo parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Para Carvalho Filho (2006, p. 353) PPP seria

acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes.

Outros conceitos são verificados na literatura jurídica, senão vejamos:

ajuste firmado entre a Administração Pública e a iniciativa privada, tendo por objeto a implantação e oferta de empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, incumbindo-se a iniciativa privada da sua concepção, estruturação, financiamento, execução, conservação e operação, durante todo o prazo para ela estipulado, e cumprindo ao Poder Público assegurar as condições de exploração e remuneração pela parceria privada, nos termos do que for ajustado e respeitada a parcela de risco assumida por uma ou outra das partes (MARQUES NETO *apud* VIEIRA, 2005, p. 11-12).

contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito a remuneração, por meio da exploração da infraestrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro (JUSTEN FILHO *apud* VIEIRA, 2005, p. 12).

contrato administrativo de longo prazo, celebrado em regime de compartilhamento de riscos, remunerado após a efetiva oferta de obra ou servi-

ção pelo parceiro privado, responsável pelo investimento, construção, operação ou manutenção da obra ou do serviço, em contrapartida a garantias de rentabilidade e exploração econômica asseguradas pelo Poder Público (MODESTO *apud* VIEIRA, 2005, p.12).

Após a apresentação das diversas definições do instituto parceira público-privada, serão discorridas algumas considerações acerca das normas constitucionais que validam as PPPs.

4. Normas constitucionais que albergam as PPPs

Como se pode verificar, a evolução o Estado na busca de soluções frente as crises que o atingiram e que resultaram na restrição de sua capacidade de realizar ações voltadas para o interesse da coletividade inseriu novos valores, que por sua vez buscam proteção no ordenamento jurídico.

As parcerias público-privadas, como novo instrumento regulador de relações negociais entre a Administração e a iniciativa privada, também procuraram na Lei Maior os fundamentos que as justificassem. Dentre eles serão destacados dois: o princípio da eficiência, elevado a status constitucional mediante a Emenda Constitucional 19/98; e o direito ao desenvolvimento como princípio fundamental.

Segundo Oliveira (2005, *on line*), a crise do modelo providencialista fragilizou o então Estado prestador, promovendo a discussão acerca da co-responsabilidade entre Estado, empresas e sociedade na busca da concretização de uma extensa lista de direitos com sede constitucional, caracterizados formal e materialmente como direitos fundamentais. E dentre essas garantias se encontra o direito ao desenvolvimento.

Mesmo nesse momento de transformações, não há como desvincular dessa ficção jurídica seu dever de promover e garantir o desenvolvimento, pois agindo nesse sentido estará, ao mesmo tempo, proporcionando a dignidade humana, uma vez que ao se alavancar aquele, estará o Estado atingindo positivamente a pessoa humana (OLIVEIRA, 2005, *on line*).

Observe-se que no caso brasileiro, os valores dignidade da pessoa humana e desenvolvimento são premissas expressas na Carta Política de 1988, dos quais a promoção é de responsabilidade inafastável do Estado, sem olvidar que na espécie não se trata de crescimento econômico e sim de desenvolvimento em todas as perspectivas em que pode ser alcançada no âmbito da federação.

Assim, reconhece-se no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição da República (OLIVEIRA, 2005, *on line*).

Verificando-se que os objetivos das PPPs são a melhor prestação de serviços à comunidade e a realização de obras de infra-estrutura utilizando-se de recursos para investimento os quais o Poder Público não dispõe, por meio da participação do parceiro privado, se pode deduzir que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro busca o atendimento ao direito fundamental do desenvolvimento.

Outra regra constitucional que justifica as PPPs é o Princípio da Eficiência, que teve origem no Brasil com o advento do modelo pós-burocrático. Este, por seu turno, defende a consecução de resultados a um custo menor, passando a ser o novo paradigma norteador da Administração Pública, em substituição às regras rígidas que homenageiam os meios aos fins.

Sendo essa a nova filosofia de gestão do Estado, que busca oferecer respostas mais rápidas e oportunas para a sociedade, procurou nas PPPs, que têm origem no direito anglo-saxão, uma forma

inovadora de regular as relações negociais com particulares que, após submetidos a um processo de escolha (licitação), contratassem com o estado para a prestação de determinados serviços públicos, precedidos ou não de obra, fornecimento ou instalação de bens.

5. Normas constitucionais que desafiam as PPPs

Não obstante as justificativas que rodearam a inserção das Parcerias Público-Privadas no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode olvidar que a novel Lei nº 11.079/2004 é bastante controversa sob a perspectiva da constitucionalidade de diversos de seus preceptivos.

Mello (2006, p. 739), ao dissertar sobre a espécie, aduz que não se recorda de alguma outra lei que reunisse a quantidade e variedade de inconstitucionalidades da lei 11.079/2004, mormente pela pouca quantidade de artigos que a formam.

Apontam-se como inconstitucionais as seguintes matérias encetadas na lei das PPPs:

a) a vinculação de receitas como forma de garantia do parceiro público (artigo 8º, I), que desafia o artigo 167, IV, da Constituição Federal. Enquanto no texto legal reza que as obrigações pecuniárias resultantes do contrato de parceria poderiam ser garantidas por vinculação de receitas, a *lex legum* veda essa vinculação, só admitindo como exceção a repartição do produto da arrecadação das parcelas do Imposto de Renda, ITR, IPVA e ICMS devidas aos Municípios, e das parcelas do Imposto de Renda, IPI e da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico que formam os FPE, FPM e fomentam os programas de financiamento do setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

Mello (2006, p. 740) assevera que a única remissão que o texto constitucional faz ao tema de prestação de garantias, que consta do §

4º do referido artigo 167, refere-se a operações de créditos por antecipação de receitas ou para saldar débitos perante a União.

b) A previsão legal de fundo garantidor da parceria (artigo 16) é outra inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004 e cuja constitucionalidade é questionada. De acordo com Mello (2006, p. 740-741), tal hipótese afronta ao mesmo tempo diversos preceitos constitucionais, mencionando dentre eles o artigo 100 da CF/88, que institui o regime de precatórios como a forma constitucionalmente elegida para a satisfação dos credores cujos valores não foram regularmente pagos, seguindo-se a ordem rígida de sua apresentação.

Invoca-se, ainda em ataque à regra da Lei das PPPs que institui o FGP, a infringência aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, tendo em vista que "[...] todos os credores, inclusive os que se encontram no final da interminável fila de aguardo dos pagamentos de precatórios atrasados, seriam preteridos em favor de megaempresários, os super-protegidos 'parceiros' e seus financiadores." (MELLO, 2006, p. 741).

Aponta como mais um dispositivo afrontado o artigo 165, § 9º, II da CF/88, que remete à Lei Complementar matéria que tratem sobre as condições para a instituição e funcionamento de fundos. Ou seja, "[...] enquanto não forem definidas tais condições pelo aludido instrumento legislativo, é óbvio que não há como instituí-los" (MELLO, 2006, p. 741).

c) A possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de disputas, inclusive a arbitragem (artigo 11, III) é outra previsão questionada, pois tendo em vista a alta relevância dos interesses públicos envolvidos nessa espécie de contratação, envolvem bens indisponíveis, cabendo apenas ao Poder Judiciário a solução das contendas que porventura venham a surgir.

Esse pensamento é compartilhado por Mello (2006, p. 743), que assim dispõe: "Permitir que simples árbitros disponham sobre

matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, desarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e da própria dignidade que o envolve”.

d) a transferência ao órgão financiador, do controle da sociedade de propósitos específicos, disposta no artigo 5º, § 2º, inciso I, da lei 11.079/2994, também é hipótese legal cuja constitucionalidade é contestada. De acordo com Mello (2006, p. 743), tal preceptivo encontra embargo no artigo 37, XXI, da Lei Maior, pois enquanto este aponta a necessidade mínima de se exigir do futuro contratado exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações, aquela regra legal afasta tal exigência, no caso de assunção do controle da SPE pelo órgão financiador.

6. Conclusão

A parceria público-privada é uma nova modalidade de contrato administrativo de concessão cuja inserção no ordenamento jurídico brasileiro se justifica pela necessidade de reverter os elevados déficits em termos de infraestrutura, utilizando-se de recursos da iniciativa privada, atraídos pelas diversas e inovadoras garantias que a Lei nº 11.079/2004 atribuiu a essa espécie de concessão.

Os vários dispositivos que formam o indigitado diploma legal trazem novidades jurídicas não alcançadas até então por qualquer preceptivo que versasse sobre as relações negociais tendo o Poder Público como parte, em especial regras que derogam substancialmente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado em sua acepção mais branda, notadamente as formas de garantias de retorno do investimento realizado pelo parceiro privado.

Dentre esses pontos, merece destaque a transferência do controle da Sociedade de Propósitos Específicos ao órgão financiador da Parceria, para a promoção da reestruturação financeira que assegure a continuidade da prestação dos serviços, sem que este comprove

que detém capacidade técnica para prosseguir com a execução do projeto. E ainda, a instituição do Fundo Garantidor da Parceria no âmbito da União, bem como a faculdade de se empregar mecanismos privados de solução de conflitos.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o Brasil, assim como as demais economias em desenvolvimento, foi assolado por crises fiscais, associada aos efeitos da "economia globalizante", e da velocidade dos avanços tecnológicos, que impõem a busca de mecanismos mais eficientes de gestão e também uma maior qualidade na prestação de serviços públicos.

A partir das novas tendências que circunscrevem o Estado Moderno, como a busca da eficiência em detrimento do excessivo controle do modelo burocrático, as inovações promovidas pelas novas regras levadas a efeito com a vigência da Lei nº 11.079/2004 passam por diversas críticas, uma vez que se apresentam de forma a confrontar diversas premissas sedimentadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, torna-se necessário que a Administração Pública em qualquer esfera de governo, ao procurar firmar com a iniciativa privada essa espécie de parceria, seja por qualquer de suas duas modalidades, tente sempre equacionar os meios aos fins, uma vez que cabe a qualquer Estado Democrático de Direito, acima de tudo, o respeito à ordem constitucional sob o qual foi concebido.

Referências bibliográficas

LIVROS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. Concessão, permissão franquias, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

LEIS:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. 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. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. *Oito em um acadêmico*. Organização dos textos e índices alfabéticos remissivos por José Carlos de Oliveira. São Paulo: Lemos e Cruz, 2006.

_____. Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa, e dá outras providências. *Constituição Federal, Coletânea de Legislação Administrativa*. Organizadora Odete Medauar; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PERIÓDICOS:

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma Abordagem Necessária. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 45, ano 4 set. 2005, pag. 6023 a 6039. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=30946> Acesso em 23 ago. 2006.

OLIVEIRA, Manoel Paulo de. As Parcerias Público-Privadas _ PPPs _ e os Serviços Públicos _ uma Reflexão à Luz da Lei nº 11.079/04, Regulamentada pelos Decretos nºs. 5.385/05 e 5.411/05 _ e demais Normas de Regência, quanto aos Instrumentos Técnicos para o Controle Eficiente e Eficaz de Gastos Públicos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 47, ano 4 nov. 2005, pag. 6298 a 6313. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=31904> Acesso em 23 ago. 2006.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília, DF: MARE, 1997.

ZYMLER, Benjamin. A Visão dos Tribunais de Contas sobre os Contratos Administrativos . *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, n. 30, ano 3 jun. 2004, pag. 3863 a 3878. Disponível em <http://www.editoraforum.com.br/sist/conteudo/lista_conteudo.asp?FIDT_CONTEUDO=9022> Acesso em 08 out. 2006.

Tribunais de Contas: Decisão de que resulte penalidade pecuniária com caráter de título executivo

Ana Rosa Pinto de Macedo

Graduada em Administração de Empresas e Direito
pela Universidade de Fortaleza.
Chefe de Gabinete da Presidência do
Tribunal de Contas dos Municípios.

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um estudo das decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas nos processos de contas, em que tenham sido impostos ao respectivo responsável, por força da constatação de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, multa por infração da norma legal ou proporcional ao dano causado ao erário ou imputação de débito por prejuízos aos cofres públicos municipais. A fundamentação legal para que os Tribunais de Contas apliquem essas penas pecuniárias aos responsáveis pela prática dos atos acima descritos está prevista no inciso VIII, do Art. 71, da Constituição Federal, ficando ainda a cargo das respectivas leis orgânicas dessas Cortes de Contas regulamentarem todas as sanções aplicáveis à espécie. Eficácia de decisão de que resulte em débito a título executivo decorrente da Constituição Federal. Exigência da Lei Orgânica do TCM-CE para comunicação da inscrição na dívida ativa, procedimento desnecessário.

Palavras-Chave: Tribunais de Contas; Decisões com Penalidades Pecuniárias; Eficácia; Título Executivo; Inscrição; Dívida Ativa; Súmula nº347 do STF.

Fundamentação legal e competência para a emissão das decisões com penas pecuniárias com caráter de título executivo no âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

A autorização para que os tribunais de contas emitam decisões em que tenham sido aplicadas penas pecuniárias aos responsáveis pela constatação de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, multa por infração à norma legal e/ou proporcional ao dano causado ao erário ou imputação de débito por prejuízos aos cofres públicos municipais está prevista no inciso VIII, do art. 71, da Constituição Federal, ficando ainda, a cargo das respectivas leis

orgânicas dessas Cortes de Contas regulamentarem todas as sanções aplicáveis à espécie.

Especificamente no Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, a matéria acha-se disciplinada na Lei Estadual n.º 12.160/93, sendo que na hipótese de imputação de débito por prejuízo causado ao erário, a autorização para imposição desse ressarcimento está embutida em seu art. 15, inciso II, e art. 19. Por outro lado, os art. 55 e 56 do mesmo diploma legal disciplinam as hipóteses em que o TCM-CE poderá aplicar multa ao responsável pela ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas.

Cumpra registrar, ainda, que o caput do art. 56 da Lei Orgânica do TCM-CE estabeleceu o limite máximo para aplicação de multa pelo TCM-CE, ficando a cargo do regimento interno, em seu art. 154, o disciplinamento dos valores mínimos e máximos para cada uma das tipificações previstas na Lei Orgânica do TCM.

É importante salientar que, de acordo com o parágrafo 3º do art. 71 da Constituição Federal, combinado com o parágrafo 3º do art. 78 da Constituição Estadual do Ceará, essas decisões de que resultem imputação de débito e aplicação de multa terão eficácia de título executivo.

Em primeira instância compete às Câmaras julgar os processos de Prestação e Tomada de Contas de Gestão e o de Tomada de Contas Especial. São nesses processos que o TCM, ao constatar ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, aplica multa e/ou imputa débito ao responsável, cabendo ao Pleno, por outro lado, julgar os recursos interpostos quais sejam o recurso de reconsideração e o de revisão contra essas decisões “condenatórias” prolatadas pelas respectivas Câmaras. À exceção dessa regra, são os “embargos declaratórios”, os quais são julgados pelo respectivo órgão deliberativo da decisão recorrida, ou seja, quando a decisão for prolatada por uma das Câmaras e contra ela for interposto embargos de declaração, competirá a respectiva Câmara julgar este recurso.

Essas decisões de que resultem penas pecuniárias, no âmbito do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, somente terão a eficácia de título executivo, na forma do parágrafo 3º do art. 71 da Constituição Federal, quando as mesmas transitarem em julgado, isto é, somente quando se tornarem definitivas administrativamente. Assim não se poderia deixar de abordar a ocasião em que esse fato se concretiza.

Decisão definitiva.

Uma decisão de que resulte imputação de débito e aplicação de multa somente terá eficácia de título executivo quando dela não couber mais recurso.

No TCM, existem três momentos, em regra, em que se pode verificar essa definitividade da decisão.

O primeiro momento ocorre quando o responsável por um processo de contas de gestão ou tomada de contas especial é intimado de uma decisão condenatória e deixa decorrer *in albis* o prazo estabelecido no art. 33 da Lei Orgânica do TCM, isto é, sem interpor recurso de reconsideração contra esta decisão.

Nesta hipótese, transcorridos o prazo de 30 dias, contados a partir do primeiro dia útil seguinte à intimação, sem que a parte interessada tenha formalizado o recurso previsto em lei, esta decisão torna-se definitiva, tendo a partir desta data assegurada a eficácia de título executivo previsto constitucionalmente.

O segundo momento se dá quando o responsável, tendo interposto recurso de reconsideração no prazo legal e sendo este julgado e não provido inteiramente para descaracterizar as penalidades pecuniárias aplicadas, é intimado do teor desta decisão de última instância, e dela não apresente, no prazo de 05 (cinco) dias, contados na

forma prevista no art. 8º da Resolução nº 02/2002 - TCM/CE, embargos de declaração contra a decisão que julgou o aludido apelo.

Isto quer dizer que, esgotado o prazo de 5 (cinco) dias após a intimação da decisão do recurso, sem que o responsável tenha interposto embargos de declaração, torna-se a mesma definitiva, constituindo-se, assim, em título executivo, na forma do art. 71, parágrafo 3º da Carta Magna de 1988.

O terceiro momento é quando após intimação da decisão do recurso de reconsideração a parte interpõe embargos de declaração, que tem efeito suspensivo, e somente após o seu julgamento, no prazo de 5(cinco) dias é que a decisão torna-se definitiva.

A partir dessas três ocasiões é que a decisão é considerada coisa julgada administrativa e torna-se exequível na forma preconizada constitucionalmente, ficando dotada a decisão de um direito líquido, certo e exigível, estando passível, portanto, da devida cobrança pela administração municipal, com acompanhamento através de controles específicos no âmbito da Secretaria Geral do TCM ou, quando não atendido nesta instância, por via judicial.

Acompanhamento do ressarcimento ao erário municipal de decisão de que resulte penalidade pecuniária no âmbito do TCM-CE.

De início, é importante destacar que o acompanhamento do cumprimento de decisões que resultem em pena pecuniária no âmbito do TCM, deve ser visto como uma forma de garantir a efetividade dos seus julgados.

Na realidade, o TCM/CE não dispõe dos meios coercitivos para obrigar seus jurisdicionados a cumprir suas determinações de recolhimentos de penas pecuniárias, daí porque ele não promove a “execução” propriamente dita de suas decisões. A legitimidade ativa para a execução desse tipo de decisão, de acordo com o inciso II do

art. 12 do CPC esfera municipal é do prefeito através de suas procuradorias especializadas para tal finalidade.

Ressalte-se que foi protocolada, em 02 de junho de 2009, proposta de Emenda Constitucional nº 25, que visa atribuir legitimidade ativa aos Tribunais de Contas para ajuizar ações de execução forçada as suas próprias decisões dotadas de eficácia de título executivo, no sentido de dar mais celeridade e efetivo cumprimento das decisões em apreço.

De fato, ao impor uma multa ou imputar um débito ao responsável pela ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, o TCM faculta, como se vê a seguir, um prazo para que o jurisdicionado comprove o cumprimento desta obrigação dentro do período previsto na legislação, mas quando isto não acontece, a executoriedade dessa decisão passa a depender da ação do próprio município e, em alguns casos, do Ministério Público Estadual.

No âmbito do TCM-CE, quando não couber mais qualquer recurso contra a decisão que impôs a pena pecuniária, cabe à Secretaria Geral da Corte de Contas promover, através de mecanismos de controles específicos, o devido acompanhamento da efetividade dessas decisões.

Esse acompanhamento acontece em dois momentos distintos. O primeiro deles se dá após ser emanada decisão inicial sobre a matéria, de acordo com previsão no art. 23, inciso III, alínea “a”, da LOTCM c/c o inciso I do art. 2º da Resolução nº 05/2002. Nesse instante, o responsável que sofrer penalidade pecuniária e não interpor no prazo legal o recurso cabível deve comprovar junto à Corte de Contas o recolhimento aos cofres da municipalidade da quantia devida no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir do primeiro dia útil seguinte à data da intimação, seja ela feita pessoalmente, por ARMP ou através do Diário Oficial do Estado.

Essa comprovação deve obedecer às regras estabelecidas na Lei Estadual nº. 12.160\93 e § 2º do art. 2º da Resolução n.º 05/2002, cujos diplomas legais obrigam ao responsável que apresente ao TCM, para efeito baixa de responsabilidade, o talão de receita, cópia autenticada do comprovante do depósito bancário e a declaração da origem do valor recolhido.

O segundo momento ocorre após o julgamento do recurso interposto contra a decisão impositiva da sanção pecuniária, seguindo as regras estabelecidas no art. 156 do Regimento Interno do TCM e art. 2º, inciso II da resolução supramencionada, em que o prazo para comprovação do recolhimento do montante devido é de apenas 10 (dez) dias, contados a partir do primeiro dia útil seguinte à data da intimação.

Se comprovado o recolhimento no prazo acima referendado através dos documentos probantes exigidos no parágrafo segundo do art. 2º da Resolução nº 05/2002, a Secretaria Geral providencia a devida baixa de responsabilidade, emitindo nos respectivos autos certificado de recolhimento da quantia devida, além de registrar a ocorrência nos controles internos do setor responsável.

Por outro lado, decorridos os prazo legais sem que a parte comprove o recolhimento aos cofres da correspondente municipalidade o montante devido, a secretaria lavra certidão de decorrência e providencia expediente ao prefeito municipal para que ele promova a devida inscrição na dívida ativa.

Simultaneamente à expedição desse ofício ao prefeito municipal, são providenciados também expedientes à Câmara Municipal e ao promotor de Justiça da respectiva comarca, dando-lhes ciência da não-comprovação perante o TCM-CE do recolhimento da quantia devida e do encaminhamento de ofício para efeito de inscrição na dívida ativa, a fim de possibilitar o acompanhamento dessas providências no âmbito da municipalidade. O encaminhamento deste ex-

pediente ao Ministério Público Estadual decorre da norma prevista no parágrafo 3º do art. 2º da Resolução n.º 05/2002.

Cabe ao prefeito municipal, ao receber o ofício supracitado, adotar as medidas necessárias ao cumprimento desta determinação e comunicar ao TCM, no prazo de 10 (dez) dias, a inscrição do débito na dívida ativa conforme determina o parágrafo 1º do art. 156 do Regimento Interno do TCM, dessa providência.

Havendo comunicação de inscrição na dívida ativa municipal, a Secretaria Geral do TCM-CE providencia o devido registro deste fato nos controles específicos, ficando, no entanto, a cargo da municipalidade proceder à competente ação de cobrança da quantia devida, através de sua procuradoria.

Por outro lado, na hipótese de não haver esta comunicação ao TCM-CE, a Secretaria Geral providencia a lavratura nos autos de certidão nesse sentido e encaminha expediente à Diretoria de Fiscalização (DIRFI) dando-lhe ciência desse fato, para que este evento seja considerado pelas respectivas unidades técnicas, ao elaborarem suas informações iniciais e complementares nos processos-fim principais pertinentes. A adoção deste procedimento está previsto no parágrafo 1º do art. 3º da Resolução nº 01/2004.

Aqui cabe uma observação histórica sobre a edição da norma acima especificada. Antes de sua edição, quando o prefeito municipal, embora tendo sido regularmente intimado para inscrever na dívida ativa municipal pena imposta pelo TCM, não encaminhava no prazo legal comunicação atestando o cumprimento desta determinação, era instaurado um processo-fim auxiliar de Provocação para apurar a responsabilidade pelo não-atendimento, sem causa justificada, de decisão do TCM, ficando o infrator sujeito à penalidade prevista no art. 56, inciso IV, da Lei Orgânica do TCM.

Este procedimento terminou sendo modificado para a forma prevista no parágrafo 1º do art. 3º da Resolução nº 01/2004, por-

quanto foi observada a abertura de um número de processos muito grande com este tipo de infração, levando ao consumo de boa parte da cadeia produtiva do TCM-CE em detrimento de ações fiscalizadoras de maior relevância.

Hodiernamente, o expediente encaminhado pela Secretaria Geral para a Diretoria de Fiscalização sobre a não comunicação na dívida ativa tem por finalidade analisar este evento no âmbito das prestações de contas de gestão e de governo, a fim de avaliar, por exemplo, eventual prática de renúncia de receita, caso em que o TCM-CE poderá reconhecer o cometimento de infração prevista na Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

É importante salientar, também, que o responsável por quantia devida por imposição de decisão do TCM-CE poderá, dentro dos prazos de recolhimento citados acima, requerer o parcelamento de dívida, sendo que este não poderá ultrapassar 24 (vinte e quatro) parcelas, conforme limite estabelecido no parágrafo 2º do art. 56 da Lei Orgânica do TCM-CE. Outra regra que deve ser observada para efeito de concessão do parcelamento é que a parcela mínima mensal não poderá ser inferior a 200 UFIR, que corresponde a R\$ 212,82 (duzentos e doze reais e oitenta e dois centavos).

Registre-se, ainda, que compete ao Pleno do TCM-CE decidir sobre pedidos de parcelamentos de dívida acima de 12 (doze) vezes (parágrafo 3º do art. 156 do Regimento Interno do TCM-CE), cabendo ao presidente do órgão decidir até 12 parcelas.

Na hipótese do pedido de parcelamento ocorrer dentro do prazo e ser deferido por quem de direito, os respectivos autos permanecerão na Secretaria Geral, para efeito de acompanhar o recolhimento das parcelas devidas, ressaltando que a falta de recolhimento de qualquer parcela importará no vencimento antecipado do saldo devedor, de acordo com o preconizado no parágrafo único do art. 26 da Lei Orgânica do TCM-CE.

Em linhas gerais, este é o fluxo da execução de decisões em que resultam penas pecuniárias no âmbito do TCM-CE, resta ainda, analisar a questão fundamental deste artigo que diz respeito à previsão no art. 71, parágrafo 3º da Constituição Federal quanto ao reconhecimento de que as decisões do Tribunal de Contas que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo e o seu descumprimento em relação à norma insculpida no art. 23 da Lei Orgânica do TCM-CE que diz que essas decisões somente poderão ser executadas após a sua regular inscrição na dívida ativa.

Equivalência de Decisão de que resulte em débito a título executivo o art. 71, parágrafo 3º da Constituição Federal e art. 78, Parágrafo 3º da Constituição Estadual *in verbis*:

Art. 71 O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
§ 3º As decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

Verifica-se, de pronto, que o comando constitucional é taxativo, porém, antes de adentrar na questão propriamente dita, necessário apresentar estudos conceituais do processo cível em relação aos títulos executivos, dando mais atenção aos extrajudiciais que mais se adequam ao tema proposto.

Quanto à natureza, os títulos executivos se classificam em judicial, decorrente de decisão judicial e extrajudicial, decorrente de lei.

Toda execução tem como pré-requisito a verificação do inadimplimento por parte do devedor e da apresentação do título executivo, atentando para o fato de sua nulidade caso inexistir a materialidade do título executivo, conforme se depreende do art. 618, I do CPC. A ausência do título executivo resulta na falta de pressuposto

legal para o desenvolvimento válido do processo executivo. Como afirma Assis (2000, p.121): “Pressupostos necessários para toda e qualquer execução inadimplemento e o título representariam condições de ação executiva. Eles constituem a ação mesma.”

O conceito legal de título executivo extrajudicial está disciplinado no art. 585, VII do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 585 - São títulos executivos extrajudiciais: [...]VII – todos os demais títulos, a que por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.”.

Assim, por imposição constitucional as decisões dos Tribunais de Contas que resultem em penalidade pecuniária, têm eficácia de título executivo extrajudicial, considerando que referidas instituições não integram o Poder Judiciário e encontra-se devidamente materializada através de documento apto para ser executado por quem de direito.

Sobre a matéria, Assis (2000, p.146-161) reforça:

O Acórdão do Tribunal de Contas representa uma espécie de instrumento público, exteriorizando negócio jurídico, dotado de fé pública. A força do instrumento abrange no próprio instrumento. (Assis, 2000.p. 146)
[...]

O inciso VII do art. 585 se reporta a inúmeras leis especiais, que atribuem eficácia executiva aos mais heterogêneos documentos.

Assim, partindo da premissa de que a decisão do Tribunal de Contas que resulte em aplicação de penalidades pecuniárias após transitar em julgado na esfera administrativa têm eficácia de título executivo, configurado está que essa decisão possui todos os requisitos técnicos e legais de “título executivo”, quais sejam a liquidez e a certeza inerentes aos mesmos.

Sylvia Di Pietro ao se reportar sobre a força das decisões dos Tribunais de Contas como Título de Crédito ressaltou:

Do exposto se conclui que as decisões do Tribunal de Contas:

[...]

Têm força de título executivo extrajudicial quando imputem débito ou multa, mas, para esse fim, devem ser líquidas e certas, dispensada a inscrição na dívida ativa. (grifo nosso)

Porém, sem atentar para a essência do ditame da Carta Maior, a Lei Estadual nº 12.160/93, a Lei Orgânica do TCM, em seu art. 23, inciso III, alínea “c”, exige, contradizendo a supracitada norma constitucional e o entendimento da doutrina já mencionada, que aludida decisão somente possuirá caráter executivo bastante para a cobrança judicial após serem regularmente inscritas na dívida ativa municipal.

Na linha de raciocínio lógico, em artigo de técnico do TCE-PB fazendo referência a decisão dos Tribunais de Contas assim se manifestou:

Outro aspecto interessante em relação ao caráter executivo das decisões em análise diz respeito à necessidade ou não de sua inscrição na dívida ativa da Fazenda Pública. A lei 6.822/80 determina a necessidade de inscrição na dívida ativa da fazenda pública das decisões dos Tribunais de Contas que imputam débito e/ou multa ao responsável, para que possuam o caráter de liquidez, certeza e exigibilidade. A Lei 6.830/80 dispõe sobre a cobrança judicial dos títulos da dívida ativa, incluídas aí as decisões do Tribunal de Contas. Há quem siga as determinações das citadas leis, sustentando a necessidade de inscrição das decisões dos Tribunais de Contas na dívida ativa da Fazenda Pública. No entanto, com

o advento da Constituição Federal de 1988 e das respectivas Constituições Estaduais, a inscrição dessas decisões se torna inócua, tendo em vista que a própria Constituição, expressamente, determina que tais decisões terão caráter de título executivo, levando-se a crer que já possuem os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade que lhes são inerentes. Portanto, não se vislumbra a necessidade de inscrição das decisões dos Tribunais de Contas que imputam débito e/ou multa ao responsável, na dívida ativa da Fazenda Pública.

(Artigo – A Eficácia de Título Executivo dada às Decisões dos Tribunais de Contas - Rodrigo Azevedo Toscano de Brito).

Seguindo esta mesma orientação, existe decisão proferida pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, através do Acórdão nº 409/2004, cujos trechos destacam-se a seguir:

A decisão do tribunal de contas tem sua eficácia própria, apenas no campo executivo, caso em que não precisa ser inscrita na dívida pública para poder ser cobrada.

[...]

Ora, para esse crédito ser executado, o órgão-exequente se vale da documentação expedida pelo Tribunal de Contas, sem que haja necessidade de tal documentação ser submetida a inscrição nos livros da dívida pública. (www.tre.se.gov.br/juridico/jurisprudencia/tre/se/acordaos/2004/ac_409_2004_recurso_registro_de_candidato_filiacao_partidaria_improvimento.doc)

Em Parecer Normativo sob o número 13/07, o Tribunal de Contas da Bahia se reportando ao assunto assim se manifestou:

A INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA constitui ato de controle administrativo da legalidade, a ser feito pelo órgão competente para apurar a LIQUIDEZ E CERTEZA DO DÉBITO.”

“Fica evidente, portanto, que o escopo da inscrição do crédito em dívida pública é possibilitar (preordenar) a formação do título executivo, conferindo a certeza e liquidez ao crédito”. Seria no mínimo incongruente, exigir-se um procedimento que visa certa finalidade na hipótese, em que a finalidade já foi implementada, POR FORÇA CONSTITUCIONAL.” É que a Constituição da República por seu art. 71, parágrafo 3º., preceitua QUE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DE QUE RESULTE IMPUTAÇÃO DE DÉBITO OU MULTA TERÃO EFICÁCIA DE TÍTULO EXECUTIVO, daí não ser necessário proceder-se a inscrição do crédito em Dívida Ativa, isso porque dito procedimento é essencialmente instrumental e objetiva obter EFICÁCIA que no caso, já existe.

Atente-se para o fato de que se confundem os títulos executivos extrajudiciais derivados de decisões dos Tribunais de Contas com os gerados por atos da administração fiscal, esses sim carecedores da inscrição na dívida. É que os Tribunais de Contas não são meras repartições administrativas, mas sim, “Cortes exercentes de uma jurisdição especializada.” Embora não integrem o Poder Judiciário, exercem com autonomia, incontestável jurisdição em matéria de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.” (Parecer Normativo nº 13/07 do TCM-BA).

A Constituição Estadual de Sergipe, para evitar qualquer margem de interpretação adversa da Carta Federal, consignou expressamente no art. 68, parágrafo 3º, que não há necessidade de se proceder inscrição dessas decisões na dívida ativa, considerando-as, por

si só, títulos executivos, conforme, *in verbis*: § 3º As decisões finais do Tribunal de Contas de que resulte débito ou multa terão eficácia de título executivo, independente de inscrição na dívida pública.” (Grifo nosso).”

Todo o desenvolvimento do raciocínio até aqui demonstrado, enfatizando a desnecessidade de se exigir a inscrição na dívida ativa decisão dos Tribunais de Contas dos Municípios, somente se tornaria correto se, para efeito de sua cobrança, a correspondente ação judicial seguisse o rito estabelecido pelo Código de Processo Civil, porquanto, se a escolha do rito da cobrança judicial recaísse nas regras ditadas pela Lei de Execução Fiscal, a decisão do Tribunal de Contas teria de obrigatoriamente ser submetida aos procedimentos de inscrição da dívida ativa. É nesse sentido que têm se posicionado os tribunais pátrios:

CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. DÍVIDA ATIVA NÃO INSCRITA. TÍTULO EXECUTIVO. RITO DO CPC. Certidão do Tribunal de Contas tem eficácia de título executivo e enseja execução pelo rito do CPC (§3º do art. 71, CF/88), prescindindo de inscrição como dívida ativa, tal condição só exigia para fins de execução pelo rito da Lei n.º 6.830/80. Apelo provido. (Apelação Cível n.º.197255615, 5ª. Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, Rel. Silvestre Jasson Ayres Torres. j.16.04.98).
EXECUÇÃO DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. TÍTULO EXECUTIVO. 1. A DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE IMPÕE DÉBITO OU MULTA E TÍTULO EXECUTIVO (FC, ART.71, PAR-3). A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA É APENAS UMA FACULDADE DO CREDOR, CASO DESEJAR VALER-SE DOS BENEFÍCIOS ESPECIAIS DA EXECUÇÃO FISCAL, PREVISTA NA LEI N.º. 6830/80.2.

APELO PROVIDO E REEXAME PREJUDICADO. (Apelação cível nº. 597225895, TJRS, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Irineu Mariani, j. em 02/06/99).

MULTA IMPOSTA PELO TRIBUNAL DE CONTAS. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. (ART-71, §3º, CF/88). DISPENSA DE INSCRIÇÃO. “(Apelação Cível nº 597191253, 1ª C. Cível, Rel. Des Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. em 13/05/98)”.

Em outras palavras, a primeira conclusão que se abstrai é que não há necessidade de se exigir do município a comunicação da inscrição na dívida ativa decisão do tribunal de contas dos municípios que imputou débito ou aplicou multa para se proceder à cobrança judicial.

A segunda conclusão que se extrai é que a inscrição dessa decisão na dívida ativa não tem por finalidade dar eficácia a esse título, mas somente eleger o rito da execução a ser seguido judicialmente, haja vista que, havendo o registro administrativo e emitida a respectiva certidão de dívida ativa, fica a administração com a faculdade de seguir o trâmite estabelecido pela Lei de Execução Fiscal e não o rito do Código de Processo Civil.

Finalmente e voltando ao objeto deste trabalho, entende-se que a norma fixada na Lei Orgânica do TCM-CE exigindo a inscrição na dívida ativa para que a decisão definitiva possa ser cobrada judicialmente fere a autonomia do município de escolher o rito mais adequado para promover o ressarcimento dos valores devidos, uma vez que, cabe a estes escolher o procedimento mais apropriado e que mais lhe aprouver.

No momento em que o TCM-CE exige o cumprimento desta formalidade, além de desatender a norma constitucional, aumenta a burocratização para a cobrança desta decisão. Por outro lado, pode-se afirmar que a norma do TCM-CE está interferindo no modo de

agir do município, praticamente obrigando a seguir somente um rito processual.

Conclui-se que a imposição da Lei Orgânica do TCM, em seu art. 23, inciso III, alínea “c”, contraria o mandamento constitucional no momento em que fere a autonomia do município porque reduz a possibilidade do mesmo escolher o rito procedimental do CPC, consequentemente, obrigando-o à emissão de certidão de dívida ativa para a cobrança deste título de crédito já consagrado pela Carta Maior de 1988.

Além disso, a exigência desse procedimento entende-se inconstitucional, porquanto a própria Carta Maior já materializou o título quando concedeu à decisão do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito eficácia de título executivo, dotando-a dos pressupostos inerentes aos mesmos, quais sejam: liquidez e certeza.

Assim, o TCM-CE deve afastar o procedimento constante dessa norma até que proponha a sua alteração, pela sua flagrante inconstitucionalidade. Ao agir desta forma, estaria amparado pela Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, que concede aos Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições o poder de apreciar a constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Desta forma, para concluir, o TCM-CE ao invés de encaminhar expediente para o prefeito municipal inscrever o débito na dívida ativa e comunicá-lo das providências adotadas neste sentido no prazo de 10(dez) dias, deveria apenas dar ciência do julgamento definitivo à municipalidade, encaminhando cópia autenticada da respectiva decisão acompanhada de certidão de trânsito em julgado, para que o município possa promover a execução no rito procedimental que mais lhe conviesse.

Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BAHIA. Tribunal de Contas dos Municípios. *Parecer Normativo nº 13/07*. Constitui ato de improbidade administrativa, que causa lesão ao erário, qualquer ação ou OMISSÃO, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades mencionadas no art. 1º da Lei nº. 8.429, de 02 de junho de 1992. Sala das sessões do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado da Bahia, 16 ago. 2007. Disponível em <<http://www.tcm.ba.gov.br/parecer/307.doc>> Acesso em 27 maio 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. A eficácia de título executivo dada às decisões dos Tribunais de Contas. *Revista Jurídica Datavenia Online*, UEPB, Campina Grande - PB, v. 12, 1997. Disponível em <http://www.datavenia.net/artigos/Direito_Processual_Civil/titulo.html>. Acesso em 03 jun. 2008.

CEARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Ceará*. Fortaleza: INESP, 1999.

_____. Tribunal de Contas dos Municípios. Lei nº 12.160 de 4 de agosto de 1993. Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. Regimento Interno do Tribunal de Contas dos Municípios. Resoluções e Instruções Normativas do TCM. Disponível em <<http://www.tcm.ce.gov.br>>. Acesso em 20 abr. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada: aplicabilidade às decisões do Tribunal de Contas da União. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n.70, out./dez. 1996.

NAGEL, José. Aparentamentos sobre a natureza das decisões dos tribunais de contas. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Minas Gerais, n. 4, ano XIX, 2001. Disponível em <http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2001/04/-sumario?next=4>. Acesso em 27 maio 2008.

SERGIPE. Tribunal Regional Eleitoral. Acórdão nº 409/2004. Relator: Juiz Vladimir Souza Carvalho, Aracajú, SE, 26 ago. 2004. Disponível em <http://www.tre.se.gov.br/juridico/jurisprudencia/tre_se/acordaos/2004/Ac_409_2004_Recurso_Registro_de_Candidato_filiação_partidaria_improvemento.doc> Acesso em 03 jun. 2008.

Paridade na pensão por morte instituída por servidor público nos moldes das emendas constitucionais 41/03 e 47/05

Alexey Tavares Pereira

Administrador.
Acadêmico de Direito.
Especialista em Auditoria Contábil.
Consultor técnico do
Ministério Público Especial junto ao
Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Meiry Mesquita Monte

Advogada.
Consultora técnica do Ministério
Público Especial junto ao
Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Resumo: O presente estudo visa examinar as hipóteses e os requisitos para manutenção da paridade nas pensões por morte deferidas com base no regime próprio de previdência social após a Emenda Constitucional 41, de 2003. Para tanto, buscamos delinear os institutos incidentes sobre a matéria, trazendo seus conceitos e principais características, as inovações legislativas operadas posteriormente, especialmente a Medida Provisória 167, de 2004, e a Emenda Constitucional 47, de 2005, bem como o entendimento dos tribunais superiores sobre a questão. Por fim, destacamos as tendências legislativas sobre o tema, matéria ainda em debate no Congresso Nacional.

Palavras-Chave: Previdenciário; RPPS; Pensão por Morte; Paridade; Hipóteses; Perspectivas.

1. Introdução

Após a promulgação da Emenda Constitucional 41/03, a paridade deixou de ser a regra de revisão de proventos de aposentadoria e de pensões por morte oriundas do regime próprio de previdência social, subsistindo, apenas, quando acobertada pelo direito adquirido e em situações expressamente previstas. A partir de então, a regra

de reajuste dos citados benefícios passou a ser o índice anual legalmente concedido para preservar-lhes o valor real.

Entretanto, como já pontuado, subsistem no regramento vigente hipóteses em que o reajuste deferido aos servidores ativos é aplicável às aposentadorias e pensões por morte advindas de segurados servidores públicos.

Dada a diversidade de regras aposentatórias vigentes, bem como a sua complexidade e repercussão sobre as pensões por morte, cerne do presente trabalho, buscamos sistematizá-las de modo a permitir a constatação da atual situação da paridade no benefício em apreço.

2. Breve histórico do princípio da paridade

Por paridade (do latim *paritas*, parecença, semelhança) entende-se o direito de aposentados e pensionistas de terem seus benefícios previdenciários revistos na mesma proporção e na mesma data dos servidores em atividade, bem como de usufruírem dos mesmos melhoramentos e vantagens a estes últimos deferidos, salvo exceções específicas, como as relacionadas a remuneração indireta (ex.: auxílio-alimentação); desempenho de trabalho ou atribuições específicas ("*pro labore faciendo*"); aumento de carga horária; verbas de natureza indenizatória ou precária ou temporárias, sem previsão de agregação permanente aos vencimentos dos servidores ativos (Briguet, Victorino e Horvath Jr., 2007, p. 48).

A Constituição de 1891, mesmo que superficialmente, já trouxe a preocupação com a manutenção do valor real de um benefício, ainda não previdenciário, ao tratar em suas disposições transitórias sobre pensão a ser concedida ao ex-imperador do Brasil, D. Pedro de

Alcântara, fixada pelo Congresso ordinário e suficiente para “assegurar uma subsistência decente” por todo tempo de sua vida¹.

A Constituição Federal de 1946, em seu art. 193², colocou que os proventos de inatividade deveriam ser revistos sempre que houvesse alteração do poder aquisitivo da moeda que afetasse os vencimentos dos funcionários em atividade.

Em 1952, o então Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União apresentou o que talvez possa ser considerado o embrião do princípio da paridade quando, na alínea “a” do art. 182, dispôs que a revisão de provento da inatividade deveria ser de, no mínimo, dois terços da modificação geral de vencimentos ou remuneração do funcionário em atividade³. Nesse ponto já apresentou alguma vinculação entre as alterações pecuniárias a serem deferidas aos inativos com relação ao que era conferido aos ativos.

A Constituição da República de 1967 manteve a previsão constitucional anterior de revisão dos proventos da inatividade quando houvesse alteração do poder aquisitivo da moeda que modifica-

¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: Art 7º. É concedida a D. Pedro de Alcântara, ex-Imperador do Brasil, uma pensão que, a contar de 15 de novembro de 1889, garanta-lhe, por todo o tempo de sua vida, subsistência decente. O Congresso ordinário, em sua primeira reunião, fixará o *quantum* desta pensão.

² Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946: Art. 193. Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

³ Lei nº 1.711: Art. 182. O provento da inatividade será revisto: a) sempre que houver modificação geral dos vencimentos ou remuneração, não podendo sua elevação ser inferior a dois terços do aumento concedido ao funcionário em atividade.

sem os vencimentos dos funcionários em atividade⁴. Da mesma forma, a Emenda Constitucional de 1969⁵.

Finalmente, a Constituição de 1988, em seu texto original, efetivamente inovou ao trazer a paridade conforme hoje entendida, estendendo-a às pensões decorrentes da morte de seus instituidores.

Ressalte-se sequer existir o benefício de *nomen juris* “pensão por morte” anteriormente à CF/88. Não obstante o fato gerador das “pensões à família” anteriormente deferidas fosse o óbito, somente com o advento da atual Constituição utilizou-se referida terminologia a um benefício diferenciado cujo fato gerador é o falecimento do instituidor.

3. Pensão por Morte

A pensão por morte constitui-se num benefício previdenciário pago em decorrência do falecimento de segurado, aos seus dependentes, independentemente de período de carência, e cujo *quantum* deve corresponder à “*totalidade dos proventos do servidor falecido, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso aposentado à data do óbito*” ou à “*totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se deu o falecimento, até o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, acrescido de setenta por cento da parcela excedente a este limite, caso em atividade na data do óbito*”, conforme disciplina o art. 40, §7º da CF e desde que o valor encontrado não ultrapas-

⁴ Constituição da República Federativa do Brasil, 1967: Art. 101. (...) § 2º. Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração, do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

⁵ Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969: Art. 102. (...) § 1º Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

se a remuneração ou os proventos de aposentadoria do segurado (art. 40, §2º da CF).

Sobre o tema, Martinez (2005, p. 338/339) coloca que

Trata-se de benefício de pagamento continuado, substituidor dos ingressos obtidos em vida pelo outorgante da prestação, destinado à manutenção da família. Por ocasião de sua idealização, poucas mulheres trabalhavam fora do lar e a maioria dependia economicamente do homem.

Baltazar Jr. e Rocha (2005, p. 275), por sua vez, apontam que *“O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos a minimizar, a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes”*.

Tendo em vista ser uma prestação que visa fazer face aos desdobramentos econômicos oriundos da morte, *“risco social por excelência”* (Fortes e Pausen, 2005, p. 140) que impede ou dificulta a subsistência dos dependentes do segurado, será devida a partir do falecimento deste último.

Nesse ponto insta diferenciar o marco inicial do direito ao benefício com o da sua efetiva percepção.

Com a morte do segurado, “nasce” para os dependentes o direito ao pensionamento. Isto é, *“Ocorrendo (...) o óbito do segurado, constitui-se o evento determinante, desencadeador do acesso à pensão por morte na hipótese de existência de dependentes previdenciários.”* (Fortes e Pausen, 2005, p. 140).

Todavia, pode ocorrer que os titulares do direito não o exercitem de pronto, deixando transcorrer, *in albis*, o prazo legal que assegura a percepção da vantagem a partir do óbito. Nesse caso, apesar do direito existir desde o passamento, o recebimento do valor só ocorrerá a partir do requerimento. É o que dispõe o art. 74 da Lei

8213/91, subsidiariamente aplicável ao RPPS, conforme preceitua o §12 do art. 40/CF.

Entretanto, é de se ressaltar que ainda que o benefício não seja requerido dentro do prazo devido para sua percepção a contar do falecimento, ainda assim a legislação aplicável ao deferimento do benefício será a do momento da morte do segurado. Nesse sentido, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 340: A lei aplicável à concessão da pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

De igual maneira entende o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DA AQUISIÇÃO DO BENEFÍCIO. 1. **A orientação desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que deve ser aplicada ao benefício previdenciário a legislação vigente à época da aquisição do direito à benesse.** Precedentes. 2. Agravo regimental improvido. (RE 560673 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-05 PP-01025) (*Grifei*)

Feitas essas considerações, passamos agora ao estudo da paridade no benefício em questão.

4. Paridade na pensão por morte

Na ordem jurídica implementada pela Constituição Federal de 1988 a aplicação da paridade às pensões por morte oriundas pelo RPPS veio expressamente prevista no art. 40, *in verbis*:

§ 4º Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/98, o art. 40 foi alterado e a previsão da paridade às pensões por morte passou a estar localizada no seu §8º, senão vejamos:

Observado o disposto no art. 37, XI, os proventos de aposentadoria e as pensões serão revistos na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos aposentados e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria ou que serviu de referência para a concessão da pensão, na forma da lei.

A EC 41/03, por sua vez, veio novamente modificar o art. 40/CF, desta feita para impor nova forma de revisão às pensões, que

a partir de então passaram a ser revistas pelos mesmos índices de reajuste anual dos inativos deferido aos benefícios do regime geral:

§ 8º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios estabelecidos em lei.

Desse modo, com o advento da Emenda 41, a paridade foi substituída pelo reajuste anual dos inativos, e cujo objetivo é manter o valor real do benefício, isto é, garantir o poder aquisitivo do benefício e não apenas o seu valor de face. Sobre o tema, a lição de Dias e Macêdo (2008, p. 128):

Uma vez fixada a renda mensal inicial, quer a Constituição Federal que haja reajustes periódicos de modo a preservar o poder aquisitivo do benefício. Aquele valor do benefício inicialmente fixado deverá ser periodicamente reajustado para que mantenha o mesmo poder de compra equivalente ao que tinha quando da concessão.

Entretanto, imperioso colocar que a inovação trazida pela EC 41/03, ao contrário da previsão do art. 40, §5º⁶, não foi autoaplicável, dependendo de critérios a serem estabelecidos em lei. Esses requisitos só vieram a lume com a edição da Medida Provisória 167,

⁶ Sobre a autoaplicabilidade do art. 40, §5º/CF, o *decisum* do STF: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 40, §5º, CF. AUTOAPLICABILIDADE. PENSÃO POR MORTE. INTEGRALIDADE. IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. SÚMULA 287 DO STF AGRAVO IMPROVIDO. I- **O valor pago a título de pensão, no caso, deve corresponder à integralidade dos vencimentos ou proventos que o servidor falecido recebia, uma vez que autoaplicável o art. 40, § 5º(atual §7º), da Constituição Federal.** II - Agravo regimental improvido.

(AI 645327 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 30/06/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-11 PP-02387)” (*Grifos Nossos*)

de 19.02.2004 (DOU de 20.02.2004), posteriormente convertida na Lei 10887, de 18.06.2004. Somente com a edição da MP a disposição constitucional ganhou eficácia. É o que entendeu o Tribunal de Contas da União:

5. Com o advento da Emenda Constitucional n. 41, de 19/12/2003, foi suprimida a chamada paridade dos proventos (art. 40, § 8º, da CF/1988) e, por outro lado, a integralidade passou a se relacionar com a média das remunerações de contribuição (art. 40, § 3º, da CF/1988). **Essas disposições ganharam eficácia com a edição da Medida Provisória n. 167, de 19/02/2004, posteriormente convertida na Lei n. 10.887/2004.**
(...)

É de se observar que essa Lei, ao dispor sobre o cômputo dos proventos de aposentadoria com base na média aritmética simples das maiores remunerações, faz referência ao cálculo previsto pelo § 3º do art. 40 da Constituição Federal - atual regra de cálculo introduzida pela EC n. 41/2003 - e pelo art. 2º da EC n. 41/2003 - regra de transição para obtenção da aposentadoria com proventos calculados pela sistemática atual, mas com a exigência de outros requisitos de idade e tempo de contribuição e com a previsão de redutores de proventos. Como não poderia ser diferente, **a Lei n. 10.887/2004 não se aplica ao cálculo dos proventos dos servidores aposentados em conformidade com art. 3º da EC n. 41/2003, muito menos aos proventos dos inativos aos quais foi assegurada a regra da paridade ratificada pelo art. 7º da mesma Emenda.** (Acórdão nº 278/2007)

Pelo exposto, já podemos inferir que às pensões conferidas com base em óbitos ocorridos até 20.02.2004 é devida a paridade,

posto ser esse o regramento vigente no momento da aquisição do direito, qual seja, a data do falecimento do instituidor.

Nesse ponto merece destaque a observação anteriormente feita acerca da diferença entre os momentos de aquisição do direito ao pensionamento e o de seu exato usufruto.

Ocorrido o falecimento do segurado até a data de advento da MP 167/04, ainda que os dependentes não exercitem imediatamente esse direito, deixando para usufruí-lo em ordem jurídica que não mais comporta a paridade nas pensões, ainda assim terão direito a essa forma de revisão, posto que, conforme colocado anteriormente, aplica-se o regramento do momento do óbito e não da data do requerimento. Entendimento contrário fere frontalmente a CF no que se refere ao respeito ao direito adquirido e à previsão do art. 3º da Emenda 41 que dispõe no mesmo sentido.

Aponte-se, por oportuno, que a mesma Emenda 41, em seu corpo, trouxe dois novos regramentos transitórios, ambos desprovidos de paridade tanto na aposentadoria, quanto nas pensões dela decorrentes, mas com outras vantagens específicas.

A regra de transição do art. 2º da Emenda 41 admite a aposentadoria com idade reduzida em até sete anos frente aos referidos limites, sem direito, porém, a proventos integrais.

Já a aposentadoria proporcionada pelo art. 6º assegura proventos integrais, mas não permite antecipação da idade em relação aos limites determinados pelo art. 40, § 1º, III, alínea “a”, da Constituição. Todavia, esse regramento sofreu significativa alteração pela EC 47/05.

Sobre a EC 47/05 (PEC Paralela) cumpre observar que seu art. 6º indicou que os efeitos da Emenda seriam retroativos à data de vigência da EC 41/03. Assim, **deve-se considerar que, não obstante seja a EC 47/05 posterior à EC 41/03, seus efeitos devem ser con-**

siderados em conjunto, mas com eficácia desta última no tempo somente após a publicação da MP 167/04.

Dessa maneira, retornando à regra de transição do art. 6º da Emenda 41, apesar de as aposentadorias concedidas sob sua égide inicialmente terem sido desprovidas de paridade, após a Emenda 47, cujos efeitos, repita-se, retroagiram à vigência da EC 41/03, essa realidade mudou. Isso porque o art. 2º desta EC 47/05 dispôs que *“Aplica-se aos proventos de aposentadorias dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, o disposto no art. 7º da mesma Emenda”*.

O citado art. 7º da Emenda 41 expressa o respeito ao direito adquirido à paridade daqueles que já usufruíam de benefícios com essa forma de revisão e aos que, embora ainda não os usufruíssem, já tinham implementado todos os requisitos para tal.

Ademais, como se vê, o dispositivo foi expresso ao aduzir que somente aos proventos de aposentadoria, não fazendo qualquer referência às pensões oriundas de servidores aposentados com fundamento nesta ou noutra norma.

Face à omissão do art. 2º da EC 47/05, é de se perquirir: aposentadoria concedida com base no instituto da paridade gera, necessariamente, pensão com paridade?

Para tanto, cumpre observar que o direito à pensão por morte não é um direito pertencente ao segurado que é “herdado” pelos dependentes. Ao contrário, trata-se de direito novo, que possui outro titular e é deferido sob outros requisitos. Se para percepção da aposentadoria é necessário que o servidor seja segurado e cumpra os requisitos do regramento sob o qual requer a inativação, para a pensão por morte é imperioso que haja o óbito e que o suposto dependente comprove essa condição no momento do falecimento.

Considerando que a relação de dependência em regra é contínua, se prolonga no tempo, é na data da morte do segurado que surge o direito do dependente a perceber o benefício.

Assim, percebe-se que **a aposentadoria com paridade apenas gerará pensão com paridade se essa for a previsão normativa na data do óbito**. Isso porque a pensão é regida pelo regramento vigente na data do falecimento e não pela existente no momento da aposentadoria (ou da implementação de seus requisitos), ou pelo normativo vigorante por ocasião do requerimento. Nesse ponto conclui-se, portanto, que aposentadoria com paridade não irá gerar, automaticamente, uma pensão com paridade.

Sobre a paridade, essa não foi a única novidade da EC 47/05. A principal inovação refere-se ao surgimento de nova regra aposentatória, a de seu art. 3º, que defere a paridade às aposentadorias concedidas com base em seus requisitos e às pensões instituídas por servidores por ela aposentados. Exigem, basicamente, que o servidor/instituidor tenha *ingressado no serviço público até 16 de dezembro de 1998 e que tenha: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - vinte e cinco anos de efetivo exercício no serviço público, quinze anos de carreira e cinco anos no cargo em que se der a aposentadoria; III - idade mínima resultante da redução, relativamente aos limites do art. 40, § 1º, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, de um ano de idade para cada ano de contribuição que exceder a condição prevista no inciso I do caput deste artigo*.

Desse modo, após a Emenda 47, cujos efeitos retroagiram à data de vigência da Emenda 41, que, por sua vez, sobre a paridade só teve efetiva aplicabilidade depois da MP 167/04, o regramento do art. 3º da EC 47/05 passou a ser o único a expressamente prever a paridade nas pensões concedidas a partir de então.

Assim, conclui-se que depois de 20.02.04, a paridade nas pensões é assegurada apenas aos que nessa data já detinham o direito adquirido e aos amparados pelo art. 3º da EC 47/05.

Merece destaque que o art. 3º da EC 47 não veio restabelecer a paridade no ordenamento jurídico, “reconstruindo” uma ponte que teria sido quebrada pela EC 41. Constitui-se em clara exceção, e como tal deve funcionar também para corroborar a existência da regra, qual seja, a vedação à paridade no regime jurídico pós Emenda 41.

Entretanto, é de se ressaltar que a Emenda 47 disse menos do que pretendia.

Segundo constava em sua redação original⁷, a ideia inicial da EC 47/05 era estender a paridade às pensões por morte derivadas das inativações fundamentadas no art. 6º da EC 41/03. Todavia, durante a tramitação da PEC, as casas legislativas federais divergiram acerca da extensão da “vantagem” às pensões, o que findou em acordo político que deferiu a paridade apenas às aposentadorias do referido art. 6º da Emenda 41.

Análise lapidar sobre o que pretendia o legislador naquele momento foi feita no Parecer nº. 1032/2005, oriundo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, ao Projeto de Emenda nº. 441/05, desdobramento da “PEC Paralela”, convencionalmente chamado “Paralela da Paralela” e que ainda tramita no Legislativo federal, visando, dentre outras inovações, instituir a paridade pretendida desde a Emenda 47. Vejamos a tratativa dada ao tema pelo Relator Deputado Roberto Magalhães:

7. CONCESSÃO DE PARIDADE PLENA PARA SERVIDORES PÚBLICOS E SEUS PENSIONISTAS NA TRANSIÇÃO

Esse – posso afirmar – é o coração da “PEC Paralela”, foi na verdade dos pontos que a originou, dentro da ideia de garantir uma transição menos gravosa aos servidores que tinham

⁷ PEC nº. 77/2003 – Senado e 227/2004 – Câmara dos Deputados

expectativa de se aposentarem nos critérios anteriormente existentes.

Do ponto de vista dos aposentados, os textos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal não têm qualquer divergência. Houve, entretanto, uma diferença no tratamento das pensões que originarem dos servidores que estão no processo de transição.

O Senado Federal havia deferido a paridade entre ativos, inativos e pensionistas que se enquadrassem nas regras de transição que haviam sido criadas pela Emenda Constitucional nº. 41, de 2003, mas havia deixado os pensionistas fora da paridade na chamada “Regra 95”, que é regra de transição criada pela “PEC Paralela”, com paridade plena apenas entre ativos e inativos. Ao seu turno, a Câmara dos Deputados inverteu a situação, concedendo a paridade para as pensões enquadradas na “Regra 95”, mas retirando o direito à paridade dos pensionistas enquadrados nas regras de transição que haviam sido criadas pela EC 41/2003.

A inversão ocorrida na Câmara dos Deputados resultou de acordo realizado naquela Casa após a paridade para as pensões, constante do texto do Senado Federal, ter sido rejeitada no texto aprovado na Câmara, por ter obtido apenas 305 votos, três menos do que o quórum constitucional.

(...)

Ora, pode-se afirmar que a inclusão da paridade para as pensões da “Regra 95”, no texto da Câmara dos deputados, atende ao espírito da “PEC Paralela” e portanto deve ser acatada, uma vez que, como já disse, o restabelecimento da paridade foi o “coração” desta PEC.

Entretanto, cumpre registrar que, no meu entendimento, a supressão da paridade plena para os pensionistas das regras de transição da EC nº. 41, de 2003, em relação aos ativos e inativos,

fere de morte o ponto principal da “PEC Paralela”, que inspirou o surgimento dessa Proposta de emenda à constituição. Nesse sentido, a mudança realizada na Câmara dos Deputados merece reparo (...)

Com a finalidade de não retardar a promulgação da presente proposta, o que traria grandes prejuízos àqueles que são objeto da “PEC Paralela”, proponho neste parecer a promulgação do texto que veio da Câmara, garantindo desde logo a paridade entre ativos e inativos, e assegurando a paridade aos pensionistas em alteração que constará da proposta de emenda à constituição a ser remetida à Câmara dos Deputados. *(Grifos no Original)*

Como bem colocado pelo Deputado, durante a tramitação da PEC que culminou na Emenda 47, Senado e Câmara discordaram acerca da extensão da paridade às pensões. Enquanto o primeiro a deferiu apenas para as oriundas das aposentadorias concedidas com fulcro nas regras de transição da EC 41/03, excluindo o regramento do art. 3º da EC 47/05, o segundo optou por conferir a vantagem apenas às pensões advindas de servidores aposentados com base no art. 3º da EC 47/05, afastando da incidência o regramento da EC 41/03.

Mediante acordo feito nas casas legislativas, prevaleceu o entendimento da Câmara dos Deputados.

Todavia, apesar de aprovado o texto da Câmara, o tema não restou pacificado, sendo ainda hoje objeto de outros PEC's. Destaque para a retrocitada Proposta nº 77-B do Senado (nº 441/05 da Câmara) que em seu art. 2º determina que *“Aplica-se o disposto no art. 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 2003, às pensões derivadas dos proventos de aposentadoria dos servidores públicos que se aposentarem na forma do caput do art. 6º da mesma Emenda”*.

Ao que se observa, a questão da incidência da paridade nas pensões por morte instituídas por servidor público ainda será objeto de debate no Legislativo federal e provavelmente ainda sofrerá significativas alterações, seja no sentido de ampliar a gama de exceções hoje vigentes, seja no sentido de restringi-las, o que poderá, inclusive, repercutir sobre os benefícios já deferidos, a depender das modificações e dos efeitos a ela outorgados.

5. Conclusão

Pelas colocações trazidas ao longo do presente estudo, podemos concluir que a regra trazida pela Emenda Constitucional 41/03 é que as pensões por morte deferidas pelo regime próprio devem ser revistas pelos índices de reajuste anual dos inativos e não mais pelos percentuais deferidos aos servidores em atividade. Mas essa inovação só ganhou efetividade com a edição da Medida Provisória 167/04, depois convertida na Lei 10887/04.

Assim, considerando que a nova forma de revisão só passou a ter eficácia a partir de 20.02.2004, em atenção ao direito adquirido às pensões deferidas com base em óbitos ocorridos até essa data é devida a paridade, posto ser esse o regramento vigente na data da morte, momento de aquisição do direito ao precitado benefício.

Entretanto, a regra não é absoluta, comportando exceções nas quais a revisão das pensões será na mesma proporção e na mesma daquelas conferidas aos servidores ativos. São elas: i) as amparadas pelo direito adquirido, seja por já usufruírem da pensão por morte, seja por já terem implementado todos os requisitos para tal (inclusive a morte do instituidor); ii) as instituídas por ex-servidores aposentados com base no art. 3º da Emenda Constitucional 47.

Apesar das recentes inovações constitucionais sobre a paridade nas pensões por morte, a matéria continua em debate no Legislativo federal, deixando antever que ainda outras modificações se avi-

zinham e que o tema ainda demorará a restar pacificado no ordenamento jurídico nacional.

Referências bibliográficas

BALTAZAR JR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Escola Superior de Magistratura, 2005.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JR, Miguel. *Previdência social: aspectos práticos e doutrinários dos regimes jurídicos próprios*. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de direito previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORTES, Simone Barbisan; PAUSEN, Leandro. *Direito da seguridade: prestação e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Escola Superior de Magistratura, 2005.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 7 ed. Niterói: Ímpetus, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário, tomo I – noções de direito previdenciário*. 3 ed. São Paulo: LTR, 2005.

O Controle, a Informação e a Educação como Instrumentos de Prevenção à Corrupção

Leonardo de Figueiredo Lourenço
Advogado.

Luanda Maria de Figueiredo Lourenço
Auditora de Controle Interno da
Controladoria e Ouvidoria-Geral do Estado do Ceará (CGE).

Resumo: O trabalho tem por objetivo conhecer o referencial teórico e as relações entre o interesse público e o interesse privado, sob a ótica dos princípios da administração pública, e o contexto em que se dá a corrupção, suas causas e consequências, as maneiras que a sociedade dispõe para se prevenir. O trabalho estuda o instituto “prevenção da corrupção”, sob o aspecto do controle, da educação e do acesso à informação como ferramenta de transparência pública. A pesquisa foi realizada levando-se em consideração as diversas opiniões assim como a confiabilidade das obras existentes sobre o tema, além de consultas realizadas na internet junto aos sítios oficiais de órgãos públicos, organizações não-governamentais e organismos internacionais.

Palavras-chave: Corrupção; Prevenção; Causas; Consequências.

1. Introdução

A corrupção é hoje assunto reiteradamente presente no cotidiano, quer pela sua relevância e materialidade, quer pelo aumento da percepção de sua ocorrência, principalmente em decorrência da propagação das informações por meio das ferramentas de comunicação atualmente disponíveis.

No estudo realizado não há interesse em apresentar o caso concreto de nenhuma esfera de governo ou poder, ou seja, o objetivo é o instituto “corrupção” identificada por meio de práticas danosas ao interesse público, independente de qualquer esfera de governo. O foco do estudo é entender como prevenir essa prática à luz dos instrumentos de disseminação de informação e transparência pública, fortalecimento das ações de controle e de educação da sociedade.

É nessa perspectiva que se faz necessário conhecer o referencial teórico, discorrendo sobre os conflitos entre o interesse público e o interesse privado, os conceitos de corrupção, um breve relato sobre a contextualização histórica, assim como suas possíveis causas e consequências.

2. Corrupção: Referencial Teórico - Conflito de Interesses, Conceitos, Contextualização Histórica, Causas e Consequências

2.1. O interesse público x interesse privado e os princípios constitucionais

As noções de separação entre a coisa pública e a coisa privada são evidenciadas a partir do modelo racional-legalista criado por WEBER (1984 apud SILVA) na sua definição de burocracia, modelo esse que seria adotado em substituição ao modelo patrimonialista instalado nas sociedades europeias até o século XIX, no Brasil no período abrangido entre 1821 e 1930.

No modelo de gestão patrimonialista, a máquina do Estado trabalha como uma extensão do poder do soberano, o qual utiliza a coisa (*res*) pública da forma que achar conveniente, particularmente em seu próprio proveito.

São princípios basilares do Direito Administrativo a supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público em que se sobrepõe o interesse da coletividade sobre o interesse do particular, o que não significa que os direitos deste não serão respeitados, porém, sempre que houver confronto entre os interesses, há de prevalecer o coletivo.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (1995 apud DI PIETRO, p. 63), a indisponibilidade do interesse público significa que sendo esses interesses pertencentes à coletividade não podem ser apropriados pelo particular e conclui: “as pessoas administrativas

não têm, portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”.

A Constituição Federal em seu artigo 37 estabelece os princípios norteadores da administração pública, a saber: princípio da legalidade, princípio da impessoalidade, princípio da moralidade, princípio da publicidade, e, por fim, o princípio da eficiência.

Esse é o pano de fundo a confrontar com a prática da corrupção perpetrada por agentes públicos cujo interesse privado se sobrepõe ao interesse público.

2.2. Corrupção: Conceito e Contextualização Histórica

A corrupção perpassa a história da sociedade humana, independente de época ou região; pode-se afirmar que é um fenômeno universal e que tem se intensificado com o aumento dos fluxos de pessoas, capital e informação, facilitado pelos avanços tecnológicos, conforme explica QUAGLIA (2007).

Segundo ABDELHADI (2004) há registro de corrupção no Egito datado de 3 (três) mil anos:

Um pesquisador egípcio disse que descobriu indícios de corrupção e nepotismo que datam de cerca de 3.000 anos. O caso foi noticiado em um jornal do Egito que publicou detalhes do estudo na primeira página com a manchete "Tebasgate", numa referência à antiga cidade egípcia de Tebas. Segundo o jornal Al-Masri Al-Yaoum, esse é o mais antigo caso de corrupção política e acobertamento oficial no país. Em questão, um complô para acobertar o roubo de ouro e joias escondidos nas tumbas dos faraós. De acordo com o pesquisador Ahmad Saleh, cujo trabalho é citado pelo diário egípcio, altos funcionários envolvidos no saque ficaram em liberdade enquanto pessoas comuns foram julgadas e puni-

das. [...] Mas, como descobriu-se que alguns altos funcionários do governo estavam envolvidos, o caso foi fechado, no que parece ter sido o primeiro exemplo da história de acobertamento oficial.

Para o dicionário Aurélio Eletrônico, o significado da palavra “corrupção” origina-se do latim “*corruptio*ne” que quer dizer ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação; devassidão, depravação, perversão; suborno, peita.

É sabido que a corrupção, fenômeno que pode ocorrer tanto na esfera pública como na privada, é estudada sob diversas dimensões, tais como sociológica, jurídica e da economia política. Assim, para cada uma delas surgiram diversos conceitos elaborados por estudiosos da área. Esse trabalho é restrito ao exame da corrupção na esfera pública.

Para o enfoque econômico, citamos a conceituação contemporânea para um Estado moderno e democrático, formulada por SILVA (1996, p. 6):

A corrupção pública é uma relação social (de caráter pessoal, extramercado e ilegal) que se estabelece entre dois agentes ou dois grupos de agentes (corruptos e corruptores), cujo objetivo é a transferência ilegal de renda, dentro da sociedade ou do fundo público, para a realização de fins estritamente privados. Tal relação envolve a troca de favores entre os grupos de agentes e geralmente a remuneração dos corruptos com o uso da propina e de quaisquer tipos de incentivos, condicionados estes pelas regras do jogo e, portanto, pelo sistema de incentivos que delas emerge.

Para Giovanni Quaglia (2007), a definição clássica seguida pelo Banco Mundial e pela ONG Transparência Internacional, considera corrupção como o uso da posição pública de um indivíduo para proveitos pessoais ilegítimos.

Para uma abordagem jurídica, Nye (1967 apud SPECK, et alii, 2000, p. 7) define corrupção como “um desvio dos deveres formais associados a um cargo público, em função de benefícios privados”.

Há pesquisas que demonstram a relação entre as normas legais e sua penetração na sociedade, em que fica evidenciado que os indivíduos são mais propensos a praticarem atos de corrupção em caso de divergência entre esse dois fatores. Como afirma SPECK, et alii (2000, p. 9):

Somente se a norma está apoiada no reconhecimento social será ela obedecida. Caso contrário, haverá uma propensão a se infringir a lei — sem se contrariar a própria convicção moral.

Para o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (Brasil e Cone Sul) - UNODC, corrupção é "abuso de poder em proveito próprio", ou ainda, “é uma forma de comportamento que renuncia a ética, a moralidade, a tradição, a lei e a virtude civil”. (disponível no site da instituição: http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_causa.html, acesso em 09/06/09).

As diversas definições trazem o caráter relativo do termo “corrupção”, suas influências culturais, temporais e das vertentes teóricas em que se apóiam, trazem em comum as referências ao funcionamento da administração pública realizado por agente públicos e tendo como objeto o interesse privado em detrimento do interesse público, prática recorrente no modelo de gestão patrimonialista.

A Administração Pública evolui na linha do tempo por meio de basicamente 3 (três) modelos: patrimonialista, burocrático e gerencial. Paralelamente a esses modelos, a prática da corrupção se desenvolve de forma a se adequar a cada um deles.

Na Administração Pública Patrimonialista, além do Estado trabalhar como uma ampliação do poder do soberano, seus colaboradores tinham status de nobreza, eram recrutados de acordo com critérios pessoais e remunerados através do direito de participar da arrecadação de impostos e da divisão das terras. Esse modelo foi adotado na Europa no ápice do feudalismo.

A *res publica* se confunde com a *res principis*. Os patrimônios público e privado se comunicam, o príncipe não distingue o patrimônio público e seus bens privados. Dessa forma, o patrimonialismo não se baseia na proteção do patrimônio público em relação aos interesses privados, muito pelo contrário, se baseia na malversação do patrimônio público. Como efeito, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. Esse modelo somente se sustenta, pelo menos formalmente, até o momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado.

Na Administração Pública Burocrática, idealizado por Max Weber, primeiro modelo estruturado adotado pelo Brasil no Governo Vargas, surgiu na segunda metade do século XIX, na época do Estado liberal, como alternativa para combater a corrupção e o nepotismo decorrente do modelo patrimonialista.

São princípios orientadores desse modelo a profissionalização, a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade, o formalismo, em síntese, o poder racional-legal. Os controles rígidos dos processos administrativos realizados a priori objetivam evitar a corrupção e o nepotismo, decorrentes da desconfiança prévia nos administradores públicos e nos cidadãos que a eles dirigem demandas.

Desse modo, verifica-se que se a burocracia tivesse funcionado, em tese as práticas patrimonialistas teriam sido suprimidas, o que não pode ser afirmado.

A Administração Pública Gerencial surge na segunda metade do século XX, para suprir as lacunas do modelo anterior expostas face à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial.

No Brasil, o modelo gerencial surge em 1995, no governo FHC, com a edição do “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (1995) onde o Estado passa a ser orientado predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Paralelamente aos modelos de gestão da Administração Pública verifica-se a evolução da corrupção como fenômeno histórico.

Para SILVA (1996, p. 8), as sociedades patrimonialistas, onde proliferam o Estado parasita, fraco e privatizado por sinecuras e propinas, são ambientes que favorecem a prática da corrupção, mas mesmo assim havia, em determinados casos históricos, uma consciência acerca do fenômeno, em que pese o surgimento de instrumentos inibidores somente tenham surgido com o advento do Estado Moderno, com a separação legal e moral entre o soberano e o poder constitucional, com o fortalecimento das democracias e com a transição da dominação patrimonialista para a administração burocrática racional e profissional.

Assim, com o estabelecimento de regras de funcionamento do Estado, o início da criminalização da corrupção, a profissionalização da administração pública, aliada ao aperfeiçoamento dos controles sobre a atividade dos políticos, por meio da imprensa e do exercício do voto nas modernas democracias, geraram uma diminuição – não a eliminação – das funções patrimonialistas e de suas consequências.

Desse modo, com a evolução institucional sofrida por determinadas sociedades ocidentais, verifica-se uma tendência de diminuição quanto a tolerância e a legitimidade associadas à prática da corrupção.

2.3. Causas e Efeitos da Corrupção:

Podem-se relacionar como principais causas que induzem à prática da corrupção o grau de desenvolvimento da sociedade a evolução de sua cultura política, assim como o perfil e amadurecimento das instituições políticas e administrativas.

Para o Banco Mundial, a causa principal para a corrupção são as “disfunções institucionais” representadas pelos sistemas tributários, e as regras de regulação de mercado e de competição política estabelecidas e disseminadas na sociedade (WORLD BANK, 2000:4 apud SPECK, et alii, 2000, p. 30).

Para o Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (Brasil e Cone Sul) – UNODC (disponível no site da instituição: http://www.unodc.org/brazil/pt/programasglobais_corrupcao_causa.html, acesso em 09/06/09), a origem da prática da corrupção está relacionada com

- políticas governamentais, programas concebidos e administrados insatisfatoriamente;
- instituições deficientes;
- mecanismos inadequados de controle e avaliação;
- baixa organização da sociedade civil;
- sistema de justiça criminal fraco;
- remuneração inadequada de servidores públicos e
- falta de responsabilidade e transparência.

Ainda que sejam frágeis os instrumentos de mensuração da dimensão dos custos da corrupção, é sabido que essa prática causa o dano econômico e traz consequências sociais em uma comunidade.

Para QUAGLIA (2007), em termos econômicos, a corrupção pode ser vista como um imposto artificial, uma barreira aos investimentos que inibe o crescimento do país, corroendo assim a confiança nas instituições e os elos da sociedade.

Para a ONU em trabalho desenvolvido por QUAGLIA, et alii (2006, p. 4) a corrupção no Brasil tem raízes estruturais, onde o sistema político e a governança são vulneráveis e responsabilização ainda incipiente, uma vez que as esferas de poder se utilizam de alianças que “remetem aos gastos orçamentários, projetos de obras públicas, estatais, licitações e contratos, bem como empregos públicos”.

Para Cláudio Abramo, além do dano social de afetar grande parte da população pelo fato dos recursos públicos deixarem de ser empregados objetivando o interesse público, em termos de alocação e distribuição da riqueza a corrupção traz as seguintes consequências:

- aumento nos custos das transações, reduzindo investimentos e crescimento;
- má alocação de recursos públicos favorecendo setores cartelizados, reduzindo recursos que poderia ser destinados a outros setores;
- por ser secreta, introduz incerteza na resolução de conflitos. O investimento realizado para corromper um agente do Estado não pode ser defendido por foros de julgamento e conciliação independentes;
- desestimula a inovação tecnológica e o desenvolvimento gerencial;
- interfere perversamente com o papel redistributivo do Estado e estimula a fraude fiscal;
- reduz a qualidade de bens e serviços adquiridos pelo Estado;
- estimula a invasão da atividade produtiva pelo crime organizado, decorrente da identificação dos métodos e agentes; e
- contamina a atividade política, que se torna alvo de caçadores de renda.

Assim, a corrupção estagna o desenvolvimento econômico e social do país, afeta a democracia, enfraquece o Estado de Direito, propicia o crime organizado, o tráfico de drogas ilícitas, de seres humanos e o terrorismo, além de comprometer serviços de saúde, Educação, transporte e policiamento - justo os mais importantes para as pessoas mais carentes.

3. Formas de Prevenção: Educação, Informação e Controle

O marco legal das ações de prevenção e combate a corrupção no Brasil estão classificadas pela Controladoria Geral da União - CGU (disponível em <http://www.cgu.gov.br/AreaPrevencaoCorrupcao/Legislacao/> acesso em 10/06/2009) em 6 dimensões, representadas por meio de leis, decretos, portarias e instruções normativas: transparência, ética e integridade, sigilo de dados, gastos públicos, procedimentos disciplinares e lavagem de dinheiro.

Em âmbito internacional, o Brasil é signatário de diversos acordos de cooperação para prevenção e combate à corrupção, como os da Convenção Interamericana contra a Corrupção (OEA – Organização dos Estados Americanos), da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (OCDE – Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) e em especial da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção.

Ballouk Filho e Kuntz (2008), fazem severas críticas a esses instrumentos por serem complexos e não terem foco na corrupção política, para eles, embora apresentem algum avanço, os acordos ainda servem para promoção de imagem de governos:

Acordos internacionais não servem para expurgar nem moralizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário constituídos em cada nação signatária, que são os encarregados de regulamentar e tornar efetivos, no plano interno, os

acordos. É como nomear raposas para tomar conta dos galinheiros. E aquelas convenções não estabelecem punições rigorosas como bloqueios comerciais, fóruns internacionais de julgamento ou o isolamento internacional das nações que infringirem os acordos.

A UNCAC - United Nations Convention Against Corruption (2008) elenca como instrumentos de prevenção: a garantia da existência de órgãos de prevenção e combate a corrupção; a adoção de princípios para a relação do Estado com os funcionários públicos; a implementação de códigos de conduta para funcionários públicos; o estabelecimento de sistemas de contratação pública e gestão da fazenda pública; a adoção de medidas de transparência da administração pública; a adoção de medidas relativas ao poder judiciário e ao ministério público; a promoção de medidas para melhorar as normas contábeis e de auditoria no setor privado; o estímulo da participação da sociedade e a implementação de medidas para prevenir a lavagem de dinheiro.

Ainda para a Organização das Nações Unidas (QUAGLIA, et alii 2006, p. 8), para o Brasil, além da ampliação de sistemas de transparência, são formas de prevenir a corrupção a simplificação de processos administrativos, a revisão de códigos criminais e o reforço das agências de auditorias, contando para isso com o apoio da mídia e de organizações não-governamentais para reforçar a importância da participação da sociedade no controle das ações da gestão pública.

Os meios disponíveis para de prevenir e combater a corrupção são os mais diversos, sejam ações educativas e punitivas, nesse aspecto o Banco Mundial (apud SPECK, et alii, 2000, p. 25), trouxe contundente colaboração, não só dando mais visibilidade ao tema e disponibilizando recursos e dados como também sugerindo a estratégia de privilegiar as reformas no sistema político e econômico, identificando as causas estruturais ou institucionais da corrupção.

Para o Banco, soluções universais não existem e para a eficácia do direcionamento de soluções práticas, se faz necessário detectar as áreas e instituições sensíveis para que se promovam as reformas estruturais e institucionais. Assim, as reformas sugeridas reuniriam ações para tratar das “disfunções institucionais” representadas pelos os sistemas tributários, pelas leis de regulação do mercado e pelas regras da competição política, equipamentos estes que devem ser transparentes, adequados a cada país e efetivamente implementados. A adoção dessas medidas de prevenção da corrupção é hoje identificada como boa prática de governança estatal

Uma forma que o Banco (apud SPECK, et alii, 2000, p. 32) encontrou de sensibilizar os países na adoção de medidas de controle foi a recomendação dessas práticas aos que recorrem à instituição em busca de apoio financeiro, uma vez que essa ofensiva está consignada em quatro áreas específicas: (i) controle da corrupção em projetos do Banco; (ii) apoio a países interessados em controlar a corrupção; (iii) incorporação do critério “corrupção” em todos os programas de empréstimo do banco; e (iv) apoio a iniciativas internacionais para controlar a corrupção.

Para instrumentalizar as ações de prevenção à prática da corrupção, verifica-se que em todas as abordagens estudadas por especialistas e organismos internacionais, há um ponto de convergência para as dimensões controle, informação e educação.

Para CASTRO (2008, pg. 28), o controle é instrumento incontestado dos regimes democráticos, referenciado inclusive no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público sobre sua administração”.

Segundo o autor, o controle deve ser “exercido em todos os níveis e em todos os setores para ser efetivo”. Assim, hoje no Brasil verifica-se a existência do controle institucional interno exercido no âmbito de cada Poder, o controle institucional externo exercido pelo

poder legislativo com auxílio de tribunais de contas e o controle social, exercido pela sociedade.

A informação é o instrumento que permite o real exercício da cidadania e das boas práticas de gestão de prevenção e combate à corrupção.

Não há como o gestor público responsável acompanhar as ações sob sua responsabilidade sem dispor de ferramenta de tecnologia com informação confiável e em tempo real. Do mesmo modo, não há como o cidadão acompanhar e fiscalizar as ações públicas sem o acesso às informações tempestivas e disponibilizadas de forma que qualquer pessoa possa compreender como está sendo aplicado o recurso público.

Nessa mesma direção, a educação é entendida como força indutora de qualquer mudança social, mesmo que, em alguns casos seus retornos possam ser de longo prazo. Hoje não é prática no Brasil a existência de grade curricular na educação básica ou superior que contenha alguma disciplina que apresente ao aluno os fundamentos de finanças públicas como forma de contribuir para a formação de sua cidadania com ciência dos seus direitos e deveres e do funcionamento do Estado.

Nesse sentido, de acordo com AGUIAR et alii (2008, pg. 51), no Ceará, há iniciativa precursora, o Instituto Plácido Castelo (IPC), vinculado ao Tribunal de Contas do Estado, está em fase de implementação do programa Agente de Controle, que tem como objetivo:

[...] disponibilizar aos estudantes de nível médio e superior das escolas públicas e particulares os conhecimentos essenciais para o exercício da plena cidadania. E uma ação pioneira no Brasil que será feita por estagiários das universidades cearenses, criteriosamente selecionados e treinados para visitar as instituições de ensino, desper-

tando o jovem cidadão para a vigilância da coisa pública, consolidando a nossa República!

Para Mônica Nicida Garcia (apud CHAVES, 2008, pg. 82) em estudo sobre o impacto, no Brasil, das convenções internacionais anticorrupção, o destaque para as ações preventivas e para o acesso a informações:

Interessante notar a grande ênfase que foi dada, naquelas recomendações, às medidas de caráter eminentemente preventivo. De fato, além de incentivar o Brasil a continuar a fortalecer os órgãos de controle superior, as recomendações fazem referências à necessidade de se **sistematizar as disposições que garantem o acesso à informação pública**, de estimular a consulta dos setores interessados em relação ao desenho de políticas públicas, fortalecer e estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais na gestão pública, especialmente nos esforços para **prevenir a corrupção ampliando a divulgação de informações oficiais através de diversos meios eletrônicos**. (grifos nossos)

Assim, fortalecer as estruturas de controle, disponibilizar informação e educar a sociedade é alicerce para a construção de uma gestão pública transparente e imune às práticas de corrupção.

4. Considerações finais

Hoje é possível a realização de pesquisa sobre os mais diversos assuntos graças ao acesso às informações disponíveis na web, como era propósito inicial deste trabalho, grande parte das fontes examinadas foi extraída da internet, conforme citações ao longo do trabalho. Esse fato, por si só já acende a luz da possibilidade da adoção de medidas de prevenção à corrupção por meio do acesso à informação propiciada pelas ações de transparência com os atos e gastos públicos.

Pela pesquisa realizada tendo como fonte a legislação vigente, a doutrina existente sobre o tema e as publicações em *sites* de organismos internacionais constata-se que a preocupação com a prática da corrupção acompanha a evolução da humanidade e está presente em todo o planeta, consideradas as diversidades culturais como determinantes na percepção daquilo que pode ou não ser considerado como corrupção.

Foi apresentado um breve relato do referencial teórico de suporte sobre os conflitos entre o interesse público e o interesse privado, os conceitos de corrupção, a contextualização histórica, suas possíveis causas e conseqüências dessa prática. Como foi explicitado na introdução do trabalho, nesse aspecto o objetivo foi de apenas introduzir o modelo proposto de prevenção da corrupção.

Verificou-se ainda a existência de opiniões críticas com relação a efetividade da celebração de acordos internacionais de prevenção e combate à corrupção, porém constata-se que é um avanço na sociedade e que espera-se melhores resultados com o amadurecimento das relações internacionais sobre o assunto.

Verifica-se que no exame das causas do fenômeno “corrupção”, independente de suas influências culturais, temporais e das abordagens teóricas de suporte, o objetivo inicial é a prevalência do interesse privado em detrimento ao interesse público, em flagrante conflito com os princípios constitucionais da Administração Pública.

Observa-se ainda que já existe todo um mapeamento das causas que levam a uma sociedade ser vítima de agentes corruptos, assim como das conseqüências danosas a economia e ao atendimento das necessidades da população.

Assim, pode-se concluir que os instrumentos de prevenção são os meios mais eficazes de combater a corrupção, e para isso, sugere-se o aprimoramento nas estratégias de educação, disseminação de

acesso a informações confiável e tempestivo de atos e gastos públicos para a efetivação do controle a ser realizado pela sociedade.

Desse modo, entende-se como fator de prevenção sob a abordagem da dimensão “educação”, a multiplicação do Agente de Controle, modelo adotado pelo Instituto Plácido Castelo, do Ceará, assim como a inclusão de disciplina de fundamentos da Administração Pública na rede de ensino do país de modo a permitir a inclusão do jovem cidadão ao exercício do controle social.

Referências bibliográficas

ABRAMO, Cláudio Weber. *Corrupção e Responsabilidade Pública*. (Texto-base para o módulo "Governo e sociedade", curso de "Introdução à responsabilidade social de empresas" - Fundação Getúlio Vargas/SP, Instituto Ethos de Responsabilidade Social) Disponível em < <http://www.transparencia.org.br/docs/RespPub.pdf>>. Acesso em 04 de junho de 2009.

ABDELHADI, Magdi: *Caso de corrupção de três mil anos é desvendado no Egito*, BBC Brasil. 2004. Disponível em <http://www.politicavoz.com.br/corruptcaoepolitica/artigo_06.asp>. Acesso em 09 de junho de 2009

AGUIAR, Ubiratan Diniz de, FIGUEIREDO, Alexandre, FIGUEIREDO, Pedro A. S. *Controle Social das Contas Públicas - O Papel do Controle Externo TCU, TCE, TCM*. Volume 03. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2008.

BALLOUK FILHO, Benedito Marques, KUNTZ, Ronald A. *Corrupção Política – A Luta Social pelo Resgate da Dignidade no Exercício do Poder*. São Paulo: Madras, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2006.

BRASIL, Controladoria Geral da União. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Brasília: CGU, 2008.

BRASIL, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República. Imprensa Oficial, 1995.

CASTRO, Domingos Poubel. *Auditoria e Controle Interno na Administração Pública*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

CHAVES, Augustino Lima. *Controle Social das Contas Públicas – A Impunidade no Brasil*. Volume 05. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 10ª Edição. São Paulo. Editora Atlas S. A ., 1999.

QUAGLIA, Giovanni. *Por uma Cultura Anticorrupção*. Revista do Ministério Público do DF e Territórios. MPDFT nº 7 - março/abril de 2007 - Ano 4 Disponível em < <http://www.unodc.org/pdf/brazil/Entrevista%20GQ.pdf>>. Acesso em 03 de junho de 2009.

QUAGLIA, G.; FREITAS, C.; PUNGS, R.; EICHHORN, S.: *Marcos Estratégico para o Programa Brasil 2006-2009*. Nações Unidas – Escritório sobre Drogas e Crime: 2006. Disponível em <http://www.unodc.org/pdf/brazil/portugues_final2.pdf>. Acesso em 27 de maio de 2009

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção (Estudos Econômicos da Construção)*. 1996. Disponível em <<http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2009.

SPECK, Bruno Wilhelm; ABRAMO, Cláudio Weber; SILVA, Marcos Fernandes G. da; FLEISCHER, David; NASSMACHER, Karl-

Heinz. *Os Custos da Corrupção*. Cadernos Adenauer nº 10 – 2000. Konrad Adenauer Stiftung. Disponível em <<http://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/1602/1/Speck01b.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2009.

Diversos crimes de desobediência

Agapito Machado

Juiz Federal no Ceará e Professor Universitário.

A nossa legislação penal contempla diversas hipóteses de desobediência, entre as quais mencionamos os artigos 205, 319, 329, 330, todos, do Código Penal e art. 101 do Estatuto do Idoso.

Uma das maiores dúvidas sempre foi a de perquirir qual o exato tipo penal a punir aquele que descumpriu decisão judicial, notadamente a de natureza mandamental.

Desde a década de 90 escrevo sobre o tema.

O que acontece à autoridade que não cumpre decisões judiciais proferidas em Mandado de Segurança ou em outra ação de natureza mandamental? Responde por crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal), por prevaricação (art. 319 do Cód. Penal) ou não pratica nenhum crime, ante o princípio constitucional de que não há crime sem lei?

Ainda que se admita a condenação criminal da autoridade que descumpre referidas decisões e em razão das insignificantes penas privativas de liberdade cominadas nos arts. 319 e 330 do Cód. Penal, sem dúvida que ela (autoridade) será beneficiada com a famigerada prescrição retroativa que extingue a própria ação penal, como se nada tivesse ocorrido, conforme entende a Jurisprudência baseada nas Súmulas 186 e 241, do extinto TFR, esta última, inusitada, mormente após o advento da Constituição Federal de 1988 que presume a inocência de todos. Ademais, a condenação da autoridade, por si só, não implicará, necessariamente, na efetivação da decisão judicial reconhecendo ao jurisdicionado um direito líquido e certo através de um Mandado de Segurança, eis que poderá continuar a

ser desrespeitada pelo órgão ou pessoa jurídica, na medida em que a execução se faz ‘in natura’.

Em razão dessa falta de efetividade da decisão judicial proferida contra uma autoridade e que só se executa ‘in natura’, pergunta-se: E como fica o tão auspicioso direito líquido e certo do jurisdicionado que bateu às portas do Poder Judiciário acreditando na eficácia de suas decisões?

Tal como se encontram as coisas, atualmente, tem se constituído um convite à autoridade desrespeitar as decisões judiciais de natureza mandamental. Os exemplos estão aí e o Poder Judiciário caindo no descrédito da opinião pública, já que ela não entende a razão de o juiz não poder prender ou condenar alguém, sem respaldo em lei vinda do Poder Legislativo, por se tratar de jurisdição penal incriminadora.

Em sua atividade típica, portanto, prestando a tutela jurisdicional, é exigência constitucional que todos os órgãos do Poder Judiciário, sem qualquer exceção, feita no inciso IX, do art. 93, fundamentem todas as suas decisões, sob pena de nulidade, o que implica dizer que o juiz não tem opinião própria e realiza a vontade da norma escrita pelo Poder Legislativo, especialmente em se tratando de norma penal incriminadora onde a única fonte do direito é a Lei, em sentido formal e material, não se podendo cogitar do chamado direito alternativo ou alternância do direito. É a lei que cria e/ou exacerba o tipo penal. Em sua ausência (da lei), e, portanto, na chamada jurisdição penal incriminadora, não cabe invocar o chamado processo integrativo do direito (analogia, costumes e princípios gerais do direito). Não há mais espaço para quem quer ‘aparecer’ querendo se notabilizar demonstrando permanecer ao lado da opinião pública leiga, pisoteando a Constituição. Se pisoteá-la uma vez não terá mais moral para não pisoteá-la sempre. Se a Constituição Federal está errada, é iníqua, é anacrônica e está conduzindo o País à impiedade ou à ingovernabilidade, aqueles que a promulgaram (os Constituintes) e os que podem emendá-la (Deputados e Senadores) que cui-

dem de pôr uma melhor para aplicação pelo juiz. É que o juiz brasileiro não instaura inquérito, não oferta denúncia, e mais, o Poder Judiciário só tem iniciativa de leis que dizem respeito à sua economia interna (Lei da Magistratura, lei sobre criação de seus cargos e fixação de vencimentos). Nenhum juiz pode remeter, já fazendo parte do processo legislativo, qualquer projeto de lei, mormente penal, o que é um absurdo.

Quando advogado, portanto, antes de assumir a Magistratura Federal, essas questões não me preocupavam tanto, na medida em que o dever de ser imparcial é do juiz. É que, sob a advertência de Eduardo Contoure de que devemos lutar pela Justiça, ao advogado mais interessa a lei em si, com suas imperfeições e omissões, do que propriamente o direito que não possui lacunas. O advogado age parcialmente na defesa de seu cliente e invoca a lei do modo como ela veio do legislativo, desde que lhe favoreça e não litigue de má fé, e não podemos lhe opor críticas nesse proceder. Já o Magistrado deve agir com imparcialidade, aplicando a lei em consonância com os princípios de Direito, mormente os que estão postos na Constituição Federal, que nada mais é do que o nosso Contrato Social.

A criminalidade resulta, sem dúvida, da garantia da impunidade, portanto, na descrença das instituições. E, convenhamos, o Poder Judiciário não pode punir apenas por querer, por vontade subjetiva do magistrado, mas com base em lei em sentido formal e material, já que em matéria penal incriminadora, lamentavelmente, o Direito se resume à Lei. Não será demais repetir: é a Constituição e o Código Penal que prescrevem: não há crime sem lei.

No Brasil, as penas cominadas abstratamente aos delitos são tão insignificantes que já não imprimem respeito, quanto mais quando o juiz a concretiza por ocasião da sentença condenatória, acarretando, em muitos casos, a famigerada prescrição retroativa. Quase todos os delitos, no Brasil, são afiançáveis e, quando não o são, a lei não proíbe a liberdade provisória sem fiança. Dificilmente o juiz deixará de relaxar uma prisão, a mais das vezes porque ilegais e

também em razão do disposto no parágrafo único do art. 310 do CPP. Tanto o STJ (Súmula 09) como o STF, diante do princípio hoje constitucional da presunção de inocência, só admitem a prisão nates de uma condenação, no caso de extrema necessidade. A regra é responder solto. Se isso está errado, que se mude então a Constituição, mas não se critique o magistrado por cumpri-la ou fazê-la cumprir. Só um juiz covarde, bajulador, rastejante e carreirista pisoteará a Constituição para satisfazer a interesses que não os da própria Justiça.

Mesmo que depois do devido processo legal sobrevier condenação para a autoridade que descumpriu decisão judicial de natureza mandamental e não ocorrer a famigerada prescrição (da ação propriamente dita, retroativa ou superveniente), o que é bastante difícil, dada a grande quantidade de processo para cada juiz, ainda assim, note-se bem, existirá em favor daquela autoridade um punhado de vantagens para não cumprir pena no presídio, a saber: prescrição da execução da pena, suspensão condicional da pena, livramento condicional da pena, indulto e tantos outros benefícios relativos a problema de política criminal. E aquele jurisdicionado, que batendo às portas do Judiciário, por nele acreditar, mas que, embora obtendo a concessão da segurança, terminou não atendido efetivamente no seu direito liquido certo, como fica? Quem irá garantir a efetividade da decisão judicial que o atendeu? Que garantia constitucional é essa que de nada vale na prática? Que Poder Judiciário é esse que não tem como punir com eficácia quem não cumpre suas decisões em prol dos jurisdicionados?

Por incrível que pareça, até hoje a doutrina e a jurisprudência discutem se há ou não crime no caso de uma autoridade descumprir uma decisão ou despacho de natureza mandamental. Para uns, o crime é de desobediência (art. 330 do Cód. Penal), para outros é, de prevaricação (art. 319 do Cód. Penal) ou não há crime algum.

O crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal) tem como sujeito passivo a Administração Pública, mas como sujeito ativo,

vale dizer, aquele que poderá praticar o crime, um particular. Ora, se em Mandado de Segurança a decisão deve ser cumprida por uma autoridade e não por um particular, salvo em raríssimas exceções (funções delegadas), e o art. 330 do Cód. Penal se destina a um particular, como pode esse crime omissivo ser cometido por autoridade? Por outro lado, o crime de prevaricação (art. 319 do Cód. Penal), exige prova de dolo específico (sentimento pessoal), o que é bastante difícil de se configurar na prática. O crime de desobediência do art. 359 do Cód. Penal também não resolve a questão porque restrito quanto a 'exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial'. O crime previsto no art. 205, do mesmo diploma penal, também não se aplica ao caso, porque o desrespeito aí é a uma decisão administrativa e não judicial. A solução poderia ser a intervenção federal, mas também de difícil aplicação, na medida em que, nesse caso, entra o exame do aspecto político. Também o descumprimento à decisão judicial poderia ensejar crime de responsabilidade, todavia, a legislação aplicável à espécie só contempla algumas autoridades, e não todas, que podem cometer crime de responsabilidade, como é o caso dos representantes das entidades estatais e paraestatais.

Vejamos, pois, respectivamente, a polêmica doutrinária e jurisprudencial a respeito desse tema: a) Para juristas da estirpe de Castro Nunes, de Plácido e Silva e Hely Lopes Meireles, o descumprimento à decisão proferida em Mandado de Segurança, tipifica crime de desobediência (CP. art.330); b) Para Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, o fato tipifica crime de prevaricação (CP. art. 319); c) 'Prefeito municipal que se recusa a dar cumprimento à decisão proferida em mandado de segurança. Delito desclassificado para prevaricação. Apelação provida. Inteligência dos arts. 330 e 319 o CP. A recusa ao cumprimento de ordem judicial constitui fato do qual emerge a dedução necessária de que o agente procede para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, pois não há, em princípio, outra explicação para esse comportamento. Não pode estar isento de dolo aquele que não cumprir a ordem do

Magistrado' (TJSC, ac. Rel. Mary Filho, RT 527/408), in Cód. Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª edição revista e ampliada, Alberto Silva Franco e outros, RT, p.1134; d) Para o eminente Ministro do STJ, Adhemar Ferreira Maciel, por quem tenho grande admiração pelo seu talento no domínio do Direito Penal, no caso de descumprimento de decisão judicial, o juiz 'deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito... O fato é que o Juiz, sem qualquer açodamento, cum prudentia officii, não pode deixar que seu mando caia no vazio... o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante' (in Descumprimento de Ordem Judicial, Revista AJUFE, agosto de 1990); e) 'Tipo subjetivo. O interesse ou sentimento pessoal é essencial à tipificação (ext. TFR, RC n. 632, DJU de 26.9.80, p.7450-1; TJSP, Pleno, Exc. Verd. n.138.672, RT 537/269; Ap n. 141.607, RT 544/347; TACrSP, RC n. 146.653, RT 507/399). A prevaricação exige 'dolo específico', sendo necessário que a prova revele que a omissão decorreu de afeição, ódio, contempção, ou para satisfazer interesse, e não por erro ou dúvida de interpretação do agente (ext. TFR, RC, n. 895, DJU de 14.10.82, p.10363); f) Requisitos da denúncia. A denúncia precisa indicar qual a omissão e sua natureza, se a conduta foi por interesse ou por sentimento pessoal, pois são elementos necessários à configuração do delito do art. 319 (prevaricação), conforme STF, RE n. 77.776, RTJ 71/835; HC n. 48.564, RTJ 56/774; TACrSP, HC n.117.392, RT 571/328; hc n. 117.266, julgados 73/131); g) Falta disciplinar. Não basta para a tipificação, sendo indispensável o elemento subjetivo do art. 319 (STF, AP n. 253, RTJ 94/1). Mera desídia não configura (TJSP, RC n. 1441, RT 543/342). Não há crime de prevaricação na conduta de quem omite os próprios deveres por indolência, comodismo, preguiça, erro ou negligência (TACrSP, Ap. n. 256.873, Julgados 71/320; RC n. 283.433, Julgados 69/209); h) Erro. O erro ou desatenção na interpretação da lei pode excluir o crime; quanto ao juiz, a boa ou má interpretação que dá à lei não basta pra configurar (STF, AP n. 253, RTJ 94/25 e 41). O erro ou a simples negligência não configura o delito (TAPR, HC n. 136, RT 486/356); i) Contra disposição expressa de lei. Na modalidade de praticar ato

contra disposição expressa de lei, é necessário que antes se defina a própria legitimidade da norma legal que veda o ato incriminado (TJSP, Ap.n. 126.336, RF 256/361); j) Ato de ofício. É imprescindível que o agente esteja no exercício da função (TACrSP, Ap. n. 253.959, Julgados 71/290 e RT 563/348; TJSP, Ap. n. 141.607, RT 544/347). É necessário que se trate de ato de ofício que competia ao agente praticar (TAPR, Ap.n. 324, RT 486/357). Ato de ofício é todo ato que corresponde à competência e atribuição do funcionário (TACrSP, RC n. 146.653, RT 507/399); l) Animosidade. O retardamento por animosidade ao solicitante revela satisfação de sentimento pessoal (TJSP, Ap.n. 133.499, RT 520/368), in C. Delmanto, Cod. Pen. Coment, p. 319;) Não constitui crime de prevaricação o simples retardamento de ato de ofício. Para sua configuração é necessário que o móvel da ação seja a satisfação de interesse ou sentimento pessoal (TAPR, Rel. Juiz Costa Pinto, RT 489/366/367).

A mais preocupante de todas, mas é preciso que se chame a atenção, é a opinião de Milton Flakes, in Mandado de Segurança, Pressupostos da Interpretação, Forense, Rio, 1980, p.222/227: “§ 1º Conceito de desobediência e suas implicações. Impende investigar, por derradeiro, quais seriam as implicações de um eventual conflito de entendimento entre o Juiz e a autoridade administrativa, no tocante à necessidade de prévia declaração judicial de ineficácia da medida liminar. Não seria descartável, visto que ocorreu recentemente, no Estado de São Paulo, em situação parecida, a possibilidade de algum Magistrado menos tolerante, entendendo a interpretação contrária como desobediência à sua ordem, constranger pessoalmente a autoridade (rectius: o titular do órgão apontado como coator), dando-lhe voz de prisão. Desobedecer ao provimento acautelatório ou insurgir-se contra a execução do julgado se equivalem, na medida em que representariam, pelo menos em tese, ‘descumprimento de ordem judicial’. Válidas, portanto, para ambas as hipóteses, a doutrina e jurisprudência pesquisadas. A regulamentação em vigor do mandado de segurança através da Lei n. 1.533/51 e alterações subsequentes, não reproduziu norma constante da Lei n. 191, de 16.1.36 (art. 10) e do Código de

Processo Civil de 1939 (art. 327), segundo a qual seria enquadrada, nas penas de responsabilidade e desobediência, a autoridade que se negasse a cumprir, incontinenti, a decisão judicial. Presentemente, apenas o art. 3º da Lei n. 5.021/66 considera crime, inexistindo crédito orçamentário para atender a sentenças concessivas de vantagens pecuniárias ao funcionalismo, deixar a autoridade de encaminhar pedido de recursos suplementares. Não se cuida, obviamente, do cumprimento em si da decisão judicial, mas de ato de ofício dela decorrente, cuja missão o legislador equiparou ao delito doloso de ‘corrupção passiva privilegiada’ para efeitos penais (Código Penal, art. 317 § 2º). Nada obstante, Castro Nunes, de Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles sustentam que o não atendimento ao mandado judicial importa no crime de ‘desobediência à ordem legal’ (Código Penal, art. 330). Themistocles Cavalcanti o admite, mas recomenda sensatez, condena a ‘estranha providência de prender autoridade administrativa a braços com dificuldades burocráticas para cumprimento da ordem de segurança’. Seabra Fagundes entende que o descumprimento caracteriza o crime de ‘prevaricação’ (Cód. Penal, art. 319); porquanto, na simples recusa estaria implícito o dolo específico de ‘satisfazer interesse ou sentimento pessoal’. Comungam na mesma tese Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio de Andréa Ferreira. Não é essa, no entanto, a visão de Nelson Hungria, que afasta o delito de ‘desobediência’, por ser privativo do particular. Quanto ao de ‘prevaricação’, condiciona a que fique devidamente apurado o dolo específico, embora como tal admita ‘o próprio receio de descumprir ordens legais ocultamente expedidas pelos seus superiores, ou a preocupação de incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária, à decisão judicial’. E acentua: ‘Fora daí, nada mais será cabível além da pena disciplinar, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente’. Explicitando melhor, no Pretório Excelso, a sua opinião, em famoso julgamento que envolvia precisamente a recusa de alta autoridade em cumprir mandado judicial, salientou o pranteado jurista, em passagem que se aplica, ‘mutatis mutandis’, ao caso vertente: Dizer-se que o propósito do Sr. Ministro da Fazenda, de salvaguardar a sua autoridade, por

entender que não está sujeito, na espécie, à jurisdição dos Juízes de 1ª instância, traduz ou revela ‘o sentimento pessoal’ a que se refere a lei, é confundir sentimento com entendimento, o ‘affectus’ com o raciocínio lógico, para interpretar abertamente o art.319 do Código Penal. Por último, ‘last but not least’, Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim lamentam, mas reconhecem que o direito positivo, no seu estágio atual, não faculta ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, limitado que fica a pedir, através dos órgãos competentes, a intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso. Queixam-se, contudo, de que, em se tratando de julgamentos políticos, subordinados a moroso e complexo processo, essas providências se mostram insuficientes para assegurar a pronta obediência à decisão. Foram frutíferos os clamores contra a falta de meios mais expedidos, uma vez que o novo Código Penal (*) já promulgado, mas com sua vigência diferida até a aprovação do novo Código de Processo Penal, inclui entre os crimes praticados por agentes do Poder Público contra a Administração, sob a rubrica ‘desobediência à sentença’, o de ‘deixar o funcionário público de cumprir a sentença ou retardar-lhe o cumprimento’ (art. 355). Caberá à doutrina, oportunamente, fixar o exato alcance desse dispositivo (* - Dec. - Lei n. 1.004, de 21.10.69 c/alt. da Lei n. 6.016, de 31.12.73. Após a publicação deste artigo, foi revogado pela lei n. 6.578, de 11.10.78, por entender o Governo que já estava desatualizado em face de novos conceitos incorporados através de emendas ao Código Penal em vigor). No atual estágio, entretanto, a jurisprudência, pelo menos do Pretório Excelso, tem-se orientado no sentido de não reconhecer delito penal – ‘desobediência’ ou ‘prevaricação’ – na simples recusa, ipso facto, em dar cumprimento à ordem judicial. Há pouco tempo, o Conselho de Justiça Federal, apreciando representação da Procuradoria Geral da República contra juiz que prendeu e processou o diretor de uma faculdade paulista, por retardar o cumprimento de mandado de segurança por ele expedido, firmou doutrina que se mostra, sob todos os títulos, a mais recomendável. Reconhecendo que, no passado, apesar da ‘dubiedade ou omissão da lei’, juízes do Rio e de São Paulo, muitas vezes, fizeram cumprir pessoalmente os ‘writs’ ou

prenderam ‘autoridades recalcitrantes’, mas que, atualmente, devido à falta de comando legal ou talvez, por melhor compreensão do ‘instituto’, são raros os episódios dessa natureza, assentou: 1º) os mandados de segurança devem ser cumpridos por meio da comunicação respectiva ou ofício executório, de acordo com a Lei n. 1.533/51, art. 11; 2º) ocorrendo reclamação do impetrante, o juiz reiterará a ordem, pedirá esclarecimentos e decidirá conforme lhe parecer acertado; 3º) verificando, afinal, que a decisão foi desatendida, mandará apurar a responsabilidade da autoridade infratora (CJF - Proc. n. 4.679/77, Rel. Min. Amarílio Benjamin, acolhida unânime, in DJu de 14.11.77, p. 8.105).

Não foi só em São Paulo e Rio de Janeiro que juízes federais prenderam pessoalmente autoridades recalcitrantes. No Ceará, na década de 80, eminente juiz federal prendeu, em seu próprio gabinete, autoridade que ali insistia, pessoalmente, em não cumprir decisão judicial proferida em mandado de segurança.

A bem da verdade, somente existe, indubitavelmente, crime de desobediência para quem descumpra decisão judicial, no caso de Prefeito, porque expressamente previsto no art. 1º, XIV do Dec. - Lei 201/67 (‘deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente’).

Quem não se recorda de decisões de juízes federais durante o Plano Collor (retenção dos cruzados), mandando prender gerentes de bancos enquanto os tribunais, às turras, concediam-lhes habeas corpus, terminando os juízes monocráticos ficando desmoralizados e conscientes de que precisa de lei para punir com rigor tais delitos?

Não é de agora essa luta. Desde quando assumi a Magistratura Federal em 1987, enfrentei problemas com uma autoridade que tinha respaldo junto ao Governo Federal, quando então constatei a dificuldade que tem o juiz de fazer cumprir suas decisões, diante da acanhada legislação penal existente para punir o desobediente. Naquela oportunidade publiquei meu primeiro trabalho na Revista

Ajufe e, angustiado, comuniquei o assunto ao presidente do STF, e solicitei ao ministro da Justiça e Parlamentares daquela época o envio de projeto de lei sobre o assunto. Como resposta está aí a realidade: até hoje não existe lei para punir,eficazmente, essa situação. Com efeito, e tendo em vista que o Poder Judiciário só pode iniciar o processo legislativo nas chamadas matérias de sua economia interna, resolvi mais uma vez apelar, republicando esse tema, com inovações, para aqueles que têm o poder de remeter qualquer projeto de lei o façam o mais rápido possível. É necessário garantir efetiva e concretamente o direito do jurisdicionado nas ações mandamentais, como o Mandado de Segurança. Para tanto é indispensável a criação, por lei em sentido formal e material, de um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no capítulo ‘Dos Crimes Contra a Administração da Justiça’, com a pena mínima superior a 2 (dois) anos de reclusão e a máxima não inferior a 6 (seis) anos, portanto, inafiançável e sem direito à liberdade provisória sem fiança, de modo a obstruir a prescrição (da própria ação, retroativa ou superveniente ou da própria execução).

Somente assim valerá a pena se enaltecer a existência do Mandado de Segurança nominando o de remédio constitucional heróico e demais ações de natureza mandamental e se bater às portas do Judiciário. Não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só leis penais sérias podem tornar efetivas decisões judiciais”. O certo seria o Legislador Federal criar um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no capítulo do Código Penal destinado aos crimes contra a Administração da Justiça, cominando, ao lado da pena privativa de liberdade, pena de multa razoável e também da expressa proibição do descumpridor continuar no exercício do cargo, bem como de exercer qualquer outro pelo prazo de pelo menos cinco anos, caso em que não acredito. Enquanto não surge um tipo penal severo para esse caso, devemos,como magistrados, buscar, com criatividade, solução para a efetividade da decisão judicial nas obrigações de fazer e não fazer, na jurisdição extra-penal, vale dizer, no art. 461, caput, §§ 4º e 5º CPC, com a nova redação da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994 e alterações posteriores, determi-

nando as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial e principalmente aplicando pena de multa diária e severa para o caso de descumprimento. Está provado que prisão não mete medo a bandidos, inclusive os de gravata, mas a multa que atinge o seu bolso é seguramente bem eficaz. O rico tem medo de empobrecer, porque perde logo a mulher, os filhos também os desprezam porque não poderão mais estudar em faculdades particulares nem terem seu carrinho etc. Resalte-se que as hipóteses previstas no § 5º do art. 461 do CPC são meramente exemplificativas, cabendo, no caso de “obrigação de fazer” o “sequestro” ordenado pelo juiz de 1º grau, da importância devida, notadamente porque, na prática, os devedores (Fazenda Pública), por não cumprirem imediatamente uma liminar ou tutela antecipada (obrigação de fazer), querem transformar essa obrigação, a seu talante, em desprezo à decisão judicial, em obrigação de dar, esta, como sabemos, sujeita à regra do precatório (art. 100 da CF/88). Os tribunais, todavia, não concordam que os juízes de 1º grau, por sinal, os que assumem o cargo mediante rigoroso concurso público, adotem a figura do sequestro. Mas o verdadeiro juiz não pode ficar inerte. Essa norma (art. 461, § 5º do CPC) modifica o regime da execução de obrigação de fazer e não fazer, repetindo praticamente o sistema instituído pelo CDC 84. A regra é a da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos (conforme Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, CPC e legislação processual civil extravagante em vigor, suplemento de atualização, do livro CPC de Theotonio Negrão, RT. Ultimamente, quando titular da 4ª Vara Federal, no Ceará, não virtual, e o requerente dava notícia do descumprimento, pela autoridade, da liminar ou antecipação da tutela deferida ou da própria segurança, adotava, entre outras, as seguintes providências, cientificando o descumpridor de que: a) sua conduta caracterizava crime de prevaricação (art. 319 do Código Penal c/c Lei nº 1.386, de 18.6.51), por configurar incúria proposital em acatar as determinações judiciais, com imediata Representação ao Ministério Público Federal para a competente ação penal; b) não cumprida a obrigação

integralmente, sem prejuízo da condenação por litigância de má-fé pela resistência injustificada ao andamento do processo, fixava-lhe de logo multa na faixa de R\$ 5.000,00 a R\$ 10.000,00 por dia de atraso, conforme Lei nº 10.358, de 27/12/2001, por ato atentatório ao exercício da Jurisdição; c) estava representando contra ele ao MPF, também por ato de improbidade administrativa capitulado no artigo 11, II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), para fins de perda do cargo (art.12, III, desta lei, e art. 132, IV, da Lei n.º 8.112/90); d) sua conduta ensejaria ainda ação civil de reparação de danos causados a terceiros, pela demora no cumprimento da ordem judicial (art. 122, Lei n.º 8.112/90); e) estava também comunicando seu ilegal procedimento ao Tribunal de Contas respectivo; f) o mesmo estava sendo imediatamente afastado do cargo ou função e indicando um interventor para cumprir a ordem, por analogia à Lei antitruste - 8884/94, arts. 69 a 77”.

A recentíssima Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que dá nova dimensão ao Mandado de Segurança, tanto individual como coletivo, deu novo tratamento à polêmica dispondo sobre a nova desobediência judicial.

Como vimos, a desobediência a uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, exceto no caso do art. 101 da Lei nº 10.741, de 1º/10/03, onde ali está perfeitamente tipificada em benefício do idoso, nos demais casos não poderia ser mesmo o crime previsto no art. 330 do Código Penal, porque este é um delito praticado por **particular**.

O desobediente de uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, será sempre uma autoridade, ou seja, um funcionário público agindo nessa condição ou a ele equiparado.

Mesmo em se tratando de Mandado de Segurança impetrado contra pessoa **privada**, esta age como autoridade, como já previa a revogada Lei nº 1.533/51 que dispunha sobre o “writ” individual.

Na verdade, salvo a hipótese do art. 101, acima citado, do Estatuto do Idoso, não existia no Brasil nenhuma lei tipificando como crime previsto no art. 330 do Código Penal, o funcionário que descumprisse uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental. Ao contrário: a lei que existia era a de nº 1.386, de 18.06.1951 e tipificando essa conduta como crime de **prevaricação** (art. 319 do Código Penal), crime esse sim praticado por **funcionário** porque inserido no Capítulo dos crimes por ele praticados contra a Administração Pública.

“Data máxima vênia”, o Superior Tribunal de Justiça vinha “forçando a barra” para afirmar que o funcionário que descumpre uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental, praticava o crime de desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, desde que esteja (o funcionário) agindo como particular. Ora, se um funcionário agir como particular não será jamais considerado autoridade e destarte não pode funcionar no pólo passivo de um Mandado de Segurança.

Certo ou errado, agora essa situação está perfeitamente tipificada em Lei, como crime de desobediência (art. 330 do Cód. Penal) para aquele funcionário público que venha a descumprir uma ordem judicial, notadamente de natureza mandamental.

Há, sem dúvida, nova situação, nova Lei. É o que dispõe expressamente o art. 26 da recentíssima Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009, que dá nova dimensão ao Mandado de Segurança, tanto individual como coletivo “verbis”:

Constitui crime de desobediência, nos termos do art.330 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, o não cumprimento das decisões judiciais proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº1. 079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.

O tipo penal remetido e recém criado não é ainda o ideal, na medida em que é de menor potencial ofensivo, não tem cominação de multa relevante ao infrator, não impõe a inabilitação para o exercício de cargo ou função públicos, pelo período de pelo menos 5 (cinco) anos e nem determina o seu imediato afastamento da função.

Todavia, pelo menos quanto ao descumprimento de decisão oriunda de um Mandado de Segurança individual ou coletivo, o **funcionário público** ou quem agir nessa condição responderá “*ex vi legis*” pela desobediência do art. 330 do Código Penal, crime esse inserido no capítulo dos praticados pelo **particular** contra a Administração Pública, onde, para esse tipo, ao contrário do de **prevaricação**, não precisa a demonstração de que o delinquente descumpriu a ordem judicial para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, o que era bastante difícil e sempre acarretava a absolvição do réu”.

O Direito Privado no contexto da Constitucionalização do Direito

Alcimir A. Rocha Neto

Advogado. Mestre em Direito Constitucional
pela Universidade de Fortaleza.

Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e
Hermenêutica Jurídica na Universidade de Fortaleza.

Professor de Direito Processual Constitucional na pós-graduação em Direito
Constitucional da Escola Superior da Magistratura/CE.

Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/CE. Autor dos
livros *Direito Constitucional e Teoria Política* e *À Espreita de Vargas*.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é analisar o Direito Privado e seus institutos sob a ótica dos novos paradigmas interpretativos do Direito bem como estudar as modificações que necessariamente deve sofrer – e as que já vem sofrendo – em face de um cenário na teoria do Direito que se tem chamado de *constitucionalização do direito*. Inicialmente faz-se necessário que busquemos estabelecer os conceitos que viriam a formar este novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito a partir de um “ambiente jurídico” onde a *constitucionalização* mostra-se como ideia cada vez mais presente e aceita no pensamento dos estudiosos do Direito nas suas mais diversas searas. Empós é de igual importância que se alcancem as implicações deste novo cenário no Direito Privado e proceder à elaboração de um paralelo entre o Direito Privado visto de uma ótica privatista, ainda a imperar, porém caindo cada vez mais em descrédito por conta das suas falhas e insuficiências decorrentes da própria natureza das teorias em que se sustentam estas visões, e o Direito Privado enxergado a partir de uma ideia de *constitucionalização* segundo a qual todas as normas jurídicas antes de gozarem de uma validade plena, não apenas a formal, mais conhecida como vigência, têm que ser submetidas ao teste da *filtragem constitucional*.

Abstract: The purpose of this study is to analyze the Private Law and its institutions from the viewpoint of the new interpretative paradigms of law and studying the changes that must necessarily suffer - and that has been suffering - in the face of a scenario in which theory of law has called the constitution of the law. Initially it is necessary we seek to establish the concepts that they would form this new paradigm of interpretation and application of the law from a "legal environment" where the constitution proves to be an idea increasingly present and accept the thought of scholars of Right in its most diverse crops. Empós is equally important to reach the implications of this new scenario in Private Law and to draw up a parallel between the Law of Private seen a otic private, still prevail, though increasingly falling into

disrepute on account of their faults and shortfalls arising from the very nature of the theories in which they contend these visions, and Private Law viewed from an idea of where all the constitutional laws before they enjoy a full validity, not just the formal, better known as life, have to be submitted to the constitutional test of filtering.

Palavras-chave: Interpretação; Direito Privado; Constitucionalização do Direito

Keywords: Interpretation; Private law; Law constitutionalization

“Ontem os códigos hoje as constituições” (Paulo Bonavides)

“We must never forget that is a Constitution we are expounding”¹. (John Marshall)

1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é analisar o Direito Privado e seus institutos sob a ótica dos novos paradigmas interpretativos do Direito bem como estudar as modificações que necessariamente deve sofrer – e as que já vem sofrendo – em face de um cenário na teoria do Direito que se tem chamado de *constitucionalização do direito*.

Inicialmente faz-se necessário que busquemos estabelecer os conceitos que viriam a formar este novo paradigma de interpretação e aplicação do Direito a partir de um “ambiente jurídico” onde a *constitucionalização* mostra-se como ideia cada vez mais presente e aceita no pensamento dos estudiosos do Direito nas suas mais diversas searas.

Empós é de igual importância que se alcancem as implicações deste novo cenário no Direito Privado e proceder à elaboração de um paralelo entre o Direito Privado visto de uma ótica privatista, ainda a imperar, porém caindo cada vez mais em descrédito por

¹ Em tradução livre para o português: “Nós nunca podemos esquecer que é a Constituição que estamos a interpretar”.

conta das suas falhas e insuficiências decorrentes da própria natureza das teorias em que se sustentam estas visões, e o Direito Privado enxergado a partir de uma ideia de *constitucionalização* segundo a qual todas as normas jurídicas antes de gozarem de uma validade plena, não apenas a formal, mais conhecida como vigência, têm que ser submetidas ao teste da *filtragem constitucional*, que será analisado de maneira mais cuidadosa adiante, no tópico pertinente.

Ao fim analisar-se-ao as consequências da adoção deste novo paradigma teórico para a problemática da hermenêutica das normas de direito privado.

2. A relação entre direito público e direito privado na história do direito

A dualidade célebre entre direito público e direito privado vem sendo relativizada em virtude de dois fenômenos que abalaram a estrutura clássica dos ordenamentos normativos estatais principalmente desde o início do século passado. O Direito Público tem sua origem remota na Grécia antiga onde e quando se lançou a base de sua estrutura, ao passo que a origem remota do Direito Privado encontra-se na Roma cultuadora da autonomia privada e da liberdade de contratação entre os particulares.

O Direito Privado precede o Público no aspecto cronológico, isto é, aquele apareceu na história dos povos antes que este último o fizesse. A inexistência de efetivos mecanismos que funcionassem como freios à autonomia da vontade – a alma do direito privado – fez com que se mostrassem cada vez mais necessários institutos que tivessem o específico papel de conter avanços além dos limites do razoável e do proporcional relativamente ao coração do Direito Privado. O Direito Privado tem suas origens remotas entre os romanos cujas instituições de Direito Privado são a base, senão por inspiração, por logicismo histórico, de sistemas jurídicos de variados Estados espalhados pelos mais diversos pontos do globo.

Contra a afirmação que inicia o parágrafo anterior poder-se-ia arguir dizendo que a democracia grega trouxera instituições de Direito Público e, portanto, precedera o Direito Privado dos romanos. De fato apareciam ali os primeiros germes do Direito Público, ocorre que apenas localizada e circunstancialmente, ao passo que o Direito Civil dos romanos espalhou-se por boa parte do globo e enraizou-se com força tal que ainda hoje é a grande força a influenciar a faceta privada dos ordenamentos jurídicos.

Nasceram as instituições de Direito Público a matar com uma só rajada dois coelhos, que eram, primeiro a já citada necessidade de manutenção da autonomia da vontade dentro dos limites da razoabilidade e da proporcionalidade e o segundo a imperiosa importância na contenção do poder político, também grande suscitador de problemáticas levadas ao Direito para solução. A tendência natural dos homens é a de não reconhecer e enxergar – por cegueira ou propositalmente – limites aos seus desejos de toda natureza, de modo que a não existência de mecanismos inibidores da busca incessante e cega pela satisfação pessoal poderia acarretar o fim, mesmo, da raça humana. Se a racionalidade individual, *per se*, não é capaz de fazer com que um indivíduo se limite, instrumentos coercitivos mostraram-se necessários para a sobrevivência e convivência social.

Dois fenômenos chamam nossa atenção quando nos dispomos a analisar historicamente a relação entre os direitos público e privado: (a) publicização do direito privado e, num momento posterior, (b) a constitucionalização do direito. Nessa ordem cronológica. Pode-se mesmo afirmar que constituem os dois fenômenos nas segunda e terceira fase da relação histórica existente entre direito privado e direito público ou ainda entre o Direito Constitucional e o Direito Civil, ramos clássicos que distinguem uma e outra seara. A pergunta que surge diante da afirmação que acabei de fazer é, naturalmente, qual viria a ser a primeira fase dessa relação, já que se mencionou a segunda e terceira. A primeira fase seria aquela que se inicia com os acontecimentos da Revolução Francesa e se estende até meados – talvez até a década final – do século XIX. Fase em que

surgem os institutos modernos tanto do Direito Público quanto do Direito Privado, vale dizer, momento histórico em que as Constituições escritas se consagram e em que o Código Civil Napoleônico surge como marco da história do civilismo e do direito privado, consagrando reflexões e teorias desenvolvidas – sem prejuízo de outros fenômenos intelectuais da história – precipuamente pelo Iluminismo. Poder-se-ia arrolar como exemplo a questão da segurança jurídica, a previsibilidade das relações entre os privados, a necessidade de cumprimento dos contratos e a garantia absoluta da autonomia privada, dentre outros muitos institutos.

Nesse momento inicial da relação entre Direito Público e Direito Privado o que ocorre é a separação quase que absoluta entre ambos, de modo a se enxergar algo muito próximo à incomunicabilidade entre eles. A Constituição regularia as relações entre o Estado e os cidadãos, exercendo o papel de um estatuto político, e o Código Civil exerceria a função de regulador das relações estabelecidas ou por estabelecerem-se entre os indivíduos, entre os particulares, servindo de estatuto jurídico por excelência, tendo, inclusive, passado a ser chamado de Constituição do Direito Privado.

Diante das mudanças pelas quais o mundo sofre nas teorias econômica e política, principalmente a partir de meados do século XIX, as teorias jurídicas sentem a necessidade de se adequarem à realidade. Com os bens trazidos pelo liberalismo político sendo ofuscados pelo liberalismo econômico exacerbado, o direito privado se vê diante de uma situação de invasão cada vez maior de seu campo pelo direito público com a inserção nos contratos de cláusulas de ordem pública com vistas a proteger as partes mais fracas do contrato e começam a surgir estatutos jurídicos com o objetivo de resguardar do poder econômico o lado frágil das relações econômicas (o inquilino, o consumidor etc.). É justamente com o advento deste dirigismo contratual que se começa a falar de uma publicização do direito privado.

A terceira fase é um pouco mais complexa nas suas causas, bem como nos seus efeitos e merece um olhar um pouco mais acurado. Ela se chama *constitucionalização do Direito*.

3. A constitucionalização do direito

Numa tentativa de destrama conceitual do conceito de constitucionalização do direito parece interessante transcrever a advertência de Luís Roberto Barroso:

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito.²

Como se nota, “constitucionalização do Direito” é uma expressão que guarda uma série de significações. Para o presente estudo aquilo a que se quer referir com a utilização do termo é àquele fenômeno que se iniciaria com a promulgação da Carta Fundamental portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978 e que atingiria seu apogeu com o Diploma Político brasileiro de 1988.³

² BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Mimeografado, 2005.

³ Importantes estudos de autores nacionais e internacionais dedicaram atenção à análise da problemática da relação entre direito constitucional e direito privado, fazendo menção ao fenômeno da constitucionalização do direito ou seu equivalente. Ver: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 74, p. 753. PRATA, Ana. *A Tutela*

O fenômeno se manifesta principalmente no momento em que o jurista se dispõe a proceder ao labor interpretativo das normas de Direito, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais, até por conta do fato de que, com o acolhimento na doutrina do fenômeno objeto do presente tópico, toda interpretação do Direito passa a ser tida como interpretação constitucional que pode se dar de modo direto ou indireto.

Dá-se de modo direto quando o texto normativo objeto da atividade hermenêutica é da própria Constituição, e de forma indireta quando se trata de texto de norma infraconstitucional, caso em que a interpretação é constitucional porque se deve submetê-la aquilo que tem sido consagrado na doutrina como *filtro constitucional*. Essa atividade de filtragem constitucional consiste, justamente, em submeter o texto normativo ao crivo axiológico da Constituição Federal, quando se devem levar em conta os princípios norteadores deste documento constitucional, bem como as diretrizes programáticas e os objetivos a serem atingidos pelo Estado brasileiro.

Levado a cabo a filtragem constitucional, acaba-se por realizar – e é efetivamente o que ocorre – um controle difuso de constitucionalidade sempre que se interpreta toda e qualquer norma, exceto, como é óbvio, as normas originárias da Constituição, até porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela impossibilidade de normas constitucionais originárias serem reputadas inconstitucionais, no sentido proposto, por exemplo, por Otto Bachof, em trabalho clássico (*Normas Constitucionais Inconstitucionais?*).

3.1. Peculiaridades da Interpretação Constitucional

Constitucional na Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, 1982. LOTU-FO, Renato. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999. HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

A Constituição, pelo mero fato de ser Constituição, já é merecedora de análise específica no que tange aos princípios⁴ e métodos de interpretação das disposições normativas que a compõem. Parece muito óbvio que por emanar de um poder supremo – ilimitado juridicamente, revolucionário e insubordinado, vale dizer, que não deve respeito a nenhuma ordem jurídico-constitucional pretérita – a Carta Política Fundamental merece um estudo especial a respeito da forma como se dará o labor hermenêutico que venha a ter como objeto uma norma nela contida. Mas não é apenas este o motivo que nos leva a essa conclusão, isto é, a de que se precisa elaborar análise específica sobre a Constituição. Tem-se sempre que interpretar a Constituição pelo fato de que é somente em assim se procedendo que se passará de uma leitura política, ideológica ou empírica para uma leitura de índole jurídica das disposições constitucionais.⁵ A Norma Suprema criada por aquele poder livre de qualquer peia jurídica⁶ tem por característica, ainda, trazer em seu bojo normas de grau de abstratividade mais elevado do que as demais normas – infraconstitucionais e infralegais. Quanto mais baixa a posição do instrumento normativo na pirâmide da hierarquia normativa, maior a tendência de ele vir a abranger normas de caráter mais concreto do que a que lhe imediatamente precede na mesma pirâmide. Daí porque os princípios que regem a tarefa de se interpretar a Constituição servem-na sem, necessariamente, servir à interpretação das demais normas. Já as regras interpretatórias gerais relativas a leis infraconstitucionais, em regra, se aplicam à hermenêutica constitucional, no que couber, pois, em determinadas situações os princípios

⁴ Para um estudo pormenorizado dos princípios da interpretação constitucional ver o trabalho: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 448.

⁶ “De fato, as questões de cunho constitucional não são, na raiz, isto é, originalmente, questões jurídicas, mas estritamente políticas. O desenvolvimento das Constituições nos ensina que uma regra jurídica não é suficientemente forte para guiar e determinar o rumo das forças políticas”. ROCHA NETO, Alcimor Aguiar. *Direito Constitucional e Teoria Política: Temas Contemporâneos*. For-taleza: Impreco, 2005, p. 90.

específicos da interpretação constitucional prevalecerão, diante de um conflito, em face dos princípios gerais. Assim não fosse seria como, guardadas as devidas proporções, ministrar o mesmo medicamento para doenças diversas. Nesse sentido é a lição de Jorge Miranda, ao escrever que

A interpretação constitucional não é de natureza diferente da que se opera noutras áreas. Como toda a interpretação jurídica está estreitamente conexas com a aplicação do Direito; não se destina à enunciação abstrata de conceito, destina-se à conformação da vida pela norma. Comporta especialidades, não desvios aos cânones gerais.⁷

A tarefa de tirar o texto constitucional da alienação em que ele se encontra reposicionando-o na realidade viva⁸ não é igual – embora se assemelhe em alguns aspectos – ao labor de isolar o sentido da lei do texto em que ele se encontra escondido. Para a efetivação dos dois trabalhos são exigidos métodos distintos.

Para o caso de não se ter restado claro a relação destas considerações com as suas consequências para o Direito Privado, necessário se faz o estabelecimento de um liame entre os dois pólos.

Ora, há com o advento do fenômeno da constitucionalização do Direito, como já dito, uma mudança no seu paradigma interpretativo: na primeira fase da relação entre direito público e direito privado a supremacia que se atribuía à Constituição era tão-somente de ordem formal, sendo que é apenas na terceira fase da antedita relação que a supremacia também material é alcançada pela Constitui-

⁷ MIRANDA, op. cit., p. 451.

⁸ Utilizei-me, cá, de uma ideia originalmente posta por Palmer quando escreveu: “A tarefa da hermenêutica é tirar o texto da alienação em que ele se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta” (PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, *apud* SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004, p. 202).

ção, ocasião em que ela se desloca para o centro dos debates jurídicos e todo e qualquer debate em qualquer que seja a seara da ciência jurídica passa, necessariamente, por uma espécie de afrontamento entre as normas infraconstitucionais desta seara e as normas constitucionais, de modo que é somente no caso de desse contraste não resultar nenhuma incompatibilidade que a norma de direito infraconstitucional gozará de validade e poderá vir a ser aplicada às situações da realidade fática.

Daí porque é não apenas importante mas necessário que se tenha em mente a realidade jurídica circundante quando do momento de interpretação e aplicação do Direito Privado.

4. Liberalismo, Positivismo e Direito Privado: o antigo paradigma interpretativo privatista

Três Revoluções Liberais burguesas estouraram nos séculos XVII e XVIII e mudaram os rumos da História dos povos. A primeira delas – na ordem cronológica dos acontecimentos históricos – foi a Revolução Inglesa de 1640 a 1688. Uma revolução que se inicia em 1640 e tem sua conclusão quase meio século depois, em 1688, dando origem ao primeiro país capitalista do mundo.

Para que a Revolução Industrial – que como escreveu Alcimor Aguiar Rocha “teve profunda influência nos destinos da civilização”⁹ – de modo efetivo viesse a ocorrer, necessariamente uma revolução política teria que precedê-la. A experiência histórica inglesa demonstrou que somente uma revolução política poderia abrir espaço para uma revolução industrial, completando um período de transição do capital comercial ao industrial. Para isso teve-se que virar a página das relações pré-capitalistas e seu antigo regime econômico, dando à luz o capitalismo e seu “novo regime econômico”.

⁹ ROCHA, Alcimor Aguiar. *Fundamentos e formação histórica do direito do trabalho*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1975, p. 11.

Nessa transição, três principais mudanças precisaram-se realizar na estrutura econômica: primeiro, substituiu-se a prevalência agrícola pela industrial. Segundo, os transportes modernizam-se. Terceiro, as crises periódicas de subsistência que caracterizaram o feudalismo dão lugar a novas crises, dessa vez de superprodução e de baixos preços. Tais mudanças pressupunham outras bem mais profundas e complexas e de natureza política, sem as quais não poderiam ter sido levadas a cabo. Ora, de forma alguma se poderia pensar em mudanças na seara econômica como as que aqui se colocaram sem uma mudança estrutural do Estado, da forma como este se apresentava à época.

O modelo de Estado, então vigente, era o Estado monárquico absolutista, uma forma estatal que representa o resultado de um processo plurissecular que marcou a passagem do Estado feudal ao moderno, por meio da centralização do poder (tanto territorial quanto administrativo) e de sua concentração em mãos de um príncipe, ungido pelo direito divino e perpetuado pela sucessão hereditária.

O Estado absolutista, contraditoriamente, criou condições para que nele desenvolvessem atividades eminentemente burguesas. Trata-se de um paradoxo, e foi justamente este que levou à crise do absolutismo monárquico. Dessa contradição histórica entre burguesia e nobreza só poderia surgir uma saída, que foram justamente as revolucionárias liberais.

Para a efetivação das mudanças econômicas pretendidas pela burguesia britânica, o poder do Estado precisava ser limitado. Os poderes absolutos de que dispunha o único detentor do poder haveria que ser dividido e cingido. Aí o principal objetivo da revolução política que precedeu a econômica ou industrial.

Os principais entraves para a obtenção de lucro, e, por conseguinte, para o desenvolvimento econômico da sociedade inglesa naquele Estado absolutista monárquico, eram, exatamente, as velhas

instituições e estruturas feudais que ainda mantinham, sendo que destas, com toda certeza, as mais pesadas eram aquelas representadas pelo parasitismo da Coroa e da Igreja, obstáculo cruebilíssimo para o crescimento de um mercado nacional.

É exatamente dessa necessidade de limitar – de impor limites à atuação estatal – que nascem as primeiras “espécies” de direitos, os civis ou naturais. Tais direitos civis abrangem, justamente, o direito à vida, à liberdade e aos bens (propriedade). O *Segundo Tratado sobre o Governo*, de Locke, foi uma das obras mais influentes neste sentido.

O Direito Privado atinge o seu apogeu no mesmo momento em que o fez a teoria liberal. É que segundo esta teoria – que se ramifica na política, na economia e no Direito – o Estado deve intervir o menos possível, senão por completo, das relações entre os particulares, abstendo-se de perpetrar qualquer ato que possa significar invasão no “sagrado” campo da autonomia privada.

No Direito a teoria que completa o liberalismo econômico, permitindo o seu pleno desenvolvimento é o positivismo jurídico.

4.1. Teoria Pura do Direito

A Teoria Pura do Direito é a principal obra do pensamento positivista jurídico na sua concepção normativista. Tal teoria, tamanha sua relevância, funciona como uma espécie de divisor de águas na Teoria do Direito. O seu formulador, Hans Kelsen, elegeu como objeto de seu estudo as normas jurídicas, edificando uma teoria estritamente formal desvinculada da realidade fática. Kelsen rompe com o paradigma jusnaturalista, abstraindo da interpretação – não de sua formulação, diga-se – todo aspecto valorativo, moral, sociológico etc. Tanto Kelsen aceitava e, mesmo, entendia necessários os valores quando da formulação da norma, que ele escreveu que a formulação do Direito fica a cargo do legislador, seara em que o aspecto valorativo desfila com vigor; ao jurista seria descabida essa valoração, mas tão-somente a interpretação avalorativa das normas

jurídicas, sem a pretensão de suplantar o legislador e quebrar o dogma da separação de poderes.

A discussão que propunha Kelsen era restrita ao disposto nas normas jurídicas emanadas do Poder Legislativo do Estado. Nascia o normativismo kelseniano tendo como precípua objetivo a purificação da ciência do Direito. A Teoria Pura do Direito busca purificar os métodos utilizados pela ciência jurídica, de modo a eliminar todo e qualquer elemento estranho ao texto da lei. Rechaçava todos os aspectos axiológicos e os da realidade fática para acolher apenas os aspectos do mundo lógico. O positivismo começa, já daí, a pecar, capitalmente, ao querer isolar o Direito de outras ciências. “Quando ela [a ciência] tinha a pretensão de explicar um réptil ou um molusco, isolando-o – era como se pretendesse achar a vida nos cemitérios”.¹⁰ Foi assim que Tobias Barreto justificou a importância em não se estudar o Direito isoladamente. Esse alerta não é tão recente assim, data da década final do século XIX.

Para Kelsen e sua pureza teórica a tarefa do cientista jurídico deveria ser, tão-somente, a de descrição, abstendo-se das discussões valorativas pois

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, vale dizer, porque seu conteúdo pode ser deduzido pela via de um raciocínio lógico do conteúdo de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada de uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.¹¹

¹⁰ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*; prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Edição Facsimilar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004, p. 11.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.

E o arremate é com, talvez, um dos seus mais célebres dizeres: “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito”.

Como se depreende da análise da passagem acima transcrita da teoria kelseniana, há um apego apaixonado – paradoxalmente, pois há uma valorização da lógica em detrimento de axiomas – à forma e um consequente desapego ao conteúdo da norma. A propósito, Kelsen parece querer aplicar o método nietzschiano de resolução dos problemas. Friedrich Nietzsche dizia que uma grande paixão era necessária para derrotar uma paixão e o constitucionalista austríaco lança mão de sua grande paixão – a teoria pura – para derrotar as paixões que devem estar longe do Direito.

Para Kelsen, uma norma para ser tida como tal necessita apenas obedecer às normas procedimentais de feitura das leis, não havendo que estar em conformidade com nenhum conteúdo material, nenhum aspecto conteudológico, por assim dizer. Daí dizer-se da Teoria Pura uma teoria formalista.¹²

Como crítica a esse entendimento formalista, é lúcida a crítica de Min. Cesar Asfor Rocha quando ensina que “Quando da aplicação da norma, não pode o Juiz deixar de se aproximar da realidade social e de se orientar pelos princípios mais elevados da Justiça”.¹³

Hans Kelsen não enxergava nenhuma possibilidade lógica em se deduzir as normas jurídicas dos fatos da vida cotidiana e real, por isso a separação entre ser e dever-ser, sendo que aquele seriam os fatos e este, as normas.

¹² “A forma prepondera sobre o conteúdo e o ordenamento jurídico seria estruturado de modo lógico, com inferências formais, colmatadoras da validade das normas jurídicas, emanadas, de qualquer sorte, do Estado”. ROSA, Alexandre Moraes da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 41.

¹³ ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de Introdução ao Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1974, p. 63.

4.2. Liberalismo e Positivismo

A dogmática jurídica lida sob o prisma do positivismo jurídico e tem como fito principal o desenvolvimento de um sistema de normas coerente, unitário e completo que tenha capacidade de processar a incontroversa complexidade da contemporaneidade. Para o alcance dessas metas, a dogmática positivista faz uso de recursos de interpretação pertencentes à hermenêutica clássica, isto é, aqueles de natureza lógico-formal. Tais métodos interpretatórios seriam capazes de conferir atributos de uniformização e previsibilidade das decisões o que, por conseguinte, asseguraria a tão preciosa segurança jurídica almejada pelo pensamento liberal-normativista.

O (neo) liberalismo é o modelo adotado pelo Estado no qual este deve única e exclusivamente não piorar as condições de vida dos cidadãos, ao passo que o Estado de Direito Social deve não apenas procurar manter a boa vida de quem a tem, mas patrocinar a promoção social, melhorando as condições de vida de quem reputa não as ter em boa medida.

A principal instituição do Estado Liberal não é o Estado, mas o Mercado com sua “mão invisível”, para usar aqui a consagrada expressão cunhada por Adam Smith. Assim, o mercado capitalista encontra seu ambiente propício para nascer e desenvolver-se naqueles locais onde o Estado lhes concede ampla liberdade para agir, tutelando apenas aquelas áreas que antes de lhes castrar a liberdade, dar-lhes-ão garantia de que esta será respeitada.

O mercado pretende respeito a contratos – instrumento-mãe de todas as negociatas capitalistas e mercadológicas. E tal respeito não decorre, algumas vezes, da vontade dos indivíduos em respeitá-los, mas da coerção que o Estado, por meio de seu Poder Judiciário, pode ser chamado a exercer. Vale dizer, a garantia mesma do respeito aos contratos não está nos indivíduos, mas no Judiciário e nas leis, de

modo que tão mais querido será para os liberais um ordenamento jurídico, quanto mais previsíveis forem as decisões nele baseadas.

Como expusemos, *supra*, um dos fins do positivismo é exatamente o de conceder previsibilidade às decisões judiciais, fazendo delas uma aplicação direta e lógica da lei, uma aplicação quase matemática – como se fosse possível existir uma verdade absoluta a não exigir interpretações casuísticas, algo difícil de ser alcançado até mesmo pelas ciências exatas. Quando os positivistas defendem apaixonadamente uma aplicação – paradoxalmente – desapaixonada da lei, a partir de juízos avalorativos, abstraídos da realidade fática, o fazem, basicamente, por dois motivos, sendo que na maioria dos casos um exclui o outro.

O primeiro – e mais esperto deles – é o de atender aos interesses mercadológicos, e é juntando-se à corrente formalista-normativista que se atingirá, mais facilmente, este objetivo. O segundo é mais ingênuo sendo que o motivo ensejador de seus ajuntamentos aos normativo-positivistas é quase, senão involuntário, inconsciente. É que os positivistas ingênuos, se é que podemos assim lhes chamar, não sabem nem mesmo que pertencem a tal corrente doutrinária, sendo que nela se albergam pelo fato de que respeitam as regras pelo mero fato de serem regras, sem proceder a juízos críticos do Direito que buscam à adequação material – e não apenas a formal – dos instrumentos normativos relativamente à norma superior que, no mais das vezes, é a Constituição.

O pior é que este segundo grupo consiste na maior parte dos “juristas” e operadores jurídicos que acabam por formar um senso comum teórico alucinado pelo positivismo que, aliás, é ótima forma para aqueles não tão apegados aos estudos, haja vista exigir um esforço intelectual para interpretar as normas, o que é desnecessário quando apenas se deve repetir o constante do texto legal. Isso não é muito difícil de ser constatado por qualquer de nós, basta que tenhamos em mente que vivemos ainda, no Brasil, uma era onde as portarias são mais respeitadas que a própria Constituição.

Cá, a Magna Carta é ainda tida como um documento programático, embelezador da ordem jurídica, um mero ornamento no arcabouço normativo e não um documento jurídico dotado de eficácia e que nasceu para ser respeitado, cumprido e efetivado.

Tudo que o liberalismo quer é que continue a permear as mentes de grande parte dos atores jurídicos a ideia positivista. É assim que atingirão um de seus objetivos que é fugir das imprevisibilidades das decisões de juízes que não se conformam apenas em analisar os aspectos formais de uma regra, mas também – e principalmente –, a compatibilidade material da norma com sua superior de onde busca fundamento e razão de toda sua existência.

5. Novo paradigma interpretativo do direito em geral e do privado especificamente: pós-positivismo

O positivismo cai no erro de ter a norma como algo com sentido primitivo e absoluto. Mas elas não são bem assim, modificando-se no tempo e no espaço, pois o seu sentido só será alcançado ao cabo de um longo processo de interpretação que passa, necessariamente, por sua conformação conteudológica aos axiomas constitucionais.

Por tudo isso é que a uma boa parte dos casos o método tradicional hermenêutico não serve. Lança ele mão de silogismos para a resolução de problemas jurídicos, cuja premissa maior é a norma e a menor o fato. Luis Roberto Barroso diz que a interpretação jurídica tradicional partiu de duas premissas básicas para se desenvolver, quais sejam: “(a) o papel da norma: oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (b) o papel do juiz: identificar a norma aplicável aos problemas que lhe cabe resolver, revelando a solução nela contida; sua função é uma função de conhecimento técnico, de formulação de juízos de fato”.¹⁴ Nota-se, assim, que os

¹⁴ BARROSO, Op. cit.

mecanismos de interpretação jurídica tradicional seguem alguns dogmas iluministas tais como a crença absoluta na racionalidade e na possibilidade de resolução de problemas jurídicos através de métodos cartesianos, calcados na filosofia, dentre outros, de Descartes.¹⁵

Na crítica a esta construção teórica Gadamer adverte que “não é sustentável a ideia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção”.¹⁶ O raciocínio seguido pelo aplicador da norma seguindo os critérios da hermenêutica jurídica tradicional é silogístico, cuja norma é a premissa maior, o fato relevante a menor, e a conclusão é a sentença.

No novo paradigma interpretativo do Direito e do Privado, especificamente, como espécie de um gênero, há uma mudança quanto ao papel exercido tanto pela norma quanto pelo juiz, de modo que aquele passa a ser “a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato da norma. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente”.¹⁷ Já o papel do juiz, intérprete/aplicador dos textos jurídicos, “já não será apenas um papel de conhecimento técnico, voltado para revelar o sentido contido na norma. O juiz torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, ao lado do legislador, fazendo valorações próprias, atribuindo sentido a cláusulas abertas e realizando escolhas”.¹⁸

Enxerga-se aí, nessa mudança paradigmática, que ocorre a superação do positivismo jurídico por aquela corrente teórica do Direito a que se tem atribuído a alcunha de pós-positivismo.¹⁹ E mais: ainda que de modo inconsciente – se é que isso se mostra possível – a

¹⁵ Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.

¹⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 490.

¹⁷ BARROSO, Op. cit.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2005.

doutrina jus-hermeneuta tem acolhido, cada vez mais, as ideias da hermenêutica filosófica o que tem corroborado, de forma definitiva, para a superação e para a desconstrução dos dogmas iluministas e positivistas.

6. Conclusão

A superação dos métodos e técnicas da hermenêutica jurídica tradicional pela nova interpretação do Direito, em que todo o sistema é lido e relido a partir das lentes da Constituição e através de princípios da hermenêutica constitucional, não implica total irrelevância daqueles primeiros até porque ainda uma boa parte dos problemas jurídicos podem ser resolvidos por eles. Ocorre que uma outra boa parte não mais pode.

Uma importante preocupação que vem à luz depois de colocadas todas essas considerações à discussão é a seguinte: a superação a qual se referiu deu-se, por completo, (ainda) apenas no campo teórico, vale dizer, nas discussões acadêmicas e capitaneadas pela melhor doutrina. Na prática jurídica cotidiana, nos corredores forenses e nos gabinetes dos magistrados enxerga-se ainda uma relutância em se aderir aos novos paradigmas interpretativos, seja pelo desconhecimento deles – despreparo mesmo – seja pela insistência em se manter fiel aos velhos dogmas que se fizeram presentes durante toda a sua formação jurídica.

O fato é que diante da racionalidade histórica não podemos nos dar ao luxo de continuarmos presos ao passado enquanto os ares que respiramos já são do futuro. Se a força das ideias não for suficiente para mudar a direção dos ventos jurídicos nacionais – que insistem em seguir, embora cada vez em menor escala, as rotas do positivismo – a partir de algum ponto a força da história se mostrará insuportável, como sempre o fez, e se encarregará de fazer a mudança definitiva, através da “força bruta”, tendo falhado a razão. Espero que não seja assim, e creio que não será.

Referências bibliográficas

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*; prefácio de José Arnaldo da Fonseca. Edição Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. Mimeografado, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LOTUFO, Renato. *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1969, *apud* SALES, Gabrielle Bezerra. *Teoria da Norma Constitucional*. Barueri: Manole, 2004.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional na Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *Constitucionalização do Direito Civil*. Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, vol. 74, p. 753.

ROCHA, Alcimor Aguiar. *Fundamentos e formação histórica do direito do trabalho*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1975

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROCHA, Francisco Cesar Asfor. *Temas de Introdução ao Direito*. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1974.

ROCHA NETO, Alcimor Aguiar. *Direito Constitucional e Teoria Política: Temas Contemporâneos*. Fortaleza: Impreco, 2005

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Os Tribunais de Contas e o Controle dos Recursos Públicos em ano eleitoral

Maria Auxília Cavalcante Pinho

Especialista em Controle Externo.
Técnica em Controle Externo – TCE-CE.

Resumo: O presente trabalho enfoca o controle como poder de vigiar e corrigir condutas dos gestores públicos no processo eleitoral no Brasil, a impunidade e a ilegitimidade, além de propor critérios para escolher os ocupantes dos cargos nos Poderes Executivo e legislativo. Destaca-se a atuação do Tribunal de Contas de Pernambuco que, desde as eleições municipais de 2000, vem agindo adequadamente a cada eleição visando o controle dos gastos públicos, a orientação de caráter preventivo e a verificação do cumprimento da legislação para o alcance de resultados positivos. Observou-se que os cidadãos têm exigido transparência e responsabilização fiscal pelos órgãos controladores, a importância da interação dos Tribunais de Contas, Ministério Público e Justiça Eleitoral para a obtenção da eficiência e eficácia no combate à improbidade administrativa.

Os órgãos controladores e a sociedade brasileira não se dão conta da necessidade de controle dos recursos públicos em época eleitoral. Como os órgãos controladores podem contribuir para referido controle, com eficiência e eficácia? Os casos frequentes de corrupção e desmandos são evidentes na execução dos gastos públicos, necessitando-se, com urgência, de mudanças na atuação dos órgãos controladores. Os maiores especialistas do mundo em combate à corrupção afirmam que esse é um mal que não se acaba. O que se pode fazer? Criar controles? E o sentimento de impunidade que existe na sociedade brasileira? Atualmente no Brasil, a instituição com maior capacidade técnica para combater a corrupção no País são os Tribunais de Contas.

Os tribunais de contas e a Justiça Eleitoral exercem ação fundamental na condução dos casos em voga, mas não o suficiente para inibir abusos. A importância desse controle surge como forma de in-

centivar o gestor público a agir com eficiência e transparência na utilização dos recursos públicos em época eleitoral. A ampla disputa política diante das transformações sociais no final do século denota as fragilidades dos modelos de controle. As mudanças devem caminhar no sentido de ampliar e reaver cada vez mais a cidadania no Brasil.

Ressalvado o esforço desenvolvido pela Justiça Eleitoral para operacionalizar o processo eleitoral, o problema está nos órgãos controladores, os tribunais de contas, que, se omitindo de suas funções, costumam manter longa e serena distância desse panorama. Parece temerem algum comprometimento, o que favorece o agravamento do quadro caótico que desacredita o sistema judicial e de controle e reduz a fé do cidadão na própria democracia.

Como os tribunais de contas podem contribuir para o controle mais eficiente dos recursos públicos em época eleitoral? Hipoteticamente, se os tribunais de contas, em parceria com o Ministério Público e a Justiça Eleitoral, praticassem ações interativas e sistematizadas, atuando nos meses de agosto, setembro e outubro, otimizariam a eficácia alcançada mediante caráter preventivo, de orientação e controle, inibindo os possíveis desvios e, consequentemente, a má utilização dos recursos públicos nesse período.

Propor a criação de tipos de controles nas eleições, visando a maior transparência na utilização de recursos públicos, juntamente com a integração entre os órgãos controladores, no tocante ao estabelecimento de metas e diretrizes a partir de ações sistematizadas que valorizam a qualidade total no controle dos recursos públicos em época eleitoral.

Antonio Roque Citadini, ex-presidente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, ressaltou no informativo dessa Corte, várias ações que manifestam o fortalecimento da administração da cidade e da região, quer na fiscalização, considerando muito positivo para a democracia, quer na orientação e na capacitação aos servidores, quer na política de descentralização moderna e avançada aproxi-

mando a instituição da sociedade e dos gestores públicos. Tendo o Presidente dentre outras iniciativas a facilitação da participação da sociedade na gestão através do Projeto AUDESP – Auditoria Eletrônica dos Órgãos Públicos do Estado de São Paulo, seu novo instrumento de fiscalização, por meios eletrônicos, programado para ser utilizado no exercício de 2008, obrigatoriamente por todos os jurisdicionados, e destacou:

Este é um momento importante para o Tribunal de Contas, que marca uma nova etapa na sua atividade-fim que é a fiscalização”, observou que com o Projeto Audesp, a auditoria vai melhorar, modernizar-se, avançar e que todos ganharão, Tribunal e fiscalizados, em tempo, dinheiro e qualidade do trabalho.

Frisou, ainda que

O Tribunal não seria nada sem o seu quadro de funcionários. Eles é que dão a base para que a Corte faça o trabalho que vem fazendo. Sem eles o trabalho dos conselheiros, dos doutores, dos Phds...iria por terra (CITADINI, 2007, p.4).

Segundo Santana (2000, p.28), “o período eleitoral é dos mais intrincados se confrontando com a Administração Pública e a sua continuidade, especialmente porque a ordem jurídica vigente possibilita a reeleição dos chefes do Poder Executivo”. Mudar o poder trocando os chefes do Poder Executivo é necessário, quando se trata de regime político republicano com regras políticas e eleitorais fundadas na Lei Maior; e a sucessão de poder envolve tudo aquilo que se realizou, de bom e ruim, na respectiva Administração. É o caso das dívidas públicas que são transferidas para mandato seguinte.

A Administração Pública deve atuar com base nos princípios constitucionais tão bem preceituados na Constituição Federal (art. 37), tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publici-

dade e eficiência, a fim de evitar o abuso do poder econômico, a corrupção e a fraude, uma vez que tais assuntos tão evidenciados na conjuntura atual desprotegem a normalidade e a legitimidade das eleições. Ao administrador público cabe observar que ele não pode fazer nada sem uma lei que o permita, enquanto o administrador privado pode fazer tudo que a lei não proíba.

As normas que incidem sobre a espécie são em grande e variado número, pois colhem regras e princípios constitucionais (políticos e administrativos) para serem ajuntados às normas infraconstitucionais regentes das eleições e vinculantes da Administração Pública. As normas e princípios eleitorais inseridos na Carta Política, não desmerecendo, no particular, tudo aquilo que se relega a plano secundário mas de importância vital estão no preâmbulo da Constituição de 1988. A partir dali recupera-se o vigor dos princípios republicano e federativo, bem assim o valor da democracia, da cidadania e da soberania popular.

As normas constitucionais predominam de acordo com o ordenamento jurídico, justamente porque se originam do desejo imperante do povo, juntamente com o poder constituinte das instituições estatais, nascendo, aqui, a organização do sistema do direito, compondo subsistema normativo denominado Direito Eleitoral.

O direito de voto a todos os cidadãos produz os direitos políticos, bem como as normas constitucionais referentes aos partidos políticos e outros preceitos presentes em todo o Texto Maior.

Na Constituição Federal de 1988 (art. 22, I), criou-se a repartição das competências entre os entes federados, atribuindo-se apenas à União a competência para legislar sobre Direito Eleitoral. Ressalte-se que, ocorrendo alteração legal do processo eleitoral, esta entrará em vigor na publicação e somente se aplicará à eleição um ano após a sua vigência (art. 16).

De acordo com Santana (2000, p.31),

O ordenamento jurídico-eleitoral rege-se estruturalmente pelas mesmas regras que informam a organização do direito positivo, prevalecendo a norma de nível mais superior e sempre a de natureza constitucional, a revogação de uma norma por outra superveniente de mesma hierarquia, valendo os princípios gerais do direito como mecanismos de interpretação.

Parte daí a noção lógica da responsabilização do agente público, do detentor de parcela do poder do Estado. A Administração deve agir com obediência à ordem jurídica posta, com o que dá efetividade à mencionada legalidade e, de consequência, atende aos fins que justificam a sua existência. A necessidade de controle sobre tal atividade se mostra, por isso, evidente para consolidar o legal e fulminar o ilegal, o inoportuno ou ineficiente.

São palavras de Santana (2000, p.32):

Todo esse aparato legislativo eleitoral está intimamente ligado àqueles princípios magnos postos em relevo acima para permitir a normalidade e a legitimidade das eleições, propiciando-se nesta a igualdade entre os concorrentes e a liberdade do voto. E esse será o desafio a ser enfrentado: dar efetividade às regras que norteiam a Administração Pública e às regras eleitorais, a um só tempo. E esse desafio não é só do Administrador. É de toda a sociedade.

O controle é o poder de vigilância, fiscalização, orientação e correção de condutas da Administração Pública, por parte dos órgãos competentes do Estado que são os Poderes Legislativo, Judiciário e o próprio Executivo, dos cidadãos e grupos sociais, nas diversas esferas de Governo e administração.

Corroborando essa ideia, Di Pietro (1998, p.478) assinala: “*O poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos poderes*

Judiciário, Legislativo e o Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico.”

Todas as atribuições constitucionais previstas na Lei Fundamental para a Administração Pública sujeitam-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário. Este controle deve alcançar não só a correção dos atos ilegais, mas também dos atos ilegítimos (ineficazes, não econômicos).

Além dos controles tradicionais (jurisdicional, administrativo e legislativo), os órgãos controladores questionam e investem na opinião popular como mecanismo de reestruturação e mudança para a transparência da Administração Pública, que é o controle social. Em alguns trabalhos recentemente escritos como os de (DI PIETRO, 1998; BRESSER PEREIRA, 1998), pode-se notar que a expressão controle social se refere à possibilidade de atuação dos grupos sociais (sociedade civil) por meio de qualquer uma das vias de participação democrática no controle das ações do Estado e dos gestores públicos.

A Constituição do Estado do Ceará estabelece:

Art. 11. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato de classe é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado ou Tribunal de Contas dos Municípios, exigir-lhes completa apuração e devida aplicação das sanções legais aos responsáveis, ficando a autoridade que receber a denúncia ou requerimento de providências obrigada a manifestar-se sobre a matéria.

Cabe aqui sugerir, aos órgãos de controle, aprimorar o processo democrático, estabelecer diretrizes de ação que valorizem os postulados fundamentais do controle com base em critérios transparentes e objetivos. Denota-se, nos últimos quatro anos, mudanças na

forma de fiscalização dos Tribunais de Contas do Brasil, mecanismos como:

1. Portal e Rede dos Tribunais de Contas integram componentes do Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, Distrito Federal e Municípios Brasileiros – PRO-MOEX, sendo aos poucos implantado pelo Tribunal de Contas, disponibilizando na internet boa parte de processos de forma didática e de fácil acesso. Podendo o cidadão tirar suas dúvidas sobre possíveis irregularidades da gestão pública, bem como denunciar irregularidades em seu município.

2. Ação inédita realizada pelo Ministério Público Estadual do Ceará e o Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) montaram uma força-tarefa para combater a dilapidação do patrimônio público nas cidades onde os atuais prefeitos foram derrotados em outubro de 2008. A força-tarefa apresentou resultados como afastamentos dos cargos de dois prefeitos, um vice e três gestores municipais, por determinação da Justiça. Em todos os casos, a acusação é de improbidade administrativa. Diante da impossibilidade material e física de inspecionar os 184 municípios cearenses até o final do ano de 2008, elegeram como foco principal os 53 municípios onde os prefeitos não se reelegeram ou não fizeram seu sucessor. Extraíram uma matriz que consideraram de alto risco: foram 14 cidades onde o atual prefeito, além de ter sido derrotado, estava há meses sem prestar contas ao TCM. Numa ação chamada de Operação Antidesmonte. Nesta operação foi observado que as dívidas eram maiores do que à disponibilidade de caixa, e as irregularidades mais frequentes são o desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, inexistência de licitação, concorrência dirigida ou a desativação do Programa Saúde da Família.

O valor do prejuízo nos cofres públicos não foi estimado pelo MP e o TCM, pois não foram encontrados documentos contábeis como notas fiscais, de empenho e comprovantes de pagamento. A papelada e até computadores simplesmente desapareceram.

Outro mecanismo de mudança no combate à corrupção, a força-tarefa criada no final de 2008 pela PGU (Procuradoria-Geral da União), com o objetivo de recuperar dinheiro desviado dos cofres públicos em irregularidades, que resultou em aproximadamente 372 ações judiciais, podendo chegar a 400 processos e numa arrecadação de mais de R\$ 97 milhões, que atualizados a União deverá receber mais de R\$ 200 milhões.

Desta forma, os referidos órgãos estarão buscando a eficiência e a qualidade total, utilizando critérios objetivos de planejamento.

Evidencia-se o fato de que os tribunais de contas e a Justiça Eleitoral, ao corrigirem seus procedimentos, poderão contribuir de forma revolucionária na realização deste processo democrático.

As contas de candidatos a cargos públicos deveriam ser analisadas na íntegra, cobrindo os quatro exercícios que antecedem o pleito. Devem ser estabelecidas e praticadas, dentre os quais reputação ilibada, honestidade, experiência em gestão de recursos públicos, prestação de contas com a comunidade diante das promessas de campanha (no caso de reeleição), fatos que aqui se registram como mera sugestão, aliás, no âmbito do que deve ser natural quando se trata de cidadãos.

Consoante se vê na atual Carta Política, as cortes de contas foram alçadas a um plano de maior importância para a moralização da Administração Pública brasileira, ex vi do disposto nos artigos 31 e 70 a 75, constantes de todo um embasamento e respaldo a ser utilizado pelos tribunais de contas para execução de sua competência.

Ao ressaltar o artigo 71, II, que trata da competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros e valores públicos, aos que derem causa a extravio, perda ou outra irregularidade que resulte prejuízo ao Erário, o Tribunal de Contas apenas emite parecer prévio sobre as contas do Executivo, as quais passarão depois pela análise do Poder Legislativo.

As eleições representam momento significativo para o exercício da cidadania. É a sociedade que definirá os executores e condutores da estrutura política, em especial a socioeconômica. Juntamente com as instituições que contribuem para a aplicação e cumprimento do Direito Eleitoral, o Ministério Público e a sociedade civil procuram combater o crime eleitoral, debatendo com as instituições a legislação, os elementos, as circunstâncias e os valores que definem o contexto em que transcorrerão as eleições.

Em época de eleições são promovidos seminários visando à discussão de questões legais e também morais do processo eleitoral, e as experiências e possibilidades de atuação no combate à corrupção eleitoral, uma das maiores responsáveis pelo empobrecimento do exercício da cidadania.

Em ano de eleições, o festival de propaganda com dinheiro público é sempre impressionante. Verdadeiras fortunas, que poderiam ser empregadas na erradicação da miséria, são postas a serviço da vaidade pessoal e da promoção de candidatos e de campanhas feitas à custa daqueles que acordam de madrugada para manter viva a economia do País. Para mudar este quadro, em primeiro lugar é preciso que cada cidadão, na sua vida cotidiana, atue de forma limpa, pensando nos outros, alertando todos que pudermos para os males da corrupção e a verdadeira função do político, trabalhando para que sejam eleitas pessoas dignas de exercer mandatos políticos, denunciando toda improbidade que chegue ao nosso conhecimento, pois quanto mais pública for a política, mais ela coíbe a corrupção, que é o câncer da política brasileira.

Em matéria de exemplo, nossos representantes no Legislativo deixam muito a desejar. Ao contrário do que é exigido de qualquer aspirante à emprego público, políticos não precisam ter a ficha limpa para ter a candidatura aceita (Nada consta). São candidatos que se elegem respondendo processo por tráfico de drogas, inquérito, lesão corporal, falsificação de documentos e falsidade ideológica, ou por envolvimento em compra de votos; também respondem a processos

na área cível de execução fiscal por dívidas junto à Fazenda Nacional.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se manifesta amiúde a favor da criação de mecanismos para impedir que criminosos tentem a carreira política em busca de imunidade e foro privilegiado, como, por exemplo, a proposta de emenda constitucional no Congresso para mudar a legislação.

O Tribunal trabalha pelo sucesso da Administração Pública, alertando os agentes políticos sobre os cuidados que devem ter com quem “vende facilidades” do Tribunal, alegando bom relacionamento e influência junto aos técnicos e conselheiros.

Os sistemas de controle deverão ser capazes de fiscalizar a direção da atividade administrativa para que ocorra conforme as normas, pois, quando do descumprimento desta norma, quem lhe der causa será chamado a responder pelos seus atos, podendo sofrer as sanções inseridas na própria Lei Complementar nº 101/2000 e em outros diplomas legais, consoante dispõe o art. 73 da mencionada norma.

O princípio da supremacia do interesse público, geralmente identificado com o princípio da finalidade pública, está presente tanto no ato da elaboração da lei como no ato da sua execução pela Administração. Se o administrador violar a supremacia do interesse público, a isonomia, a moralidade e a impessoalidade, haverá desvio de poder ou inclinação de finalidade tornando o ato ilegal, prevalecendo o interesse individual sobre o proveito público.

Sugere Fernandes (1998, p. 19-20) “que os Tribunais de Contas e a Justiça Eleitoral corrijam imediatamente procedimentos, contribuindo para postura evolutiva do processo eleitoral”, e exige do Ministério Público Eleitoral e do Ministério Público que atua junto aos tribunais de contas a adoção de posicionamentos, tais como:

- a promoção pessoal viola a legislação eleitoral, ao mesmo tempo em que efetiva despesas públicas; a despesa que viola a lei, ou que simplesmente por essa não está amparada é ilegal;
- a promoção pessoal, como o uso irregular de verbas públicas com a conseqüente rejeição das contas públicas podem ensejar a inelegibilidade;
- a necessidade de integração das informações e dados coligidos em processos, pois nesse caso específico a violação do direito acarreta crime eleitoral e o dever de ressarcir o erário;
- deve o Ministério Público eleitoral requisitar informações aos TC's, do mesmo modo que o Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas deve requisitar informações ao Ministério Público ou à Justiça Eleitoral, iniciando cada um em sua respectiva esfera de competência as ações pertinentes;
- os contratos de publicidade e propaganda mantidos pelo Governo devem merecer redobrada atenção por parte dos Inspectores dos Tribunais de Contas, pois se prestam, mais facilmente ao desvio de finalidade.

O administrador que tiver as contas rejeitadas pelo Tribunal de Contas é incluído na lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral, além de ser-lhe aplicada a pena de multa. A Justiça Eleitoral formula juízo de valor a respeito das irregularidades, configurando ou não inelegibilidade.

A Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, com base na Lei Maior, estabelece:

Art. 1º. São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas decisão do órgão competente, salvo se, a questão houver

sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da decisão;
(...).

Sendo a decisão pela irregularidade apenas um dos elementos da inelegibilidade, é necessário que o Tribunal de Contas delibere ser a irregularidade insanável, ou, quando da impugnação da candidatura, a Justiça Eleitoral, levando em conta o relatório e voto acolhido pelas cortes de contas, decida se a irregularidade é insanável ou não.

Numa entrevista realizada pela L & C – Revista de Administração Pública e Política, ao Ministro Carlos Velloso (2006, p.9), relatou sobre as principais propostas de modificações na legislação eleitoral visando rever os delitos eleitorais e aprimorar o sistema de prestações de contas pelos candidatos a mandatos eletivos e partidos políticos. Sugestões de mudanças na Lei Complementar nº 64/90, que parece não mais atender a realidade social, como propor que o cidadão condenado no segundo grau, vale dizer, pelos Tribunais de Justiça Tribunais Regionais Federais e Eleitorais, não poderá obter registro. É que a partir daí, não há exame da matéria de fato. Bem como, ampliar os critérios que tornam inelegíveis os candidatos a cargos públicos.

O Tribunal de Contas de Pernambuco criou, a partir do exercício de 2000, um modelo de controle de recursos públicos em época de eleição que a cada pleito aprimora perspectivas. Este controle surgiu em função do crescente aumento de denúncias e escândalos com relação ao irregular uso do dinheiro do povo e à cobrança da sociedade quanto à fiscalização neste período.

Foi assim que aquela corte sentiu a necessidade de estruturar procedimentos de fiscalização iniciando o que chamaram de “Operações Eleições”, como forma de atuar de maneira preventiva no controle dos gastos públicos. As perspectivas são verificadas para cada período eleitoral, pois os cenários são diferentes para cada

eleição, seja a situação de desemprego, violência, pobreza, enfim, desigualdades sociais.

Como resultado da atuação do TCE de Pernambuco durante a “Operação Eleições”, nas eleições de 2008, foram realizadas apreensões de computadores com conteúdo de campanha, contendo arquivos e pastas com material eleitoral bem como evidências da utilização da máquina administrativa em campanha eleitoral.

Assim, a experiência da fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas de Pernambuco demonstra bons resultados, evitando desvios de recursos e a utilização da máquina administrativa para fins eleitorais, além de ser elemento inibidor para o ente fiscalizado.

É fundamental que os tribunais de contas atuem nas eleições municipais, de forma preventiva e concomitantemente, evitando desvios de recursos sem finalidade pública, inibindo o órgão fiscalizado quanto à utilização da máquina administrativa para fins eleitorais.

Reaver a cidadania, orientar e controlar deve ser o papel principal dos tribunais de contas como órgãos fiscalizadores. É necessário que as cortes da espécie no País enfrentem severamente a reforma do sistema que produz as distorções. Que estes tribunais procurem seguir a linha da Corte de Pernambuco, há pouco mencionada como modelo executor de controle em época de eleição, período tão carente de cuidados com os gastos públicos.

Manifesta-se, neste espaço, a expectativa de que, com o Programa de Modernização dos Tribunais, Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados e Municípios (PRO-MOEX), seja efetivada o aprimoramento das atividades com o incremento no fluxo de informações mais transparentes, levando divulgação ampla à população sobre os maus gestores, a fim de que possa ser eliminada a possibilidade de reeleição de agente improbo.

O Promoex, segundo Carlos Pinna (2007, p. 2), é uma grande solução do País para a área de controle externo dos gastos públicos: *“Sem exagero, é possível afirmar que com as melhorias a serem implantadas pelo Promoex, o sistema de controle externo brasileiro será comparado aos melhores do mundo.”*

Há necessidade de integração dos órgãos de controle interno e externo (tribunais de contas), Ministério Público, Justiça Eleitoral, OAB e Poder Judiciário, visando a assegurar o desenvolvimento do processo eleitoral sem o uso da máquina administrativa ou desvio de recursos públicos. Que juntos, em parceria, trabalharemos por mudanças na legislação, muitas vezes omissa e ineficaz.

Há necessidade de transparência nas contas públicas e de conduta adequada dos agentes públicos, os quais deverão observar sempre os princípios jurídicos e éticos aplicáveis à Administração, para alcançar os melhores resultados na gestão dos recursos postos sob sua responsabilidade.

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

_____. Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965. *Código Eleitoral*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em 10 out. 2004.

_____. Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Regimento geral das eleições*. Diário Oficial [da União], 15 out. 1997.

_____. Lei Complementar n° 101, de 04 de maio de 2000. *Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados/Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações, 2000.

._____. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Dispõe sobre os casos de inelegibilidade, prazos cessação e determina outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília: DF, p. 009591.

CITADINI, Antônio Roque. *Informativo do TCE. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 64, p.2-4, nov/dez. 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O controle da administração pública em ano eleitoral. *Revista do Tribunal de Contas da União*. Brasília, v. 29, n. 77, p.15-26, jul./set. 1998.

SANTANA, Jair Eduardo. *Apontamentos sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal. Administração pública em ano eleitoral*. IN: CAS-TRO, Flávio Régis Xavier M. (coord.). Belo Horizonte: Del Rey/Atricon, p.28 32, jul. 2000.

VELLOSO, Carlos Mário. L & C – *Revista de Administração Pública e Política*, n.91, p. 8-9, jan/2006.

ASSIS, Carlos Pinna de. *Informativo do TCE. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, n. 48, p.1-2, jun/jul. 2007.

A Fonte de custeio das agências reguladoras

Ana Paula de Oliveira Gomes

Professora, Especialista - Centro de Ciências Administrativas
da Universidade de Fortaleza.

Resumo: Em tese, a missão institucional das agências reguladoras é cumprir as políticas determinadas pelo Estado, harmonizando os interesses dos agentes envolvidos em prol do bem comum. Para tanto, necessitam de autonomia, o que “legitima” arrecadação da taxa de regulação obtida diretamente dos prestadores de serviço. A matéria apresenta entendimentos divergentes quanto à natureza dessa taxa, o que justifica a relevância do enfrentamento da questão. Objetivo geral: analisar juridicamente essa receita pública a partir do modelo regulatório brasileiro. A pesquisa desenvolve estudo bibliográfico, eminentemente lógico-descritivo.

Palavras-chave: Brasil; Taxa regulatória; Natureza contratual.

1. Introdução

A reforma administrativa brasileira, realizada na década de 1990, levou a uma redefinição do papel governamental – de provedor, a orientador de políticas setoriais.

A Reforma do Estado efetuada no Brasil nos últimos anos tem como uma de suas finalidades a reestruturação do papel do Estado, com a consequente diminuição da atuação direta do Estado na realização de atividade econômica em sentido estrito e o aumento do grau de participação dos particulares na economia, através de mecanismos como a desregulamentação, desestatização ou desmonopolização de atividades e técnicas de delegação, colaboração e gestão privada. (CUÉLLAR, 2001, p. 143).

O novo cenário implicou a flexibilização dos monopólios estatais nacionais para facilitar o ingresso de capital estrangeiro interessado em explorar setores econômicos rentáveis, a exemplo dos serviços de telecomunicações e energia.

A necessidade de criar um ambiente adequado à captação de recursos privados constituiu a motivação fundamental para o desenho institucional das agências reguladoras brasileiras. Nesse contexto, previsibilidade e estabilidade das regras incentivariam o aporte de capitais. Teoricamente, então, a missão precípua das agências reguladoras seria

- cumprir as políticas determinadas pelo Estado;
- harmonizar os interesses dos agentes envolvidos (consumidores e delegatários) em prol, supostamente, do bem comum.

A denominação agência reguladora foi inspirada notadamente no direito norte-americano, berço de sua criação, com a instituição, em 1887, da *Interstate Commerce Commission* – parâmetro para o surgimento de órgãos reguladores em outros países.

Sobre o tema, a citada estudiosa destaca “[...] é importante acentuar a multiplicidade e heterogeneidade das agências norte-americanas, eis que, em princípio, por exemplo, cada agência possui um modelo estrutural próprio” (Cuéllar, 2001, p. 68).

Ressalte-se que, no modelo americano, as agências reguladoras exercem os poderes normativos e decisórios que lhes foram delegados pelo Congresso.

No entanto, a doutrina também leciona que nem todas as agências americanas possuem caráter regulador. Existem entidades encarregadas eminentemente de benefícios sociais.

No Brasil, o modelo foi implantado a partir do Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC). Não obstante, até o presente momento, inexistente parâmetro legal que defina os limites de atuação das agências reguladoras. Na prática, as agências são criadas por normas pontuais. Di Pietro (2002, p. 141) destaca: “[...] a instituição dessas agências vem obedecendo mais ou menos ao mesmo padrão, o que

não impede que outros modelos sejam idealizados posteriormente”

O texto constitucional, por seu turno, não faz menção ao termo agência reguladora, mas a órgão regulador, conforme se observa com a leitura do inciso XI, do art. 21, c/c inciso III, do § 2º, do art. 177 (matrizes constitucionais, respectivamente, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – e da Agência Nacional do Petróleo – ANP).

Compreendidas as “raízes” da regulação no Brasil, é relevante destacar a temática atinente à sua autonomia: a taxa de regulação. Alguns estudiosos defendem a tese de que tal arrecadação possui natureza contratual, já que, normalmente, é pactuada mediante contrato de permissão ou de concessão. Assim, há imediata repercussão no cálculo tarifário.

Para outros doutrinadores, muito embora a cobrança decorra de obrigação contratual, sua natureza jurídica é de uma taxa tributária, já que a regulação desencadeia atividades de polícia, o que justificaria a exação.

Nesse contexto, erige a questão orientadora do estudo: de acordo com o ordenamento jurídico vigente no Brasil, as taxas regulatórias teriam natureza contratual ou tributária?

Objetivo da pesquisa: analisar a essência jurídica da taxa de regulação, a partir da compreensão do modelo regulatório brasileiro.

2. Metodologia

A pesquisa começou a ser desenvolvida em 2006, a partir da observação de que a definição de tarifas constitui elemento crítico dos processos regulatórios.

Os preços administrados pelo Poder Público remuneram serviços pouco sensíveis às condições de oferta e demanda, sendo a maioria deles considerados essenciais no orçamento familiar e no

custo de todos os setores produtivos.

Segundo Turolla (2007, p.95), “as tarifas são o instrumento preferencial à disposição dos reguladores para a obtenção de eficiência no uso dos recursos e de outros objetivos da regulação”.

Nesse contexto, erige o problema da taxa regulatória, Embutida no contrato de concessão e, por decorrência, nas tarifas cobradas dos usuários.

Aspectos metodológicos da pesquisa:

a) quanto à classificação: bibliográfico-aplicada. Estudo sistematizado a partir da leitura da legislação e de material publicado em livros, sítios governamentais, periódicos jurídico-econômicos e artigos técnicos. Portanto, o assunto foi examinado em tese, mediante o estudo das disposições constitucionais, legais e entendimentos doutrinários aplicáveis à espécie;

b) quanto à abordagem do problema: qualitativo-descritiva. Trabalhou-se eminentemente com estabelecimento de relações a propósito da questão orientadora do estudo, tudo no intuito de analisar detalhadamente o tema em foco.

Definidos os aspectos metodológicos, eis as etapas desenvolvidas na pesquisa:

- determinação do tema;
- identificação e delimitação do problema a ser pesquisado;
- problematização;
- definição dos objetivos de acordo com a metodologia utilizada;
- "mapeamento" do conteúdo;

- leitura do material;
- interpretação;
- síntese.

3. Atividade regulatória representaria exercício do poder de polícia?

Compreende-se por poder de polícia a faculdade de que a Administração Pública dispõe para condicionar ou restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado. De acordo com MELLO (2000, p.675),

[...] pode-se definir a polícia administrativa como *a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.* Obs.: itálicos no original.

O Estado, então, observados os ditames constitucionais, expedir regras (legais e infralegais) com o objetivo de disciplinar o exercício dos direitos atinentes à liberdade e à propriedade. O Código Tributário Nacional (CTN) define poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à

higiene, à ordem, aos costumes, à **disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público**, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. Obs.: negritou-se.

No Brasil, ressalte-se, o poder de polícia deve ser exercitado, num primeiro momento, por meio de lei, editada pela pessoa política que, nos termos da Constituição, detenha a competência administrativa para ordenar e restringir direitos e liberdades individuais em prol do interesse público.

Só depois de vigente essa lei, (e com apoio nela) é que a Administração Pública poderá editar regulamentos que disciplinarão abstratamente determinada conduta e atos administrativos de efeitos concretos.

Compreendida a exata noção do poder de polícia estatal, passar-se-á a detalhar as atribuições englobadas pela regulação:

Dentre as atribuições desempenhadas pelas agências, é possível destacar as seguintes: regulação de determinado feixe de atividades, através da positivação de regras ou da aplicação de regras preexistentes; outorga do exercício de atividades a terceiros (mediante licitação e contratos); fiscalização dos contratos administrativos e da execução dos serviços cuja prestação foi outorgada a terceiros ou de atividades econômicas em sentido estrito; aplicação de sanções

àqueles que descumprirem as normas relativas aos serviços ou atividades econômicas; exercício de papel de ouvidor de reclamações e denúncias de usuários ou consumidores, efetuando, inclusive, arbitragem de conflitos (CUÉLLAR, 2001, pp. 143, 144).

Portanto, a atividade regulatória envolve:

- a) edição de atos normativos;
- b) solução de conflitos administrativos decorrentes da aplicação das normas disciplinadoras do setor;
- c) fiscalização do cumprimento da legislação pertinente ao objeto regulado;
- d) aplicação de sanções aos infratores;
- e) definição de reajustes ou revisões tarifárias;
- f) edição de atos administrativos compelindo o delegatário à observância dos preceitos legais.

Resta, destarte, demonstrado que atividade regulatória representa exercício regular de poder de polícia, no tocante à “conciliação” dos seguintes interesses: prestação dos serviços aos consumidores a uma tarifa módica e de modo adequado X obtenção de lucro pelo operador do serviço público delegado.

4. O custeio das agências

Comprovado o exercício do poder de polícia pelas agências reguladoras, é imprescindível estudar a natureza jurídica das taxas regulatórias.

Autonomia administrativo-financeira, independência, técni-

dade e transparência constituem pressupostos básicos da regulação. No tocante à autonomia financeira, esta ocorre por meio de transferência patrimonial à agência - pela lei que a instituiu - e pela previsão de diversas fontes de recursos:

No que tange à autonomia financeira dos entes reguladores, observa-se que o legislador buscou proporcionar-lhes, além das dotações orçamentárias gerais, outras fontes de receitas próprias, como os recursos oriundos de (a) arrecadação de taxas de fiscalização sobre os serviços ou atividades econômicas regulados, (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros, (c) rendimento de operações financeiras, (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhes forem destinados, (f) valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis ou imóveis de propriedade das agências (CUÉLLAR, 2001, p. 94).

Erige, então, a lógica de uma suposta taxa contratual, devida pelo delegatário diretamente à agência competente, com base no proveito financeiro gerado pela atividade, sob alegação de serem evitadas interferências políticas na regulação do serviço:

[...] capacidade da agência de fazer frente ao seu orçamento e obter pessoal sem depender de transferências ou nomeações controladas pelo processo político. A falta de autonomia pode comprometer a independência, na medida em que expõe o regulador à discricionariedade na liberação de verbas e composição do seu quadro (TUROLA, 2007, p. 96).

Em tese, as agências não dependeriam de recursos provenientes dos cofres públicos, o que também minimizaria custo. Outra finalidade dessa taxa contratual, embutida no contrato de concessão, seria garantir o equilíbrio econômico-financeiro da delegação (muito

embora onerando as tarifas cobradas dos consumidores).

De acordo com Rosane Heineck Schmitt, Auditora do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul (parecer 66/2000), agência reguladora não exerceria poder de polícia, mas fiscalização do cumprimento do contrato de concessão:

[...] o contratado - concessionário - tem o dever, por previsão contratual, de custear as despesas para esta fiscalização e controle dos serviços executados, o que o faz mediante pagamento àquelas agências da '*taxa de regulação*' ou '*taxa de fiscalização dos serviços públicos*' que **não é devida pelo exercício do poder de polícia nem em função de um serviço público prestado pelo Estado às concessionárias, o que configuraria o tributo** [...].

É certo que este não é um entendimento pacífico, ou seja, de que realmente não teria caráter tributário a *taxa de regulação* cobrada pelas agências reguladoras". Obs.: negritos no original.

Não obstante, há quem conteste o citado argumento: “as pessoas políticas, no Brasil, podem criar taxas de serviço e taxas de polícia. Outras modalidades de taxas, encontráveis no Direito Comparado, são inconstitucionais em nosso país” (Carrazza, 2006, p. 511).

Para o eminente tributarista, na medida em que a Constituição Federal autorizou às pessoas políticas a instituir taxas de serviço e de polícia, implicitamente, proibiu-as de “inovar” com a criação de outras modalidades de taxas.

5. Conclusão

Conforme demonstrado na pesquisa, por intermédio das agências reguladoras, o governo utiliza o seu poder de coerção para impactar o processo decisório dos delegatários em um ambiente econômico caracterizado pela existência de um poder de mercado signifi-

cativo. Trata-se, pois, de controle social direto dos monopólios. As agências

- fiscalizam o serviço delegado;
- monitoram o acesso aos mercados, observando a continuidade da prestação dos serviços públicos e a sua universalização;
- disciplinam as atividades delegadas;
- restringem a liberdade empresarial em prol do interesse público;
- definem estruturas de custos;
- fixam tarifas, atendendo ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- fomentam a competição, quando possível;
- arbitram conflitos entre os diversos atores envolvidos.

Tudo isso implica interferência no domínio econômico (disciplina da produção e do mercado). Claramente, as agências reguladoras brasileiras atuam no campo do acompanhamento das políticas públicas definidas pelo Estado mediante atos normativos, executivos e “parajudiciais”.

O custeio de suas atividades, tipicamente de polícia, deverá ser efetivado - nos termos do art. 145, II, da Lei Maior - por taxas tributárias e não indiretamente via tarifas cobradas dos usuários dos serviços públicos delegados.

Para que a cobrança ocorra validamente, então se faz necessário que sejam editadas duas leis:

- a) uma regulando o exercício do poder de polícia;

b) outra qualificando a hipótese de incidência tributária.

A taxa de regulação há que ter relação imediata (equivalência) com o custo efetivo das atividades de polícia, que, por seu turno, devem ser efetivas. Deve, pois, existir um nexó causal que harmonize o montante do tributo requerido em face da atuação da entidade reguladora.

A exação deve atender aos princípios da economicidade e da neutralidade, já que os tributos não devem interferir na alocação dos recursos econômicos. Há que observar também aos princípios da anterioridade, da “noventena” e da legalidade estrita para sua instituição e majoração.

Não é possível, portanto, adotar como parâmetro o valor da atividade econômica exercida pelo contribuinte, ou seja, a receita auferida pelo regulado. Acresça-se que, sempre que for estabelecida taxa regulatória cuja base de cálculo mensure a produção, renda ou patrimônio do contribuinte, estar-se-á diante de um imposto “disfarçado” e de uma flagrante inconstitucionalidade (afronta ao § 2º, do art. 145 da Carta Magna). Tal base de cálculo é típica de impostos e imprópria para fixação de taxa. Implicação: repetição de indébito.

Pelo exposto, a taxa contratual afronta a teoria jurídico-tributária e, principalmente, a Constituição Federal. Parece claro que a sua essência é subsidiar as despesas genéricas da entidade (não necessariamente o poder de polícia que a justifica). Pela lógica da retributividade, a taxa regulatória deveria ser instituída como tributo fixo, haja vista ser possível, *a priori*, orçar o custo da atividade estatal de polícia.

Conclusão: a taxa de regulação possui natureza tributária e não contratual.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] de 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 24. mar.2009.

_____. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o sistema tributário nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, estados e municípios. Publicada no Diário Oficial da União [Brasil] de 27 de outubro de 1966 e retificada no Diário Oficial da União [Brasil] de 31 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em 24. mar.2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. São Paulo: Malheiros, 2006. 1041p.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. 159p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. São Paulo: Atlas, 2002, 395p.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000. 845p.

RIO GRANDE DO SUL. Parecer 66/2000. Porto Alegre, Tribunal de Contas. Disponível em <http://www.tce.rs.gov.br/Pareceres/ASC/Pareceres_de_2000/pdf/P066-00.pdf> Acesso em 27. abr.2006.

TUROLLA, Frederico Araujo. Participação social na definição de tarifas. *Revista de Regulação*, Fortaleza, 2007.

Deveres Fundamentais: Conceito, Estrutura e Regime

Michel André Bezerra Lima Gradvohl

Bacharel em Direito, Engenheiro Civil.

MBA Gestão Empresarial.

Especializando em Direito Constitucional.

Auditor Fiscal SEFAZ/CE.

Resumo: A temática dos deveres fundamentais, apesar de ser uma das menos desenvolvidas pela doutrina constitucional nacional e alienígena, tem relevância ímpar em razão de, juntamente com os direitos fundamentais, compor a (sub)constituição do indivíduo, entendido como um ser livre e responsável pelos demais componentes da sociedade e pela estrutura criada para melhor desenvolvê-la, o Estado. Sendo uma categoria jurídico-constitucional autônoma, os deveres fundamentais experimentam uma evolução histórica semelhante à dos direitos fundamentais. Os deveres de conteúdo cívico-político são relacionados ao Estado liberal, enquanto os de caráter social, econômico e cultural, mais ligados aos direitos fundamentais, são tidos como vinculados ao Estado Social. Obedecendo ao princípio da tipicidade constitucional, explícita ou implícita, os deveres fundamentais dirigem-se primordialmente ao legislador a quem cabe, regra geral, concretizá-los. A eles é aplicável o regime geral do estatuto do indivíduo, erroneamente entendido como sendo apenas dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Deveres fundamentais; Direitos fundamentais; Estado; Sociedade.

1. Introdução

O tema a ser desenvolvido neste trabalho – com o intuito de apenas trazê-lo a luz para incentivar o debate, sem a menor pretensão de esgotá-lo – é dos menos abordados na doutrina constitucionalista. Para a professora catarinense Ruschel (2007, p. 244), “o estudo dos deveres *latu sensu*, ainda, faz-se relevante por haver pouquíssima bibliografia nacional sobre o assunto”. Contudo, sua importância é imensa para a plena compreensão da posição a ser ocupada pelos indivíduos nas sociedades políticas modernas, onde não se pode deixar de considerar sempre o binômio liberdade-responsabilidade.

Nabais (2000, p. 11) afirma compreender que “[...] a outra face, a face oculta da liberdade e dos direitos, que o mesmo é dizer da

responsabilidade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica”. Mais adiante (2000, p. 12), contudo, ressalta a relevância do tema tendo que

[...] tanto os direitos como os deveres fundamentais integram o estatuto constitucional do indivíduo, ou melhor, da pessoa. Um estatuto que assim tem duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar que a pessoa humana deve ter na constituição do indivíduo, constituição que, como é bom de ver, deve estar em primeiro lugar.

Por sua vez, Oliveira e Oliveira (2002, p. 914) informam a importância dos deveres fundamentais para a sobrevivência das sociedades políticas atuais:

O Estado moderno está necessariamente ancorado em deveres fundamentais (defesa da pátria, sufrágio universal, participação política, subscrever um sistema de segurança, etc.), que são justamente os custos para a existência e funcionamento de uma comunidade organizada.

A existência dos deveres fundamentais é indiscutível. Nesse sentido, Dallari (2009, *on line*) expressa que há, no mínimo, o dever fundamental de exercer os direitos da cidadania, como imperativo para a vida em sociedade:

[...] é importante assinalar que os direitos da cidadania são, ao mesmo tempo, deveres. Pode parecer estranho dizer que uma pessoa tem o dever de exercer os seus direitos, porque isso dá a impressão de que tais direitos são convertidos em obrigações. Mas a natureza associativa da pessoa humana, a solidariedade característica da humanidade, a fraqueza dos indivíduos isolados quando devem enfrentar o Estado ou grupos so-

ciais poderosos são fatores que tornam necessária a participação de todos nas atividades sociais. Acrescente-se a isso a impossibilidade de viver democraticamente se os membros da sociedade não externarem suas opiniões e vontade. Tudo isso torna imprescindível que os cidadãos exerçam seus direitos de cidadania.

Pelas apresentadas implicações dos deveres fundamentais tem-se por necessário bem entender o conceito, a estrutura e o regime dos deveres fundamentais, aqui apresentados de maneira sucinta.

2. O tema dos deveres fundamentais

2.1. O esquecimento dos deveres

Como já se ressaltou, o tema dos deveres fundamentais tem sido relegado, a segundo plano frente aos direitos fundamentais, situação que se verifica tanto no Brasil como na Europa, na doutrina e nos próprios textos constitucionais. Enquanto Chulvi (2001, p. 31) adverte para a pouca atenção que a doutrina defere aos deveres fundamentais, Nabais (2004, p. 22-23) informa que se pode verificar em várias Constituições que “não obstante referirem os deveres ao lado dos direitos fundamentais na própria epígrafe a que subordinam a parte [...] da (sub)constituição do indivíduo, [...] estão longe de dedicarem aos deveres fundamentais um tratamento minimamente comparável ao dispensado aos direitos fundamentais”.

Enquanto Canotilho (2003, p. 532), referindo-se à Constituição Portuguesa, informa que a mesma “[...] não consagra um catálogo de deveres fundamentais à semelhança dos direitos fundamentais”, percebe-se na atual Constituição Brasileira o mesmo fenômeno, pois, apesar dessa consagrar, por exemplo, os deveres fundamentais de dar à propriedade uma função social, de prestar serviço militar, da família prover a educação de seus membros (em colaboração com o Estado e a comunidade) e de preservar o meio ambiente, não há que se comparar, ao menos quantitativamente, com os direitos

fundamentais elencados, não exaustivamente, nos setenta e oito incisos do artigo 5º, nos trinta e quatro do artigo 7º e ainda no artigo 8º.

Para Chulvi (2001, p. 31) o desinteresse doutrinário pelos deveres fundamentais pode derivar do fato de “[...] eles serem considerados o reverso do direito subjetivo, constituindo, assim, uma imagem negativa da mesma realidade” e de “os direitos carecerem ser afirmados constantemente, na medida em que estão permanentemente sob a possibilidade de serem desconhecidos ou violados, enquanto os deveres, dada a sua condição de decorrerem de potestades públicas, prescindem da específica afirmação”.

No entendimento de Nabais (2004, p. 15-16) várias são as justificativas para tal carência no desenvolvimento teórico das chamadas “situações jurídicas passivas”: 1) em face da constante tensão entre o poder (dominação) e o direito (limitação do poder), na concepção do estado de direito deu-se predominância à luta pelo direito; 2) pelo entendimento de que os deveres decorrem diretamente dos próprios poderes públicos, não carecem aqueles de afirmação específica; 3) no confronto entre liberdade (individual) e responsabilidade (social), deu-se prioridade à primeira, tendo que a responsabilidade pressupõe a liberdade, que disporia de primazia lógica, ontológica, ética e política face a essa última; 4) a adoção das modernas Constituições em muitos Estados da Europa e América deu-se em sequência à queda de regimes totalitário ou autoritários.

Já para Alcântara (2009, *on line*) dois são os principais motivos para o esquecimento dos deveres fundamentais: 1) a resistência do cidadão, de modo geral, em reconhecer deveres; 2) a necessidade de proteção do cidadão na sua relação frente ao Estado, sendo aquele considerado hipossuficiente.

Contudo, salientando a relevância dos deveres fundamentais, Canotilho (2003, p. 531) afirma que estes constituem importante categoria jurídica e política, significando, “[...] em primeiro lugar, que eles colocam, tal como os direitos, problemas de articulação e de reação do indivíduo com a comunidade”. Chulvi (2001, p. 45) ainda

os apresenta como “elementos essenciais à conformação da ordem jurídico-política, na medida em que contribuem para a consecução de alguns fins do Estado social e democrático de direito”.

2.2. Os deveres fundamentais como uma categoria jurídica autônoma

Nabais (2000, p. 14-15) informa que os deveres fundamentais recusam visões extremistas como a do liberalismo e a do socialismo:

Seja a do liberalismo, que não conhecia deveres, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos, como foi a concepção dominante do século XIX, seja a de um comunitarismo que apenas conhece deveres, decompondo assim a liberdade numa rede de deveres, ou melhor, de funções, como foi o caso dos regimes totalitários e autoritários que a Europa conheceu e viu cair no século XX.

Dessa forma, segundo esse autor português (2000, p. 15), formam os deveres fundamentais uma categoria jurídica constitucional própria, “uma categoria que, apesar disso, integra o domínio ou a matéria dos direitos fundamentais, na medida em que este domínio ou esta matéria polariza todo o estatuto (ativo e passivo, os direitos e os deveres) do indivíduo”.

Nesse sentido, Canotilho (2003, p. 533) assinala que “[...] não se estabelece a corresponsabilidade estrita entre direitos fundamentais e deveres fundamentais”, e ainda que “vale aqui o princípio da assinalagmaticidade ou da assimetria entre direitos e deveres fundamentais, entendendo-se mesmo ser a assimetria entre direitos e deveres uma condição necessária de um estado de liberdade”.

Ademais, no esteio de Ruschel (2007, p. 233), “não há que confundir o dever jurídico com a soma de princípios éticos e morais”. Os deveres fundamentais, apesar do seu caráter ético, são

estritamente jurídicos. A grande dificuldade, segundo Andrade (2004, p. 161), está em “determinar o alcance jurídico concreto desses deveres fundamentais”.

3. O conceito de deveres fundamentais

3.1. Evolução e definição dos deveres fundamentais

De acordo com Nabais (2004, p. 44-54) os deveres fundamentais sofreram uma evolução histórica, alargando-se dos clássicos deveres do Estado liberal (de defesa da pátria e de pagar tributos) até os deveres políticos (dever de sufrágio e de participação política), econômicos, sociais (de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico), culturais (de preservar, defender e valorizar o patrimônio cultural) e ecológicos (de defender um ambiente humano sã e ecologicamente equilibrado) – dos deveres autônomos até os deveres associados aos direitos.

O mesmo autor (2004, p. 64) apresenta a sua definição de “deveres fundamentais como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”, sendo ainda “posições jurídicas passivas, autônomas, subjectivas, universais, permanentes e essenciais.”

Essas características apontadas por Nabais são explanadas resumidamente por Menezes (2003, p. 94-95):

Significa o caráter de posições jurídicas passivas dos deveres fundamentais que eles constituem o lado passivo da relação jurídica fundamental entre os indivíduos e o Estado. São posições opostas às dos direitos fundamentais e podem ser objeto de violação. Em segundo lugar, tem-se que os deveres fundamentais não emergem, objetivamente, como reflexos dos poderes estaduais (*sic*). São posições imputadas ao indivíduo

pela Constituição. Nisto o seu caráter de posições subjetivas.

Por outro lado, os deveres fundamentais têm como destinatários os indivíduos (pessoas humanas), residindo aí o seu caráter de posições individuais, o que não afasta a possibilidade de terem como titulares pessoas jurídicas.

O serem posições universais e permanentes indica valerem os deveres fundamentais para todos os indivíduos e não para alguns apenas, como, também, que eles perduram no tempo.

A essencialidade dos deveres fundamentais consiste no alto grau de relevância, para a subsistência e funcionamento da comunidade organizada em Estado, da conduta que lhes serve de conteúdo.

3.2. Fundamentos dos deveres fundamentais

Nabais (2000, p. 15) informa que existe uma razão lógica para a existência dos deveres fundamentais, assim como uma fundamentação jurídica. Quanto à primeira abordagem o doutrinador ressalta a importância da dignidade humana ao afirmar que os deveres fundamentais

[...] são expressão da soberania fundada na dignidade da pessoa humana. Pois os deveres fundamentais são expressão da soberania do estado, mas de um estado assente na primazia da pessoa humana. O que significa que o estado, e naturalmente a soberania do povo que suporta a sua organização política, tem por base a dignidade da pessoa humana.

Quanto ao fundamento jurídico, Nabais (2004, p. 61-63) afirma que os deveres fundamentais não se baseiam em uma “cláusula de diversidade social” que se apóia na responsabilidade comunitária inabdicável para que haja suporte à liberdade, mas numa necessária previsão na Constituição, que pode ser explícita ou implícita - na

Constituição Brasileira de 1988, tem-se como exemplo de dever fundamental implícito o de pagar tributos. Seguindo nesse raciocínio, Perez Serrano (*apud* CHULVI, 2001, p. 40) afirma que “não há deveres do homem enquanto tal como categoria preexistente ao Estado e necessariamente reconhecíveis por este último”.

Continuando com Nabais (2004, p. 63), a previsão constitucional é imprescindível em razão do princípio da repartição, o qual, conforme Kervegan (2009, *on line*), tem cunho liberal, informando ser a regra geral a impossibilidade do Estado intervir na esfera privada e, quando puder fazê-lo, somente o fará através de lei (*latu sensu*). Portanto, para apresentar a estatura de fundamental, o dever deve ter sua previsão no mais elevado documento normativo, o fundador do ordenamento jurídico.

Canotilho (2003, p. 534) leciona que “a constituição não fornece qualquer abertura, ao contrário do que sucede em relação aos direitos, para a existência de deveres fundamentais extraconstitucionais”, mas que ainda “se podem admitir deveres legais fundamentais”.

Discordando, Nabais (2000, p. 16) afirma poder haver deveres legais que, apesar de apresentarem as mesmas notas típicas dos deveres fundamentais – já apresentadas neste trabalho no subitem anterior -, o que corresponderia a uma noção material de deveres fundamentais, não podem ser tidos como fundamentais.

A existência de deveres previstos constitucionalmente, mas que não se configuram como deveres fundamentais, é ressalvada por Ruschel (2007, p. 241) que afirma serem eles também de suma importância “pois servem a um critério organizacional (são competências da própria Administração Pública e integram a organização política do Estado), ou servem para limitar direitos, ou ainda [...] são deveres de direitos fundamentais”. Há de se observar que os deveres, não fundamentais, que limitam direitos e os deveres de direitos fundamentais não detêm autonomia frente aos direitos que os concretizam.

Nabais (2004, p. 80-82) apresenta como exemplos de deveres de direitos fundamentais do Estado o dever de abstenção ou de não ingerência, o de proteção dos direitos face à agressão ou ingerência de terceiros, o de proteção contra afetações indiretas dos direitos fundamentais, os deveres organizacionais, procedimentais e processuais para a sua exequibilidade, assim como os deveres de direitos fundamentais dos particulares: o dever de não ingerência nos direitos de outrem e o de respeito dos direitos fundamentais nas relações fundadas na autonomia privada.

Por fim, não se pode deixar de mencionar a posição peculiar de Andrade (2004, p. 167) a qual se refere a deveres fundamentais implícitos na Constituição, mas que dá margem à ampliação dos deveres fundamentais para fora do corpo constitucional:

[...] deve entender-se que há deveres fundamentais dos cidadãos, ainda que não escritos, que decorrem da obediência de todos os homens, pelo facto de o serem, a um conjunto de princípios axiológicos e deontológicos que regem as suas relações com os outros e com a sociedade em que necessariamente vivem.

3.3. Dimensões subjetiva e objetiva dos deveres fundamentais

Os deveres fundamentais, além da sua dimensão subjetiva – formada pelas já explicitadas posições passivas do indivíduo frente ao Estado, exigidas pelo interesse público -, também possuem a sua dimensão objetiva, salientando-se que, conforme Nabais (2004, p. 96), o vetor subjetivo dos deveres fundamentais deve ser dominante “sob pena de os mesmos deixarem de ter por função e eficácia a identificação do estatuto constitucional dos indivíduos”.

Do ponto de vista objetivo, Menezes (2003, p. 102) assevera que os deveres fundamentais apresentam o caráter de elementos conformadores da ordem jurídico-política, permitindo, de certa forma e ainda de maneira similar aos direitos fundamentais, identificar

o modelo estatal vigente, tendo que “enquanto o estado absoluto se caracteriza pelo reconhecimento de poucos direitos aos cidadãos e o estado liberal é identificado pela quase inexistência de deveres, o estado social tem como nota distintiva a ampliação do catálogo de deveres”.

Fazendo referência ao Estado social, Chulvi (2001, p. 45) aduz que

Este Estado, que atende aos princípios sociais e de solidariedade, terá que assumir o cumprimento de certos deveres e atingir certos fins. Para isto, ao lado dos deveres que obrigam os integrantes do corpo social a contribuir com o atingimento daqueles objetivos, o Estado social atribui certas funções positivas ao poder público para a satisfação mesma das necessidades dos cidadãos.

Nabais (2004, p. 96-100) sustenta que o caráter objetivo dos deveres fundamentais revela-se tanto no plano funcional como no estrutural, sendo que naquele primeiro plano os referidos deveres instituem valores, ou “bens jurídico-constitucionais”, que, apesar de “ultrapassarem em muito o valor da pessoa humana que lhes subjaz”, acabam por sobrelevar o aspecto subjetivo tendo em vista “que a comunidade, num estado constitucional que dá prevalência à liberdade face à autoridade, é sempre um instrumento de realização das pessoas individuais”.

Quanto ao plano estruturante, continua esse doutrinador português afirmando os seguintes efeitos: 1) “inconstitucionalidade que resultará de haver normas ou actos de poderes que estejam em contradição com as disposições constitucionais”; 2) “efeito interpretativo do direito ordinário”, sempre de acordo com os preceitos constitucionais relativos aos deveres fundamentais; 3) “efeito externo”, como o direito-dever de desempenhar cargos honoríficos por parte de certos titulares de cargos públicos; 4) “efeito restritivo” legitimador

de restrições aos direitos, liberdades e garantias, inclusive por parte do legislador.

No que concerne à aplicação do efeito restritivo, cabe a observação de Canotilho (2003, p. 535) de que “mesmo quando alguns deveres fundamentais estão conexos com direitos – dever de defesa do meio ambiente, dever de educação dos filhos – não se pode dizer que estes deveres constituem restrições ou limites imanentes dos direitos com eles conexos”. Assim, para respeitar o caráter de categoria constitucional autônoma, faz-se necessário aplicar com zelo o referido efeito.

4. A estrutura dos deveres fundamentais

A estrutura dos deveres fundamentais é formada tanto pela estrutura externa, constituída pelos seus titulares ativos e passivos, quanto pela estrutura interna, ou conteúdo, composta pelos seus diversos efeitos jurídicos. (NABAIS, 2004, p. 101)

4.1. Os titulares ativos dos deveres fundamentais

A partir do entendimento de que os deveres fundamentais são deveres para com a comunidade, apenas o Estado tem a titularidade do poder de os estabelecer e de editar a necessária disciplina legal à sua realização. (NABAIS, 2004, p. 101)

Menezes (2003, p. 104) explica que, considerando as relações intersubjetivas, distinguem-se três grupos de titulares ativos:

Em primeiro lugar, os chamados deveres fundamentais clássicos (dever de defesa da pátria, dever de pagar impostos, deveres políticos), por constituírem pressupostos necessários ao funcionamento do Estado, têm neste o seu titular ativo. Depois, há os deveres fundamentais de conteúdo econômico, social ou cultural (deveres de trabalhar, de cultivar a terra, de defender e pro-

mover a saúde, de defender o ambiente, de defender e valorizar o patrimônio cultural, etc.) Estes têm como titular ativo a comunidade. ‘São deveres cujo cumprimento tem sobretudo a ver com a existência de uma dada sociedade e não com a existência do próprio estado’ (NABAIS, 1998, p. 103). Por derradeiro, deveres há cujos titulares ativos são determinados grupos de pessoas enquanto titulares de direitos fundamentais, como é o caso do dever dos pais de manutenção e educação dos filhos.

Nabais (2004, p. 105-106) ressalta que o Estado e outras entidades públicas titulares dos deveres fundamentais têm, via de regra, também posição passiva, “quer na organização e funcionamento de serviços administrativos especializados (por exemplo, os serviços tributários quanto ao dever de pagar impostos), quer na realização de tarefas estaduais (*sic*) e no cumprimento de imposições constitucionais (como acontece nos deveres de carácter económico, social ou cultural)” .

4.2. Os destinatários dos deveres fundamentais

Ruschel (2007, p. 243) afirma que os destinatários dos deveres fundamentais “são todas as pessoas físicas ou indivíduos”, considerando ainda que “nessa classificação entram todas as pessoas, sem distinção pela sua nacionalidade, desde que as mesmas sejam domiciliadas no território nacional”. Há, contudo, de se salientar que a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 14, reserva os deveres políticos apenas aos brasileiros.

Corroborando com a extensão dos deveres fundamentais aos estrangeiros, Menezes (2003, p. 105) fundamenta seu entendimento pelos fatos de que “primeiro, os deveres fundamentais são a garantia da efetividade dos direitos fundamentais, em regra extensivos aos estrangeiros e apátridas, como bem se pode ver no art. 5º da Constituição Brasileira”, depois porque “em se lhes garantindo direitos, o

princípio da igualdade reclama sejam eles convocados ao exercício dos deveres”.

Nabais (2004, p. 109-110) afirma que as pessoas coletivas também são destinatárias dos deveres fundamentais, utilizando-se de um sentido amplo daquela expressão para “abarcas organizações colectivas mesmo desprovidas de personalidade jurídica”. Resta claro que estas pessoas coletivas somente estão sujeitas aos deveres fundamentais compatíveis com a sua natureza, excluindo-se os deveres “cujo conteúdo consiste em prestações de carácter pessoal não fungível como são os deveres de participação política e de defesa da pátria”.

Desenvolvendo seu raciocínio, esse autor lusitano defende ainda que as pessoas coletivas de direito público estejam incluídas entre as destinatárias dos deveres fundamentais, baseando-se no fato de serem elas titulares de direitos fundamentais, devendo assim ser “destinatários dos deveres fundamentais que estes direitos integram, já que os direitos dessas pessoas colectivas, atenta a sua natureza pública com a inerente obrigação de existirem e de perseguirem as suas funções, acabam por se configurar como direitos-deveres ou direitos de exercício obrigatório”.

4.3. Relações entre os deveres e os direitos fundamentais

O brocardo que afirma não haver direitos sem deveres, nem deveres sem direitos, expõe a estreita relação entre essas figuras. Kelsen (1988, p. 141) afirma que quando “se afasta a hipótese dos direitos naturais e se reconhecem apenas os direitos estatuídos por uma ordem positiva, então verifica-se que um direito subjetivo, no sentido aqui considerado, pressupõe um correspondente dever jurídico”. Nabais (2004, p. 119) explica o brocardo:

Não há direitos sem deveres, porque não há garantia jurídica ou fáctica dos direitos fundamentais sem o cumprimento dos deveres do homem e do cidadão indispensáveis à existência e funcionamento da sociedade estadual, sem a qual os

direitos fundamentais não podem ser assegurados nem exercidos. E não há deveres sem direitos, porque é de todo inconcebível um estado de direito democrático assente num regime unilateral de deveres, já que contra ele se levantariam as mais elementares exigências de justiça e de respeito pelos direitos humanos, como o demonstra a sociedade a específica dimensão histórica dessa fórmula, que simultaneamente teve por objectivo e constituiu a base fundamental da instituição do estado constitucional democrático, e está bem patente na expressão ‘no taxation without representation’, que foi uma das principais bandeiras das revoluções liberais, mormente da americana.

Ressalvando a já neste trabalho afirmada assinalagmaticidade ou assimetria entre deveres e direitos fundamentais, não se pode deixar de compreender que, como aduz Nabais (2004, p. 117), “os deveres fundamentais pertencem ou integram a matéria dos direitos fundamentais, ou seja, a (sub)constituição do indivíduo”.

Algumas consequências dessa relação entre deveres e direitos fundamentais, assinaladas por Nabais (2004, p. 120-124), são: 1) os deveres fundamentais “[...] devem ser interpretados e integrados [...] nos termos e segundo os métodos dos preceitos relativos aos direitos fundamentais”; 2) “[...] aos deveres fundamentais é aplicável o regime geral dos direitos fundamentais”; 3) “[...] a (de)limitação do conteúdo dos direitos pelos deveres e, por outro lado, a (de)limitação do conteúdo dos deveres pelos próprios direitos fundamentais” – assim, “[...] todos os deveres enquanto valores ou interesses constitucionais se apresentam como suportes para o legislador restringir (ou condicionar) os direitos, liberdades ou garantias fundamentais”, por sua vez a limitação dos deveres fundamentais se dá em dois planos: um geral em que surgem os direitos-garantia que “valem contra a concretização legal de deveres fundamentais que não respeitem o quadro constitucional” e um plano especial “cuja autonomização se explica e justifica pelo facto de o seu conteúdo não ter outro sentido

senão o de exprimir limitações a específicos deveres constitucionais”; 4) “[...] os deveres associados aos direitos econômicos, sociais e culturais apresentam uma ligação tão íntima com estes que, em larga medida, os transforma, seja em autênticos direitos-deveres ou direitos praticamente funcionalizados, seja numa categoria própria de direitos – os chamados direitos de solidariedade”.

4.4. Tipologia dos deveres fundamentais

Enquanto Canotilho (2003, p. 533-534) apresenta duas formas distintas de classificar os deveres fundamentais: 1) deveres conexos com direitos fundamentais, deveres fundamentais não autônomos (ou deveres fundamentais correlativos a direitos) e deveres autônomos; 2) deveres primordialmente cívico-políticos e deveres de caráter econômico, social e cultural, Nabais (2004, p. 111-117) expõe uma estrutura de classificação mais detalhada, a qual se apresentará em sequência, seguindo de perto as afirmações de Menezes (2003, p. 107-110).

A utilidade da classificação, segundo Menezes (2003, p. 106-107), “reside no oferecimento de critérios de segura identificação dos deveres fundamentais, o que não parece muito fácil, sobretudo em Constituições como a Brasileira, na qual a maioria deles há de ser buscada na implicitude”.

4.4.1. Deveres fundamentais quanto ao conteúdo

No que concerne ao seu conteúdo, os deveres fundamentais podem ser subclassificados em 1) deveres positivos e negativos; 2) deveres imediatamente aplicáveis e mediatamente aplicáveis; 3) deveres autônomos (estrito senso) e não autônomos; 4) deveres de conteúdo cívico-político e de conteúdo econômico, social ou cultural; 5) deveres jurídicos e cívicos.

Os deveres positivos exigem um comportamento comissivo de seus destinatários, consistindo em prestações de caráter pessoal (ex.: dever de prestar serviço militar) ou em prestações de dar (ex.: dever

de pagar tributos). Os deveres negativos impõem uma abstenção dos destinatários, como os deveres de respeito a direitos fundamentais de terceiros e de sujeição aos poderes e competências constitucionais.

Quando o conteúdo do dever fundamental está plenamente determinado na Constituição, tem-se o dever imediatamente aplicável. Quando a determinação do conteúdo depende da complementação do legislador ordinário, apresenta-se o dever como mediatamente aplicável. Nabais (2004, p. 112-113) complementa que, na Constituição Portuguesa, somente há um único dever imediatamente aplicável (o dever de prestar serviço militar) e que mesmo quando os deveres fundamentais “não se configuram como habilitações ao legislador para a concretização do seu conteúdo, os preceitos que os consagram são sempre pelo menos autorizações ao legislador para disciplinar os modos ou modalidades do seu cumprimento e, sobretudo, para estabelecer as sanções pelo seu incumprimento”.

A relação com os direitos fundamentais define a classificação quanto à autonomia. Enquanto os deveres fundamentais não autônomos (direitos-deveres ou deveres-direitos) são os que apresentam conteúdo coincidente, ao menos em parte, com direitos fundamentais aos quais se encontram associados, os deveres fundamentais autônomos (estrito senso) são aqueles com conteúdo próprio, que não se vincula com o apresentado por direitos fundamentais.

Os deveres de conteúdo econômico, social ou cultural, associados aos direitos fundamentais da mesma alcunha, referem-se à sociedade a que aludem, informando sua feição em termos econômicos, sociais e culturais. Os deveres fundamentais de conteúdo cívico-político referem-se ao comprometimento dos indivíduos com o funcionamento e a própria existência do Estado.

A característica de serem deveres jurídicos é inerente a todos os deveres fundamentais, como já ficou patente neste trabalho. Outrossim, Nabais (2004, p. 114-115) entende existir deveres fundamentais, como por exemplo o dever fundamental de votar e o de prestar serviço militar, que devem ser classificados como cívicos em

razão da conduta exigida do cidadão pela sua condição de elemento constituidor do Estado. Preconiza o doutrinador português que esses deveres, por terem uma força jurídica atenuada em relação à dos demais deveres fundamentais, acabam por deferir ao legislador ordinário menores possibilidades de sancionamento do seu descumprimento.

4.4.2. Deveres fundamentais quanto aos titulares ativos

Tendo em vista aqueles que podem exigir o cumprimento dos deveres fundamentais classificam-se estes por sua relação direta com 1) o Estado (os deveres clássicos, de caráter cívico político); 2) a coletividade em geral (os deveres modernos, de caráter econômico, social ou cultural); 3) outras pessoas específicas (ex.: dever dos pais para com a educação e manutenção dos seus filhos); 4) o próprio indivíduo (ex.: dever de promover e defender a própria saúde).

4.4.3. Deveres fundamentais quanto aos destinatários

No que concerne aos destinatários, tem-se que os deveres fundamentais podem ser: gerais (dirigidos a todos os indivíduos) ou em função de condições particulares (restrito a algum grupo, como os deveres próprios dos servidores públicos). Podem ainda ser adotadas outras classificações, tais como: 1) exclusivos dos indivíduos (pessoas físicas) ou extensivos às pessoas coletivas; 2) exclusivos dos nacionais ou também aplicáveis aos estrangeiros e apátridas que estejam ou residam no território nacional.

4.4.4. Deveres fundamentais quanto às relações com os direitos fundamentais

Em função do nível de vinculação com os direitos fundamentais, os deveres fundamentais podem ser 1) associados ou conexos aos direitos (são os direitos-deveres ou deveres-direitos); 2) coligados a direitos (os deveres atuam como restrições constitucionais aos direitos como, por exemplo, o dever de pagar tributos em relação ao

direito de propriedade); 3) autônomos em sentido estrito (quando não possuem vinculação específica com direitos fundamentais).

4.4.5. Deveres fundamentais quanto às relações entre si

No que se refere às relações entre os próprios deveres fundamentais, estes podem assumir a feição de deveres principais (quando informam valores comunitários próprios) ou de deveres-garantia (quando laboram como instrumentos de realização de outros deveres, como exemplifica o dever de colaboração com a Justiça Eleitoral em relação ao dever de votar).

4.4.6. Deveres fundamentais quanto à evolução histórica

A evolução histórica dos deveres fundamentais acompanhou, em certa medida, a evolução experimentada pelos direitos fundamentais. Isso posto, há os deveres fundamentais clássicos - os deveres com conteúdo cívico-político (de defesa da pátria, de pagar tributos, de sufrágio, de participação política), associados ao Estado liberal - e os deveres fundamentais modernos - com conteúdo econômico, social, cultural e ecológico (de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, de preservar e valorizar o patrimônio cultural, de defender um ambiente humano saudável e ecologicamente equilibrado para as presente e futuras gerações), associados ao Estado social.

5. O regime dos deveres fundamentais

Nabais (2000, p. 17) preconiza que ao regime dos deveres fundamentais pode-se referir dois aspectos: "o seu regime geral e a inaplicabilidade directa dos preceitos constitucionais que os preveem".

Quanto ao seu regime geral, os deveres fundamentais, por formarem o estatuto constitucional do indivíduo juntamente com os direitos fundamentais, como se tem afirmado nesse trabalho, participam do regime geral destes. Assevere-se que o regime geral é, na realidade, do referido estatuto constitucional do indivíduo, relativo a di-

reitos e deveres, e não somente dos direitos fundamentais. (NABAI, 2000, p. 18).

Nesse sentido, esse autor português (2004, p. 121), tendo por referência a sua Constituição nacional, ressalta aplicarem-se aos deveres fundamentais os seguintes aspectos, que encontram paralelo na atual Constituição Brasileira:

[...] o princípio da universalidade, o princípio da igualdade, o princípio da validade dos deveres fundamentais face às pessoas e organizações colectivas, o princípio da aplicabilidade dos deveres fundamentais aos portugueses residentes no estrangeiro e aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal, o princípio do acesso ao Provedor de Justiça e aos tribunais para a defesa face a deveres fundamentais cuja concretização do disciplina legal ultrapasse os seus contornos constitucionais, o princípio do direito de resistência a ordens que actuem deveres constitucionais para além do constitucionalmente permitido (resulte isto das próprias ordens ou das leis concretizadoras que lhe serviram de base), o princípio da responsabilidade civil das entidades públicas, seus funcionários e agentes pela imposição de deveres fundamentais em termos inconstitucionais e o princípio da proporcionalidade *lato sensu* ou princípio da proibição do excesso, entendido este como um dos (sub)princípios integrantes do princípio do estado de direito.

No que concerne ao segundo aspecto do regime em análise, Nabais, (2000, p. 18), Canotilho (2003, p. 535-536) e Andrade (2004, p. 170) apontam como regra geral a impossibilidade da aplicação direta dos deveres fundamentais a partir da sua consagração constitucional. Esclarece Canotilho:

Ressalvando, porventura, alguns deveres “diretamente exigíveis” como, por ex., o dever de educação dos filhos (cfr. CRP, ART. 36.º/3 e 5), a generalidade dos deveres fundamentais pressupõe uma *interpositio* legislativa necessária para a criação de esquemas organizatórios, procedimentais e processuais definidores e reguladores do cumprimento de deveres. As normas consagradoras de deveres fundamentais reconduzem-se, pois, à categoria de normas desprovidas de determinabilidade jurídico-constitucional, e, por isso, carecem de mediação legislativa. Não se trata, propriamente, de “normas programáticas de deveres fundamentais” no velho sentido oitocentista (“declarações”, “programas”) como pretende certa doutrina, mas tão-só e apenas de normas constitucionais carecidas de concretização legislativa.

No mesmo sentido, Nabais (2000, p. 18) fundamenta seu entendimento de que as normas constitucionais sobre deveres não são normas programáticas ou puras normas de natureza orgânica ou organizatória, no fato de que “elas integram a constituição dogmática, mais precisamente a constituição do indivíduo”.

Nabais (2000, p. 18) afirma, ainda, que “o primeiro destinatário das notas constitucionais relativas aos deveres fundamentais é o legislador ordinário”, mas que a forma de sua ligação à previsão constitucional dos deveres é diversa daquelas referentes aos direitos sociais, pois, enquanto neste último caso trata-se de uma imposição de legislação, nos deveres fundamentais ocorre uma habilitação ao legislador. Elucida assim essa distinção quanto à vinculação do legislador:

Este está, na verdade, vinculado à existência e quanto ao conteúdo objecto de concretização na Constituição. Mas, excluídos estes aspectos, o legislador goza de toda uma margem de liberdade para conformar os deveres e para prever as

sanções correspondentes à sua inobservância. Uma liberdade que, como já dissemos, não tem qualquer paralelismo em sede de direitos fundamentais, trate-se de direitos, liberdade e garantias, trate-se de direitos sociais.

Ademais, o mesmo doutrinador lusitano (2004, p. 677) informa que, referindo-se aos deveres fundamentais, “a sua indeterminação contudística não se refere a uma impossibilidade real ou fáctica”.

Em outro momento, Nabais (2004, p. 164-174) analisa de maneira pormenorizada o papel do legislador na disciplina e efetivação dos deveres fundamentais, dissecando o problema em três questões: 1) a do significado normativo de tais preceitos constitucionais para o legislador; 2) a das modalidades ou formas de atuação normativa do legislador ou de outros órgãos normativos convocados pelos mesmos; 3) a dos termos ou condições em que essa atuação normativa pode ser realizada.

Menezes (2003, p. 115-116) resume as respostas apontadas por Nabais da seguinte forma:

À primeira questão, responde o autor no sentido de que aqueles preceitos são, para o legislador, “em parte, imposições constitucionais de carácter permanente (se bem que indirectas) e, em parte, autorizações ou habilitações para legislar”. Quanto à segunda questão, o legislador é chamado a “conformar os deveres fundamentais, concretizando o seu conteúdo e regula(men)ta)ndo o seu cumprimento, e a sancionar o seu incumprimento”. Já no tocante à modalidade de atuação do legislador, certos deveres integram uma reserva absoluta de lei (parlamentar) – no caso brasileiro, pode-se citar o caso do dever tributário, pelo menos em relação aos impostos -, enquanto outros se bastam com uma reserva de lei apenas relativa – por exemplo, no caso dos

tributos, no Brasil, as chamadas obrigações tributárias acessórias, desde que a referida imposição se atenha ao disciplinamento próprio aos regulamentos, não vindo a inovar a ordem jurídica.

Por fim, saliente-se, em conformidade com Canotilho (2003, p. 536), que “não fica totalmente afastada a ideia de *Drittwirkung* no plano intersubjectivo. As ideias de ‘solidariedade’ e de ‘fraternidade’ apontam para deveres fundamentais entre cidadãos”. Acresce ainda o juriconsulto que “alguns deveres fundamentais – o dever de obediência às leis, o dever de respeito dos direitos dos outros – parecem transportar uma tendencial ideia de aplicabilidade imediata”.

6. Conclusão

Como ficou patente desde o início deste trabalho, não se tem por objetivo encerrar, mas apenas iniciar, e mesmo incitar, o debate sobre o, até este momento, relegado a segundo plano, tema dos deveres fundamentais.

Contudo, pela exposição realizada, tem-se como tecer algumas conclusões que se tornam relevantes enquanto necessárias ao entendimento desse tópico conformador do estatuto constitucional do indivíduo:

- 1) Os deveres fundamentais formam uma categoria jurídico-constitucional autônoma que, juntamente com os direitos fundamentais, compõem e polarizam a (sub)constituição do indivíduo, que há de ser entendido como um ser livre e responsável.
- 2) A soberania do Estado baseada na dignidade da pessoa humana, ou seja, um Estado democrático de valorização a todo e a cada indivíduo, é o fundamento lógico dos deveres fundamentais, enquanto a sua fundamentação jurídica reside na sua consagração constitucional.

3) Deveres não previstos na Constituição, ao menos implicitamente, apesar de materialmente incutirem valores considerados fundamentais, não podem apresentar a alcunha de fundamentais (obediência ao princípio da tipicidade).

4) O vetor subjetivo dos deveres fundamentais deve preponderar. Contudo, isso não pode restringir o reconhecimento de uma dimensão objetiva aos mesmos, com efeitos tais como a inconstitucionalidade das normas que lhes forem contrárias, influência na interpretação das leis ordinárias e restrição aos direitos, liberdades e garantias.

5) Os titulares ativos dos deveres fundamentais podem ser, dependendo do dever em análise, o Estado, a comunidade, grupos específicos de indivíduos ou o próprio indivíduo.

6) Os destinatários dos deveres fundamentais são os indivíduos, sendo extensíveis às pessoas jurídicas (inclusive as públicas submetidas ao regime de direito privado) e aos estrangeiros residentes ou que estejam no País, respeitadas as peculiaridades das últimas figuras.

7) Os deveres de caráter cívico-político, com maior vínculo ao Estado liberal, têm maior grau de autonomia, estão a serviço da existência e funcionamento do Estado e se dirigem, sobretudo, aos cidadãos. Já os deveres associados a direitos possuem menor autonomia (são a exceção), são de índole social, econômica ou cultural, visam a preservação da sociedade e estão mais ligados ao Estado social.

8) Aos deveres fundamentais aplica-se o regime geral do estatuto constitucional do indivíduo, que tem sido equivocadamente informado como apenas dos direitos fundamentais, integrado por princípios tais como o da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade na sua concretização pelo legislador.

9) A regra geral é a da inaplicabilidade imediata dos deveres fundamentais. Assim, os deveres fundamentais dirigem-se primordialmente ao legislador, a quem cabe concretizá-los. Entretanto, a liberdade do legislador para conformar os deveres e para cominar sanções pelo seu descumprimento é muito maior do que a presente em sede dos direitos fundamentais.

Referências bibliográficas

LIVROS:

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHULVI, Cristina Pauner. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MENEZES, José Lima de. *Deveres fundamentais na Constituição do Brasil: o tributo*. Recife, UFPE, 2003. 187p. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2004.

PERIÓDICOS:

ALCÂNTARA, Michelle Alencar da Cruz. *A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais*. Disponível em:

<<http://www.conpedi.org/manuel/arquivos/Anais/Michele%20Alencar%20da%20Cruz%20Alcantara.pdf>>.
Acesso em 01 jun. 2009

DALLARI, Dalmo. *Direitos e deveres da cidadania*. Disponível em <www.dhnet.org.br/sos/textos/deveres.htm>. Acesso em 01 jun. 2009.

KERVEGAN, Jean-François. *O estado de direito no idealismo alemão: Kant, Fichte, Hegel*. Disponível em <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/doiPontos/article/view/9532/6611>>. Acesso em 04 jun. 2009

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. *Revista Direito Mackensie*, São Paulo, a. 3, n. 2, p. 9-30, 2000.

OLIVEIRA, Wagner Pires de e OLIVEIRA, Ana Lúcia Gatto de. O dever fundamental de pagar tributos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 3, n. 17, p. 914-915, jul., 2002.

RUSCHEL, Caroline Vieira. O dever fundamental de proteção ambiental. *Direito & Justiça – Revista da Faculdade de Direito da PUC-RS*, Porto Alegre, v. 33, n. 2, p. 231-266, dez., 2007.

Sobre o conceito e a função da Constituição dos modernos

Paulo Sávio Peixoto Maia

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília (UnB).

Professor de Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza
(UNIFOR). Advogado.

Resumo: Este ensaio tematiza as origens históricas do conceito moderno de Constituição. Para tanto, valoriza a diacronia do tempo histórico, uma vez que busca sublinhar em que medida as constituições adotadas pelos Estados do Ocidente (a partir da virada para o século XIX) rompem com seus antecedentes semânticos antigos. No sentido de captar essa unicidade histórica da Constituição, é realizado um exame do assim-chamado “período de reflexão constitucional”, situado entre 1763-1803, nos Estados Unidos. A análise desse contexto muito nos diz sobre a função da Constituição moderna.

1. Introdução

Seja por meio de *politeia*, seja por *res publica constituta*, muitos termos se candidatam à condição de direto “antecessor” da Constituição moderna. Não cabe, aqui, lembrá-los, mas Gerald Stourzh fez muito bem ao sintetizar que há “duas raízes muito distintas para a aplicação da palavra ‘constituição’” (STOURZH, 1988, p. 38).

A primeira consiste na transferência de termos do corpo humano para a explicação do “corpo” político, e que tem longa tradição¹. No caso do contexto grego, o termo que melhor traduz “constituição” é *politeia*, que exprime a unidade e a “consciência da personificação da cidade-estado em um sujeito coletivo” (DOGLIANI, 1994, p. 37). Essa busca do *todo*, que se encontra na *politeia* dos gregos buscava o compromisso entre as facções, e assim “dar resposta à crise, à necessidade de segurança e de estabilidade, a

¹ Com efeito, “constituição” era termo muito utilizado na medicina grega (de corte hipocrático), e era empregado para a análise da política nas *poleis*, que eram estudadas à imagem e semelhança de um corpo, Cf. (RIBEIRO, 1987, p. 28).

indicar a perspectiva constitucional da conciliação” (FIORAVANTI, 2001, p. 22).

Esses dois traços do pensamento político-constitucional grego, quais sejam, metáforas fisiológicas para explicar o político (o maior exemplo é “organismo”) e a busca por um *poder médio* que concilia os extremos e torna possível a convivência, consistem na principal característica não só da teoria política grega, mas também daquilo que se convencionou chamar *constitucionalismo antigo*. Essa tradição conceitual persiste no período medieval, como é possível perceber a partir da ideia de *constituição mista* (moderada). Uma expressão que traduz a ideia de que a constituição consiste em “um organismo vivo, composto de muitos grupos e ordens, em proporção mútua e em relação harmônica, segundo o princípio, natural e necessário, da associação” (FIORAVANTI, 2001, p. 60). Chegar ao *media potestas* é o requisito para o poder ser legítimo, e não tirânico.

Stourzh aponta também a existência de uma *segunda* raiz de *constitutio*. Ela deriva da tradição jurídica romana, em que *constitutio* designa um gênero que abrangia certos atos normativos do *princeps*, como os *edicta*, *decreta*, *rescripta* e *mandata* (BRETON, 1998, p. 167) (GILISSEN, 1995, pp. 88-89), aquilo que na Inglaterra “pode ser chamado de *ordinance* ou *statute*” (LUHMANN, 1996 p. 85). Em grandes linhas esse significado de *constitutio* como “ato jurídico emanado do poder público” foi conservado no Medievo e nos estados absolutos que então nasciam: Portugal e França são bons exemplos (ordenações, *ordonnances*). Podemos observá-lo igualmente na Alemanha do século XIX, onde *Verfassung* foi o termo preferido para o equivalente da *constitution* francesa, o que fez preservar *Konstitution* como um ato normativo oriundo do *Kaiser* (DOGLIANI, 1994, p. 27).

Com o aparecimento da modernidade, vê-se uma condensação dessas duas origens conceituais distintas do termo *constitutio*, dos

usos jurídico e político, o que foi muito bem percebido por Niklas Luhmann:

Conquanto o que se encontre em discussão seja a inovação linguística primeiramente produzida pela Revolução Americana e depois pela Revolução Francesa, é certamente sustentável a hipótese segundo a qual as duas tradições, a propriamente jurídica e a política terminem por se confundir. Ao se falar em *constitution* pensa-se, então, em um texto jurídico que simultaneamente fixe a constituição política de um Estado. Terminologia jurídica e política interpenetram-se no momento em que se tem que lidar com uma nova fixação jurídica da ordem política e considere-se a ordem jurídico-política como ordenamento (LUHMANN, 1996, pp. 85-86).

Assim, com as revoluções do final do Setecentos *constitutio* sofrerá uma oscilação semântica. E o sentido pré-moderno de Constituição, que foi agora exposto, dará lugar a uma outra noção de tal termo que é especificamente moderna, que trata de servir, por um lado, de base ao poder estatal ao mesmo tempo em que submete o poder a um degrau normativo que lhe é superior, e que é ocupado pela própria Constituição (GOYARD-FABRE, 2002, p. 103). Essa umdança conceitual não surge do nada. Ela possui um contexto, uma situação concreta que produziu uma variação na comunicação, e que em seguida foi selecionada. Essa situação concreta, que aconteceu nos Estados Unidos entre 1763 e 1803, é denominada por Gerald Stourzh de “período de reflexão constitucional”. Ainda que de forma não exaustiva, vale a pena abordá-lo. Ele diz muito sobre “a modernidade da Constituição moderna”.

2. A Revolução Americana e a constitucionalização do poder.

Desde sua fundação, em geral, as colônias norte-americanas provaram grande liberdade em relação à sua metrópole. Como a In-

glatterra viveu período de grande dificuldade institucional durante o século XVII, não havia muita atenção para com a longínqua América do Norte². Como a imposição de regras de convivência – por parte da metrópole – era rara, os colonos tinham o hábito de firmar pactos que fundavam a comunidade política ou religiosa. Era o caso dos *covenants* ou *compacts*, pactos que fundavam uma comunidade política ou religiosa, em que algumas obrigações recíprocas eram estabelecidas (LUTZ, 1988, pp. 25-26). A celebração de *covenants* era uma clara apropriação de uma ideia bíblica por dissidentes do calvinismo, uma ideia de um pacto entre o indivíduo e um Deus (GORDON, 2002, p. 26).

Em soma a esses pactos, várias colônias americanas foram fundadas sob o modelo de companhias comerciais, possuindo uma *charter*, escrita e formal, como ato fundador (MADDOX, 1995, p. 60); ela tinha a forma de um contrato bilateral que impunha direitos e deveres delimitados por escrito às partes contratantes, e por escrito determinadas (LUTZ, 1988, pp. 36). Era, assim, um documento mais formal, por meio da qual o rei e a comunidade, as duas partes contraentes, fixavam por escrito e reciprocamente seus direitos e deveres (WOOD, 1972, pp. 268-269).

Mas não é adequado vislumbrar nessas *charters* um equivalente funcional da Constituição. Ela não era “adjudicável” em processos, de modo a frear a vontade do governo inglês. Aliás, de se afirmar que não havia, no período colonial americano, definitivamente, a ideia de um poder judiciário como um poder independente e especializado a julgar casos concretos em que se busca o respeito a direitos individuais (WOOD, 1999, p. 790). Ao contrário, nesse tempo, como é próprio à pré-modernidade, aliás, os juízes exerciam atividades governamentais (LUHMANN, 1990, pp. 151-152), sendo considerados pela população como representantes da coroa, daí, também, a desconfiança que se tinha em relação a eles (WOOD, 1999, p. 790).

² Para maiores aprofundamentos: (PINTO, 2004, p. 105).

Mas esse estilo de política colonial tem fim com a coroação de Jorge III. A partir de então, a “sábia” tolerância dos ingleses em relação às colônias sofreu um giro: deu-se início a uma prática de tributação cada vez maior (PINTO, 2004, pp. 116-120). O caso que marcou o início da resistência a essa prática foi a revolta em relação ao *Stamp Act* (1765), por meio do qual a Coroa procurou aumentar a sua arrecadação fiscal com a venda de selos oficiais para serem a postos em jornais e documentos (GORDON, 2002, p. 289). O interessante é que os colonos, durante esse episódio, acusaram a medida de “*unconstitutional*”, uma vez que o Parlamento de Westminster estava a tributar pessoas que não eram “representadas” (por meio de deputados) em tal casa legislativa (PINTO, 2004, p. 119). Com o aumentar do descontentamento, o processo revolucionário foi desencadeado.

Na pauta dos revolucionários estava um direto questionamento da “constituição amorfa” da Inglaterra, uma vez que ela não conseguia impor limites à onipotência de um Parlamento que sem piedade estava a espoliar os colonos (MADDOX, 1995, pp. 60-61). Ao adquirirem consciência de tal situação, é possível ver, em 1776, essas colônias se descreverem como *perfect states*, percebendo, concomitantemente, que a soberania é inseparável da prerrogativa de legislar (POCOCK, 1985, p. 83) e que, por isso, a onipotência “blackstoniana” do Parlamento inglês deveria conhecer um termo (DIPPEL, 1989, p. 23).

Esse termo, contudo, não é alcançado tão-somente com a declaração de independência dos Estados Unidos, em 1776, e consequente instauração da Confederação. Ao contrário, a onipotência do Parlamento britânico apenas é transferida para as assembleias dos Estados – é o chamado período da Confederação. Cada um desses Estados, é verdade, possui uma Constituição própria, porém, em grandes linhas o aparato institucional que elas implementavam podem ser resumidos por dois traços em comum: *desconfiança em relação*

ao poder executivo e supremacia do poder legislativo³ (PINTO, 2004, p. 150 e ss.).

Foi um período em que democracia era sinônimo de vontade da maioria. A representação parlamentar era vista com desconfiança, e não havia espaço para um controle de constitucionalidade das leis, pois o Legislativo era o *branch* governamental democrático por definição. De forma que, em meados da década de 1780 era bem difundida entre os norte-americanos a ideia de que as assembleias estaduais eram a principal fonte de injustiça naquela sociedade, uma espécie de fonte inesgotável de violações à liberdade, à propriedade e aos direitos das minorias (WOOD, 1999 pp. 791-792). Isso foi bem ilustrado em uma declaração do deputado Elbridge Gerry, durante a Convenção da Filadélfia, acontecida em 1787: “os males que experimentamos derivam do excesso de democracia” (McDONALD, 1985, p. 202)⁴. Foi de tal Convenção que saiu a Constituição de 1787, em que o Judiciário e a Federação foram considerados como aptos a frear as “insanas maiorias” provisórias das assembleias (DIETZE, 1962, p. 60), e que simbolizava a concepção de que “somente uma constituição escrita, estabelecendo os limites da autoridade governamental e garantindo direitos aos cidadãos passíveis de serem levados ao judiciário, seria dali em diante aceitável”⁵ (MADDOX, 1995, p. 61).

³ Com efeito, nem todas as Constituições se situavam nesse marco, como era o caso da Constituição de Massachusetts, que era muito mais inspirada pelo sistema de freios e contrapesos institucionalizado pela prática constitucional britânica e imortalizado pela descrição de Montesquieu. Como tal, é exceção que confirma a regra.

⁴ No sentido de tornar os Estados Unidos um governo federal, a Convenção de Annapolis, em 1786, aprovou a convocação de uma convenção que teria esse propósito específico. O que aconteceu em 1787, na Convenção da Filadélfia, que foi além de sua competência, e foi além da revisão dos artigos: redigiu a Constituição de 1787. Cf. (DIPPEL, 2006, p. 6).

⁵ Alguns autores chegam até a afirmar que o uso de uma Constituição escrita seria o aspecto mais importante do constitucionalismo norte-americano: Cf. (BELZ, 1998, pp. 1-13).

Só que, até então, o processo revolucionário norte-americano ainda não dispunha de um conceito de Constituição diverso do conceito de Constituição da pré-modernidade. A Constituição, nesse período que sucede a sua ratificação, não aparece ainda em seu aspecto reflexivo, ou seja, como uma norma que normatiza outras normas⁶. Isso porque os observadores da época a concebiam como uma *fundamental law*, uma noção que era muito usada no constitucionalismo inglês – e na Europa Continental também (SEELAENDER, 2006, pp. 199 e ss.) – para denotar leis importantes para uma comunidade, pactos e acordos que, a maneira de um contrato, fixa posições bilaterais às partes, como é o exemplo da Magna Carta (McILWAIN, 1969, pp. 127-177)⁷. Dessa forma, nota-se que ainda se mostra subjacente aquela característica do constitucionalismo pré-moderno que foi apontada acima: *a busca de um ponto médio*.

E isso era um problema. Já que a *fundamental law* era tida como um “guia para a correção moral” a atuar na mente do legislador (WOOD, 1999, pp. 794-795), a Constituição de 1787, quando concebida dessa maneira, se tornava qualquer coisa de “sacra e inviolada” (WOOD, 1972, p. 276). Essa aura sacra impedia que o exame da Constituição pelos tribunais se desse como uma questão de rotina. Uma inconstitucionalidade, em tal marco, não suscitava uma nulidade a ser arguida incidentalmente em uma questão judicial; consistia, mais que isso, em uma quebra do pacto social, apto a ser restabelecido apenas pelo exercício do direito de resistência. Um autor como Iredell atesta isso de modo muito claro, quando afirma que as assembleias não tinham o direito de violar a Constituição, mas, se o fizessem, a desobediência do povo seria a medida a ser tomada, e não uma intervenção do judiciário (WOOD, 1999, p. 795). Uma *judicial review*, nesse contexto, era vista, como observou Gordon Wood, co-

⁶ Sobre os mecanismos reflexivos, em especial atenção à positividade do direito, Cf. (LUHMANN, 1985, pp. 13-17).

⁷ Dessa maneira, conceber a Magna Carta como a primeira Constituição em sentido moderno, consoante se pode ver em alguns manuais de direito constitucional, pode ser considerado como uma ingenuidade histórica não escusável.

mo uma “solene ação política”, que como tal era inutilizável (WOOD, 1999, p. 798).

Tal descrição é sintomática: era uma ação política porque a Constituição não era vista ainda como se fosse, também, uma norma jurídica. É até verdade que nessa época já circulava na comunicação da sociedade uma observação, como sugere o artigo *Federalista n° 78*, que descrevia a Constituição como uma norma hierarquicamente superior às demais normas, sendo o Judiciário o órgão responsável a verificar essa conformidade (HAMILTON, 2005, pp. 411-418). Mas foi somente com a contribuição de John Marshall, no caso *Marbury v. Madison*, de 1803, que a Constituição norte-americana teve seu caráter de *higher law* radicalizado⁸.

3. O *Marbury v. Madison* e a “normalização” da Constituição.

Recentemente, a literatura especializada tem dedicado uma especial atenção à coerência interna dos argumentos de Marshall, acusando a qualidade de seus silogismos⁹. Muito mais importante que isso é notar que Marshall alcançou o resultado de transformar a “solene ação política”, em uma questão de rotina judiciária. O roteiro de sua argumentação é bem claro. Como o dever do Judiciário é aplicar a lei, quando houver leis contrastantes, cabe escolher qual deve ser a escolhida. Se a Constituição é a lei suprema do país, as outras normas devem estar em consonância com ela, ou então não são válidas, afinal de contas o Congresso está limitado pela Constituição (NINO, 1991, p. 100). Marshall não aceita qualquer espécie de terceira opção:

⁸ Para a descrição das circunstâncias fáticas do caso, Cf. (GARRATY, 1988, pp. 7-19).

⁹ Recentemente, na França, se tem falado até de *Coup d'État* por parte de Marshall, que no *Marbury vs. Madison* teria tão-somente realizado uma “leitura omissiva” do *Judiciary Act*, de 1789, com a finalidade específica de salvar a Corte Suprema. Cf. (HENNINGER, 2005, pp. 77 e ss.)

Não há meio termo entre essas alternativas. A Constituição ou é uma lei superior e predominante, e lei imutável pelas formas ordinárias; ou está no mesmo nível conjuntamente com as resoluções ordinárias da legislatura e, como as outras resoluções, é mutável quando a legislatura houver por bem modificá-la. (MARSHALL, 1903, p. 25)

Segue Marshall: o povo fez um imenso esforço para redigir uma “constituição escrita” (ou literal), mas se o Congresso pode a qualquer tempo modificar uma lei superior por uma disposição ordinária, as constituições seriam “absurdas tentativas da parte do povo para delimitar um poder por sua natureza ilimitável” (MARSHALL, 1903, p. 25). Assim, uma disposição legislativa nula não pode vincular os tribunais, pois é contra o esforço do povo de limitar o legislador: um esforço que recebe o nome de Constituição. Como é tarefa tipicamente judiciária dizer o que é a lei, cabe não aplicar uma lei que, na verdade, não é lei, porquanto acometida de nulidade. A Constituição de 1787 nada fala acerca da possibilidade do Judiciário realizar controle de constitucionalidade, mas afirma que ele deve se ater a “*cases and controversies*”. Pois bem, para Marshall, é impossível julgar *cases and controversies* sem um exame da constitucionalidade de uma norma, pois tal é uma função inseparável do Judiciário (MARSHALL, 1903, p. 26).

A partir do ponto de vista da teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann, vê-se que com a institucionalização da *jurisdição*, que verifica a constitucionalidade de normas em relação a um texto escrito que é compreendido como um direito superior (*paramount law*) surge a noção moderna de Constituição¹⁰: um texto normativo que serve de medida de conformidade a todo o direito (LUHMANN, 1996, p. 89). Todas as expectativas normativas podem ser direito/não-direito, a depender da Constituição, e não de um direito

¹⁰ Também nesse sentido: (STOURZH, 1988, p. 47).

natural. Isso reforça o código do sistema do direito, que promove seu fechamento operacional (LUHMANN, 1992). E no que diz respeito ao *sistema da política*, a Constituição não foi menos importante para sua diferenciação. Ela fornece um meio apto à externalização do paradoxo da soberania, do paradoxo do soberano que se vincula/desvincula por suas próprias decisões (CORSI, 2001, p. 173), o que é bem visível tanto na retórica da razão de Estado (na Europa Continental) quanto na teoria e prática do Parlamento blackstoniano, que igualava soberania à legislação sem limites¹¹. Não por último: a Constituição não “resolve” o paradoxo – pois paradoxos não se deixam dominar –, ela apenas transfere o paradoxo da soberania para o sistema do direito. Dessa forma, o Estado é soberano porque assim o diz uma Constituição estabelecida por vontade do povo, tratado como poder constituinte originário (CORSI, 2001, p. 173).

Mas é de se notar que a diferenciação entre direito e política, que acontece somente a partir da modernidade, não significa isolamento entre esses dois sistemas. Bem explicado, há uma comunicação entre eles, mas essa comunicação é estruturalmente especificada pela Constituição: *ocorre na forma da Constituição*¹². Dessa maneira, a Constituição pode ser considerada, precisamente, como uma reação à separação entre direito e política (LUHMANN, 1996, p. 87). Isso porque, com ela, “direito e política podem prestar, um ao outro, os seus serviços recíprocos, sem perder a sua respectiva identidade” (CARVALHO NETTO, 2001, p. 225), uma vez que a Constituição fornece “os critérios de organização política do poder e os critérios de geração do Direito” (CORSI, 2001, p. 173).

A diferença do sentido moderno de Constituição para seus equivalentes (imperfeitos) pré-modernos é precisamente esse. So-

¹¹ No original: “*For legislature, as was before observed, is the greatest act of superiority that can be exercised by one being over another. (...) Sovereignty and legislature are indeed convertible terms; one cannot subsist without the other*”. (BLACKSTONE, 1979, p. 46).

¹² Para a relação entre direito e política pelo acoplamento constitucional, Cf. (CAMPILONGO, 2002, pp. 98-100).

mente a Constituição em sentido moderno consiste em uma *estrutura autológica* que serve de medida de conformidade para o direito; isso é feito mediante a inserção de uma assimetria, norma constitucional/norma infraconstitucional, na qual a Constituição se inclui em um dos lados da forma (LUHMANN, 1996, pp. 88-90). Isso pode ser identificável mediante a observação de vários “aspectos peculiares” que têm como condição de possibilidade essa assimetria autológica representada por uma Constituição “que reconhece a si própria”. Como indicou Luhmann, isso se torna palpável quando se observa: (i) regras de coalizão que garantem o primado da Constituição frente à norma infraconstitucional, (ii) disposições normativas que limitam a alterabilidade da Constituição, (iii) um procedimento de controle de constitucionalidade, (iv) a atitude de “invocar solenemente a instância constituinte e a sua vontade como algo que, por si só, é vinculante” (LUHMANN, 1996, p. 94).

Mostra-se vital, neste ponto, ressaltar que a supremacia da Constituição, o seu caráter de estrutura autológica que estabelece a forma da comunicação entre direito e política, não se estabelece tão-somente com um *texto escrito*, afinal a Constituição não é uma máquina que trabalha automaticamente (TRIBE; DORF, 2007, p. 37). Precisamente por isso é que se teve a necessidade de se fazer menção, *supra*, ao *Marbury vs. Madison*. A observação de Marshall permite que se veja que a Constituição não se resume a um texto: o acolhimento entre direito e política é demarcado a partir de como observações de segunda ordem descrevem o texto constitucional.

E é o próprio Marshall quem demonstra isso. Conforme foi afirmado, a Constituição de 1787 dos Estados Unidos da América, em seu artigo III, que é destinado ao Judiciário, não fala nada sobre controle de constitucionalidade. Quando Marshall descreve a Constituição como algo impossível de ser compreendido sem o estabelecimento de uma fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos por parte do Judiciário; quando ele aborda isso como uma decorrência *necessária* da supremacia da Constituição (TROPER, 2003, p. 103), Marshall *inventa* uma Constituição, que é algo a mais

que o mero texto aprovado na Filadélfia – que não pode falar por si só. A *judicial review* expressa por Marshall (mas que dependeu de antecedentes constitucionais) foi uma consequência argumentativa de um determinado conceito de Constituição.

4. Conclusão

Dessa maneira, percebe-se que a observação de Marshall – para além do interesse que ele tinha com a causa do Partido Federalista, e para além de sua disputa com o Presidente Thomas Jefferson (ACKERMAN, 2005) – viu possibilidades que não foram vistas por outros observadores. Um autor como Emer de Vattel já havia descrito, em 1758, a Constituição do Estado como “o regulamento fundamental que determina a maneira pela qual a autoridade pública deve ser exercida” (VATTEL, 2004, p. 26, § 27). Mas disso não se derivou uma Constituição como forma autológica, como uma lei que é superior ao restante do ordenamento jurídico do Estado¹³.

Analisando a observação de Marshall a partir do instrumental teórico da teoria da diferenciação do direito de Niklas Luhmann, observa-se que ela se mostrou digna a ser selecionada pela sociedade, porque demonstrou, coerentemente, que a possibilidade de comunicação entre direito e política pela via constitucional requer uma *separação heterárquica entre jurisdição e legislação*, como demonstra Celso Campilongo¹⁴. E, assim, a jurisdição não se coloca em uma relação de subordinação em relação ao Legislativo: e por isso pode, inclusi-

¹³ Para o contexto norte-americano, as palavras de Gordon S. Wood (1972, p. 292) são elucidativas: “O desenvolvimento americano do que viria a ser chamado de *judicial review* não foi simplesmente um produto de sua concepção de Constituição como *higher law* esculpida em um documento escrito. Outros estados desenvolveram constituições formais, rígidas, desde o século XVIII sem, ao mesmo tempo, permitir aos juizes de seus tribunais afastar atos legislativos em conflito com a Constituição”.

¹⁴ Celso Campilongo (2002, pp. 103-107) vê isso de forma muito interessante, ao articular a diferença jurisdição/legislação com outra, que é muito cara à teoria da diferenciação, qual seja a forma programação condicional/teleológica.

ve, anular normas que lhe pareça não-conformes ao direito. O direito, aqui, não é o natural, representado em uma *fundamental law*, e sim a Constituição, que é plenamente adjudicável.

Assim, a observação de Marshall parte do pressuposto que a comunicação entre direito e política, via Constituição, requer uma organização formal que torne operacional o mecanismo de acoplamento. Essa organização é o Judiciário, que, a partir de então, não teria mais funções de governo, como é próprio da pré-modernidade¹⁵. Não somente nos Estados Unidos. A Revolução Francesa se apressou em realizar movimento bem semelhante, conforme se pode verificar a partir da Lei de 16-24 de agosto de 1790, Título II, que declarou em seu art. 13 que “as funções judiciais são distintas e serão sempre separadas das funções administrativas” (MANNORI; SORDI, 2003, p. 76). E é bem significativo que, nesse cenário de distinção direito/política, jurisdição/administração e jurisdição/legislação, a primeira cátedra de “*droit constitutionnel*” seja criada no ano universitário de 1789-1790, na Faculdade de Direito de Nancy, na França (MESTRE, 2003, p. 467).

Tão logo selecionada enquanto sentido social, a Constituição, esse curioso artefato – uma aquisição evolutiva – que é representado por uma norma posta por determinação da soberania popular, se difunde pelo Ocidente como uma forma apta a regular a relação entre direito e política, na medida em que busca conformar o governo às suas disposições (DOGLIANI, 1994, p. 194).

¹⁵ Antônio Manuel Hespanha (1993, p. 385) informa que nas condições pré-modernas, a jurisdição é o principal poder à disposição do governante. Cf. também a profunda análise de: (COSTA, 2002, pp. 364-368).

Referência bibliográfica

ACKERMAN, Bruce. *The Failure of the Founding Fathers: Jefferson, Marshall, and the rise of Presidential Democracy*. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2005.

BELZ, Herman. *A living Constitution or fundamental law? American constitutionalism in historical perspective*. Maryland: Rowman & Littlefield, 1998.

BLACKSTONE, Sir William. *Commentaries on the Laws of England: a facsimile of the First Edition of 1765-1769*. Vol. I. Chicago: University of Chicago Press, 1979.

BRETONE, Mario. *História do direito romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “Controle de constitucionalidade e democracia”. In: MAUÉS, Antonio Moreira. *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Nº 39. Belo Horizonte: Janeiro-Junho de 2001.

COSTA, Pietro. *Iurisdictio: semantica del potere político nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè, 2002.

DIETZE, Gottfried. *The Federalist: a classic on federalism and free government*. 3ª ed. Baltimore: John Hopkins Press, 1962.

DIPPEL, Horst. "Popular sovereignty and the separations of powers in American and French Revolutionary constitutionalism." In: *Amerikastudien: Eine Vierteljahrsschrift*. Jahrgang 34. München: Wilhelm Fink Verlag: 1989.

DIPPEL, Horst. *As convenções no direito constitucional comparado*. Trad. Renato Bigliazzi. Brasília: Faculdade de Direito-UnB, 2006 (manuscrito inédito).

DOGLIANI, Mario. *Introduzione al diritto costituzionale*. Bolonha: il Mulino, 1994.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la Antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001.

GARRATY, John. "The case of the missing commissions". In: GARRATY, John (org.). *Quarrels that have shaped the Constitution*. New York: Harper & Row, 1988.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GORDON, Scott. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. 2ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Trad. Irene Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HAMILTON, Alexander. "Nº 78, May 28, 1788: a view of the Constitution of the Judicial Department in relation to the tenure of good behaviour". In: HAMILTON, Alexander. MADISON, James. JAY, John. *The Federalist*. Edição de J. R. Pole. Indianapolis: Hackett Publishing, 2005.

HENNINGER, Julien. *Marbury v. Madison: un arrêt fondateur, mal fondé*. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005.

HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e perspectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LUHMANN, Niklas. “A posição dos tribunais no sistema do direito”. In: *Revista da Ajuris*. Nº 49, ano XVII, julho de 1990.

LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (orgs.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

LUHMANN, Niklas. “Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system”. *Cardozo Law Review*. Vol. 13, n.º 5. New York: NY Editorial Office, março de 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: 1985.

LUTZ, Donald. *The Origins of the American constitutionalism*. Baton Rouge: Louisiana University, 1988.

MADDOX, Graham. “Constitution”. In: BALL, Terence; FARR, James; HANSON, Russell. *Political innovation and conceptual change*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1995.

MANNORI, Luca. SORDI, Bernardo. “Giustizia e amministrazione”. In: FIORAVANTI, Maurizio (org.). *Lo Stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*. 2ª ed. Bari: Editori Laterza, 2003.

MARSHALL, John. “William Marbury contra James Madison – Sessão de fevereiro de 1803 (I, repertório de Cranch, 137-180)”. In:

Decisões constitucionais de Marshall. (trad. e organização Américo Lobo). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional: 1903.

McDONALD, Forrest. *Novus Ordo Seclorum: the intellectual origins of the Constitution*. Lawrence: University of Kansas Press, 1985.

McILWAIN, Charles Howard. "Magna Carta and the Common Law". In: *Constitutionalism & the changing world – collected papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

MESTRE, Jean-Louis. "Les emplois initiaux de l'expression 'droit constitutionnel'". In: *Revue Française de Droit Constitutionnel*. Nº 55. Paris: Presses Universitaires de France, julho de 2003.

NINO, Carlos Santiago. "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad". In: *Fundamentos y alcance del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de Setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (tese de doutorado), 2004 (inédito).

POCOCK, John G. A. "1776: the revolution against Parliament". In: *Virtue, Commerce and History: essays on political thought and history, chiefly in the Eighteenth Century*. Cambridge: Press of the Syndicate of the University of Cambridge, 1985.

RIBEIRO, Renato Janine. "A Constituição contra a Constituinte". In: *Filosofia Política* 4. Porto Alegre, Campinas: UFRGS, L&PM, Unicamp, 1987.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. "Notas sobre a constituição do direito público na idade moderna: a doutrina das leis funda-

mentais”. In: *Seqüência – Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Ano XXVI, número 53. Florianópolis: CPGD-UFSC, dezembro de 2006.

STOURZH, Gerald. “Constitution: changing meanings of the term from the early Seventeenth to the late Eighteenth century”. In: BALL, Terence; POCOCK, John Greville Agard (orgs.). *Conceptual change and the Constitution*. Lawrence: University Press of Kansas, 1988.

TRIBE, Laurence. DORF, Michael. *Hermenêutica constitucional [On reading the Constitution]*. Trad. Amarílis Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TROPER, Michel. “The logic of justification of the judicial review”. In: *International Journal of Constitutional Law*. Vol. 1, nº1. Oxford, New York: Oxford University Press; New York University School of Law, 2003.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes* (1758). Ed. de Vicente Marotta Rangel. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão; Editora UnB, 2004.

WOOD, Gordon S. “The origins of the judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less.” In: *Washington and Lee Law Review*. Vol. 56. Lexington: Washington and Lee University, Verão de 1999.

WOOD, Gordon. *The creation of american republic 1776-1787*. New York: W. W. Norton & Company, 1972.

Do impacto das Contribuições Sociais PIS/Pasep e COFINS na fatura de energia elétrica e da necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão

Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima

Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil - Seção Ceará.
Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduado em Direito. Processual
Civil pela Faculdade Farias Brito.
Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE.

Resumo: Com o advento das Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003, os tributos PIS/Pasep e COFINS passaram a incidir de forma não-cumulativa, além de terem suas alíquotas majoradas de 0,65% e 3%, respectivamente, para 1,65% e 7,6%. Dentro deste contexto, a ANEEL passou a homologar as tarifas de energia elétrica sem levar a efeito os referidos tributos, ficando as concessionárias expressamente autorizadas a proceder com o repasse direto destes aos consumidores finais. A propósito, tal procedimento encontra embasamento jurídico sólido que o reveste de legalidade, mormente considerando a existência de estudos técnicos demonstrando o impacto destas alterações no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão.

Palavras-chave: PIS/Pasep; COFINS; Repercussão econômica; Majoração; Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo.

1. Introdução

Tema de grande repercussão no âmbito jurídico, o repasse dos valores referentes às Contribuições Sociais para Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/Pasep e Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS vem sendo questionado por consumidores de todo o país.

Segundo alegam os consumidores, tais tributos são classificados como tributos diretos incidentes sobre o faturamento ou a receita bruta das concessionárias de energia elétrica, os quais deveriam ser custeados por estas.

Contudo, tal questão não poderá se analisar tão somente sobre o enfoque da classificação econômica dos tributos em diretos e indiretos, fazendo-se necessária a análise das questões de ordem técnica e jurídica, sendo esta a proposta da presente resenha.

2. Dos tributos PIS/Pasep e COFINS e da repercussão destes no preço final do consumo de energia elétrica

Com o propósito de melhor analisarmos a questão, iniciamos o nosso estudo com a abordagem dos tributos objeto do repasse questionado pelos consumidores de energia elétrica.

O Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS foi instituído pela Lei Complementar n.º 7, de 7 de setembro de 1970, o qual foi posteriormente unificado ao Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – Pasep através da Lei Complementar n.º 26, 11 de setembro de 1975, havendo a Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS sido criada pela Lei Complementar n.º 70, de 30 de dezembro de 1991.

Ambos os tributos são Contribuições Sociais e encontram respaldo no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal, os quais possuem como fato gerador o faturamento mensal da pessoa jurídica, assim entendido o total das receitas auferidas por estas, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

Nesta hipótese, diz-se que tais tributos são *diretos*, posto que suportados “de direito” por aqueles que auferem receitas.

Segundo Amaro (2006, p. 90), a referida classificação se trata de *conteúdo econômico*, e ressalva:

Essa classificação é fonte de incertezas, pois não raras as vezes tributos ditos “indiretos” não são repassados a terceiros, mas suportados pelo próprio contribuinte de direito. Por outro lado, é di-

fácil encontrar um tributo dito “direito” que não possa, por algum mecanismo, ser “embutido” no preço de bens ou serviços e, portanto, “repassado” a terceiros.
(destacamos)

A bem da verdade, é comum a confusão que se faz em torno da classificação econômica dos tributos e os mecanismos de formação de preço.

Muito embora o PIS/Pasep e a COFINS possam ser classificados doutrinariamente como *tributos diretos*, tem-se que, **sob a óptica econômica**, estes, bem como todo e qualquer tributo, **repercutem no preço das mercadorias e serviços**, tudo pelo simples fato de serem considerados como um **custo** integrado ao serviço.

Por sua vez, nos termos a que alude o artigo 9º da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação”.

Segundo os ensinamentos de Pires e Piccinini (1998, p. 162)

A “tarifa pelo preço” do serviço é aquela que é definida em processo de licitação para exploração dos serviços, segundo o critério do menor preço ofertado. Esta tarifa inicial poderá ser regulada, posteriormente, por um dos métodos já discutidos. O objetivo desse mecanismo é assegurar a prestação dos serviços com preços reduzidos, além de criar estímulos à eficiência produtiva das firmas, tendo em vista que os preços preestabelecidos em contrato incentivam a redução de custos.

Desta forma, na composição da tarifa de energia elétrica, além da remuneração devida à concessionária do serviço público, são considerados ainda todos os custos relacionados à geração, transmissão e distribuição, incluindo ainda a amortização dos investimentos

realizados e demais encargos e tributos que repercutem direta ou indiretamente na prestação do serviço.

Sobre o tema, Justen Filho (1997, p. 147) corrobora da seguinte forma:

[...] Ao elaborar sua proposta, o particular avaliará seus custos diretos e indiretos. Estarão abrangidos todos os encargos, inclusive os fiscais, desde que incidentes sobre as atividades referidas à execução do objeto contratual. A dimensão da carga fiscal representa um dos elementos de avaliação de resultados a serem obtidos pelo particular, pois produz elevação ou redução das vantagens e encargos assumidos pelo contratado. Logo, a variação dos deveres tributários não comporta tratamento jurídico específico distinto para exame do problema da equação econômico-financeiro do contrato administrativo.

No caso em questão, a inserção dos encargos fiscais na composição da tarifa de energia elétrica se torna mais explícita na medida em que o §3º do artigo 9º da Lei n.º 8.987/1995 estabelece que **a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos (diretos ou indiretos) que impactuem no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão ensejará na revisão da tarifa pública**, conforme será exposto mais adiante.

De fato, a sistemática de repasse de custos (diretos e indiretos) é igualmente adotada por todos os segmentos da economia, tratando-se este de mecanismo de composição e reajuste de preços, não podendo o mesmo ser diferente em relação aos contratos de concessão de serviços públicos.

3. Das alterações na legislação do PIS/Pasep e da COFINS e da necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão

Uma vez superada questão relativa à composição da tarifa de energia elétrica, cabe-nos expor as razões pelas quais as concessionárias de energia elétrica passam a efetuar o repasse direto dos custos financeiros referentes aos tributos PIS/Pasep e COFINS.

Inicialmente, as referidas Contribuições Sociais eram cobradas sob o regime da cumulatividade, de modo que os tributos incidiam sobre cada uma das etapas da cadeia produtiva, criando assim o denominado “efeito cascata”.

Posteriormente, por força das Leis Ordinárias n.ºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, as referidas Contribuições Sociais passaram a incidir sob a sistemática da *não-cumulatividade*, a qual é operada através da redução da base de cálculo mediante a dedução de custos e despesas referentes às fases anteriores.

Paralelamente, foram majoradas as alíquotas do PIS/Pasep e COFINS de 0,65% e 3%, respectivamente, para 1,65% e 7,6%.

Neste aspecto, tem-se que ao invés de representar uma desoneração da carga tributária, **a alteração do sistema cumulativo para o sistema não-cumulativo – aliada à majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS – poderá trazer impactos negativos**, especialmente em relação aos setores econômicos que possuem extensas cadeias de produção.

Diante de tais circunstâncias, as Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica da Agência Nacional de Energia Elétrica elaboraram Nota Técnica (2004) acerca do “impacto da majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS”, a qual concluiu da seguinte forma:

I. DO OBJETO

A presente Nota Técnica tem por objeto suportar decisão da Agência Nacional de Energia Elétrica

– ANEEL no processo que visa a exclusão das tarifas de energia elétrica dos encargos referentes à Contribuição para o Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

II. DOS FATOS

...

Tributos no Setor Elétrico

8. As revisões de tarifa decorrentes de alteração dos tributos são regidas pelo disposto no §3º do art. 9º da Lei n.º 8.987/95, o qual estabelece que, quando comprovado seu impacto, a alteração de tributos “implicará a revisão de tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso”. Está na Lei:

...

11. Com efeito, se houver comprovação do impacto em função da elevação das alíquotas do PIS/PASEO e da COFINS, haverá revisão das tarifas, pois é direito da concessionária e dever do Poder Concedente.

...

Impacto da não-cumulatividade do PIS/PASEP e da COFINS no setor elétrico

14. Especificamente com relação à alteração das alíquotas do 0,65% a 3% para 1,65% e 7,6%, respectivamente, para as contribuições sociais para o PIS/PASEP e a COFINS, e ainda migrando do sistema cumulativo para o não-cumulativo, sujeito ao concessionário, desde que comprovado o impacto, positivo ou negativo a um ajuste tarifário, para mais ou para menos, conforme o caso.

...

III. DA ANÁLISE

18. Para o cenário até então apresentado, é certo o direito das concessionárias à recomposição tarifária, em função das alterações promovidas pelas Leis nº 10.637/2002 e nº 10.833/2003.

19. Ressaltamos que os custos com PIS/PASEP e COFINS tem natureza de custo não gerenciável, porém enquadra-se como Parcela B, que por definição seria objeto de revisões tarifárias de quatro em quatro anos, entretanto, por todo exposto, caso o impacto da majoração das alíquotas seja devidamente comprovado, teria o Poder Concedente o dever de proceder uma revisão extraordinária.

...

V. CONCLUSÃO

27. Em função do exposto, poderá a ANEEL realizar um movimento tarifário no sentido de retirar das tarifas de energia – a exemplo do que foi feito pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL – os percentuais relativos aos tributos PIS/PASEP e COFINS, atribuindo às concessionárias a responsabilidade pela inclusão dos percentuais reais nas faturas de energia elétrica.

28. Desta forma, a tarifa de energia elétrica ficará “pura” apenas com os componentes exclusivamente setoriais, facilitando a gestão dos processos de reajuste e revisão tarifária, evitando a proliferação de revisões extraordinárias e simplificando o processo como um todo.
(grifamos)

Neste contexto, a já citada Lei n.º 8.987/1995 assegura às concessionárias de serviços públicos a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão**, conforme exposto em seu artigo 9º, §§ 2º e 3º, a saber:

Art. 9º. *Omissis.*

§1º. *Omissis.*

§ 2º. Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de **manter-se o equilíbrio econômico-financeiro**.

§ 3º. Ressalvados os impostos sobre a renda, a **criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.**

Acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, Mello (2007, p. 619-620) explana o seguinte:

Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível.

Também discursando sobre o tema, Justen Filho (*Op. cit.*, p. 145-146) comenta:

Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativamente ou qualitativamente, apenas o âmbito dos *encargos* ou tão-somente das *retribuições*. Se foram adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as *retribuições*. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das *retribuições*. Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de *magnetização* dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da rela-

ção jurídica: à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo.

Mais adiante, completa (p. 147-148):

A decorrência da alteração da equação econômico-financeira do contrato administrativo é, basicamente, a recomposição de preços. Os preços previstos originalmente deverão ser alterados, de molde a permitir a manutenção da relação entre encargos e benefícios prevista na proposta aceita pela Administração Pública. Havendo elevação dos encargos, o particular tem o direito de obter elevação proporcional dos preços contratuais. Se for caracterizada a redução dos encargos, promove-se a correspondente redução dos preços.
(...)

A flutuação da carga fiscal afetará a equação econômico-financeira do contrato administrativo em diversas hipóteses. Deverá reputar-se como relevante, para fins de equação econômico-financeira do contrato administrativo, qualquer modificação da legislação tributária que afetar a carga fiscal relacionado com a execução da prestação contratual. Consideram-se, tendo em vista o objeto deste parecer, apenas as situações de agravamento da posição do contrato.

Por oportuno, ressalta-se que **o impacto da majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS na composição da tarifa foi amplamente demonstrado na supra transcrita Nota Técnica n.º 126/2004-SFF/SRE/ANEEL**, a qual demonstrou também que a adoção da sistemática da não-cumulatividade dos referidos tributos “gera uma série de variáveis que contornam o real impacto decorrentes das alterações promovidas pelos mencionados dispositivos legais [Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003]”.

Dentro deste contexto, visando neutralizar o impacto econômico-financeiro advindos, a referida Nota Técnica apresentou as seguintes recomendações:

VI. DA RECOMENDAÇÃO

29. Em função do exposto recomendamos que

- a ANEEL deverá retirar das tarifas de energia elétrica os percentuais de 0,65% e 3% relativos ao PIS/PASEP e a COFINS respectivamente, ficando sob a responsabilidade das concessionárias a identificação e a inclusão dos valores relativos ao PIS/PASEP e a COFINS efetivamente apurados e devidos, com base na legislação em vigor;
- com relação aos impactos ocorridos no período de vigência das Leis n.º 10.637/2002 e n.º 10.833/2003, até a data base de exclusão das tarifas dos tributos em questão e conforme já orientado por meio de Ofícios, deverá a ANEEL estabelecer cronograma para o equacionamento os ativos acumulados pelas concessionárias, observando que os valores deverão ser validados previamente pela a fiscalização econômica e financeira, objetivando o ressarcimento;
- seja destacado em Resolução Normativa que as concessionárias deverão cobrar do consumidor de energia elétrica os custos reais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS.
(grifamos)

Em face desta realidade, a Procuradoria Federal na ANEEL emitiu Parecer (2004) acerca da “alteração da sistemática de repasse de cobertura tarifária para os custos decorrentes do recolhimento de PIS/PASEP e da COFINS”, o qual opinou da seguinte forma:

II. DO PARECER

I. RELATÓRIO

...

3. Ao assim disporem, as novas leis do PIS/PASEP e da COFINS criaram uma situação jurídica nova em que não obstante tenha havido majoração da alíquota das contribuições conferiu-se, por outro lado, a possibilidade de creditamento de valores que serão deduzidos do montante final a ser recolhido aos cofres públicos.

4. Nessa nova realidade jurídica, o **custo efetivo** com o pagamento desses tributos passa a ser **variável**, não mais correspondendo ao equivalente simples dos percentuais das alíquotas, tal como anteriormente fixado. Desse modo, não há como se antever, portanto, qual o valor exato que será despendido pelos concessionários para fazer frente a esses custos.

...

II. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 – Os contratos de concessão e as cláusulas tarifárias

8. A questão trazida ao conhecimento da Procuradoria é extremamente complexa e requer algumas considerações prévias. Por versar sobre possibilidade de conferir novo tratamento às tarifas, cumpre-se mencionar, desde logo, que **a essência contratual da concessão reside justamente nessas cláusulas tarifárias.**

...

13. **A fixação inicial do equilíbrio econômico-financeiro do contrato se dá na data da sua assinatura.** Neste instante, após necessária precedência de procedimento licitatório, o concessionário reconhece que os valores e os termos fixados são suficientes para a prestação do serviço concedido. Como o passar do tempo, situações fáticas podem vir a alterar a equação acerta inicialmente. Para que não haja esse risco, **o ordenamento prevê institutos capazes de rever o contrato a fim de assegurar o seu equilíbrio econômico e financeiro.**

14. Nesse entendimento, “a acréscimos de encargos ou mutações de condições de funcionamento do serviço que se reflitam sobre a equação patrimonial hão de corresponder as compensações pecuniárias restauradoras do equilíbrio inicial” em favor do concessionário.

...

2.2 A política tarifária em casos de alterações tributárias

...

22. A doutrina tem reconhecido que o incremento de carga tributária, mesmo que prevista indistintamente a toda a coletividade, quando repercutir na concessão outorgada também enseja revisão tarifária por constituir uma **espécie de álea extraordinária** que foge do controle e da gerência do concessionário. Tem-se, para esses casos, configurado o **Fato do Príncipe**.

23. A recomposição das tarifas diante do Fato do Príncipe tem por fundamento a **responsabilidade extracontratual do Estado, o princípio da isonomia ou mesmo o “princípio da partilha das cargas públicas”**, tendo em vista que sua repercussão no mundo jurídico não se dirige especificamente a um contrato ou a um concessionário em particular, mas sim a toda coletividade, podendo ensejar, por via indireta, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

...

2.4 Tratamento hoje cabível para o tema – Revisão Tarifária Extraordinária

34. Diante desse quadro fático e normativo, a alteração tributária promovida no PIS/PASEP e na COFINS, por ter gerado impacto nos contratos de concessão, merece ser revista a fim de que as tarifas absorvam os efeitos modificativos do equilíbrio econômico-financeiro, sem para majorá-las ou minorá-las.

35. É que conforme discorrido nos tópicos anteriores, **a alterações na carga fiscal que repercute na concessão outorgada deve manter caracteres de neutralidade quando ao equilíbrio econômico-financeiro acertado quando da celebração dos contratos de concessão.** É que não é admissível que tributos possam gerar variações positivos (lucros) ou negativas (incrementos de ônus) para os concessionários que acordaram em prestar um serviço em colaboração com o Poder Público.

...

2.5 – Análise da proposta da SER/SFF sobre alteração do repasse tarifário

37. Para enfrentar essa nova realidade, as áreas técnicas da ANEEL sugerem “não ter mais que incluir nas tarifas de energia elétrica o valor do PIS/PASEP e da COFINS, ficando a cargo dos agentes incluir tais valores nas faturas de energia elétrica, a exemplo do que ocorre com o ICMS”.

...

B) O Regime tarifário pelo preço

56. É que, ao se possibilitar a apartação desses tributos do repasse tarifário, as competências homologatórias da ANEEL na fixação da tarifa deixarão de ser feitas com base na análise **contábil dos custos dos concessionários** – típica do regime pelo custo e sujeitas à assimetria de informação.

57. A ANEEL não terá, portanto, que mensurar e analisar, previamente, comportamentos que os concessionários terão que adotar no trato de suas obrigações tributária para conferir **repasse tarifário à composição de suas novas receitas requeridas para os próximos períodos tarifários.**

...

III. CONCLUSÃO

74. Ante todo o exposto, conclui-se que o ordenamento jurídico respalda a proposta sugerida

pelas Superintendências da ANEEL para dar novo tratamento ao PIS/PASEP e à COFINS nos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.
(destaques originais)

A partir desde momento, observa-se que o Parecer em questão, ao concluir pela possibilidade jurídica e legalidade do repasse dos valores referentes à contribuição do PIS/Pasep e da COFINS, adotou as seguintes premissas:

- 1 - necessidade de manter uma política energética que assegure a qualidade do serviço prestado;
- 2 - necessidade de constante manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;
- 3 - alteração da sistemática de apuração e arrecadação do PIS/Pasep e da COFINS, de “cumulativo” para “não cumulativo”;
- 4 - a majoração das alíquotas do PIS/Pasep e da COFINS, respectivamente, de 0,65% e 3,00% para 1,65% e 7,6%;
- 5 – condição de excluir o PIS/Pasep e da COFINS na composição da tarifa de energia.

Em suma, opinou-se no sentido de que os custos financeiros referente ao PIS/Pasep e à COFINS deixariam de ser computados na composição da tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL, cabendo às concessionárias de energia elétrica inseri-las diretamente na conta de energia elétrica dos consumidores finais, mantendo-se assim o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

4. Da legalidade do repasse dos custos relativos aos tributos PIS/Pasep e da COFINS diretamente aos consumidores finais de energia elétrica

Inicialmente, tem-se que ter em mente que, à luz da Lei n.º 9.427/1996, a fixação das tarifas públicas do serviço de energia elétrica é de competência exclusiva da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, a qual tem por finalidade precípua a regulamentação e fiscalização da produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em todo o território nacional.

Por sua vez, em face das alterações advindas na legislação tributária, cujos impactos foram demonstrados através de Nota Técnica (*Op. cit.*), adotando-se ainda como base as premissas expostas em Parecer técnico (*Op. cit.*), a ANEEL passou a homologar as tarifas de energia elétrica sem levar a feito o impacto do PIS/Pasep e da COFINS, e, para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, passou a autorizar, individualmente, a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica, tal como já vinha procedendo em relação ao ICMS.

Por oportuno, é imperioso atentar que **a adoção de tal procedimento foi precedido de Audiência Pública¹ promovida pela ANEEL**, na qual se garantiu a participação de “consumidores e agentes do setor de energia elétrica e demais interessados” com o seguinte objetivo:

Obter subsídios e informações adicionais para o aprimoramento de ato regulamentar a ser expedido pela ANEEL, que estabelece metodologia de cálculo para as concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição, visando a adição à tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL dos percentuais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS e critérios de apuração dos impactos financeiros provocados pela majoração das alíquotas e da forma de apuração dos mencionados tributos.

¹ Aviso de Audiência Pública, Minuta de Resolução e Nota Técnica disponível no site da ANEEL através do link http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/dspListaDetalhe.cfm?attAnoAud=2005&attIdeFasAud=163&id_area=13

A bem da verdade, tal metodologia se insere dentro da **política tarifária** estabelecida pela ANEEL, a qual é empregada como **alternativa à majoração das tarifas de energia elétrica, evitando assim práticas invasivas daquela Agência Reguladora em matéria de competência de outros órgãos públicos ou na própria gestão da concessionária**, sem, entretanto, que isto afete o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Observa-se mais que **tal medida não causou nenhum prejuízo aos consumidores finais**, mormente que, além de excluir o PIS/Pasep e a COFINS da composição da tarifa de energia elétrica, importou em atribuir **maior transparência quanto aos tributos pagos pelos mesmos, dispondo este de informações claras e adequadas sobre os custos que compõem o serviço de fornecimento de energia elétrica**.

Por outra via, tem-se ainda que a metodologia empregada pela ANEEL não enseja qualquer espécie de enriquecimento sem causa por parte das concessionárias de energia elétrica, mas tão somente manter a equação econômica-financeira do contrato, preservando assim as “condições efetivas da proposta” (*ex vi* do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal).

Todavia, consumidores (e associações) de todo o país estão ingressando com ações judiciais questionando tal repasse sustentando, em breve síntese, que o mesmo seria abusivo, sobretudo considerando que os referidos tributos são de responsabilidade das próprias concessionárias, de modo que estes não poderiam repassá-los aos seus consumidores finais.

Contudo, conforme já exposto em linhas anteriores, não há o que se mensurar em qualquer ilegalidade neste sentido, mormente que

(i) sob a óptica econômica, **os tributos PIS/Pasep e a COFINS repercutem no preço final do serviço de fornecimento de**

energia elétrica, de modo que as parcelas relativas à tais encargos eram inseridas na composição da tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL;

(ii) nos anos de 2003 e 2004, respectivamente, **os tributos PIS/Pasep e a COFINS tiveram suas alíquotas majoradas de 0,65% e 3% para 1,65% e 7,6%;**

(iii) paralelamente, os referidos tributos passaram a incidir de forma não-cumulativa, resultando assim em “uma série de variáveis que contornam o real impacto decorrentes das alterações promovidas pelos mencionados dispositivos legais [Leis n.ºs 10.637/2002 e 10.833/2003]”.

Sendo assim, adveio a **necessidade de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro** do contrato de concessão pública, conforme reconhecido em Parecer (*Op. cit.*) emitido pela Procuradoria Federal na ANEEL.

Desta forma, depois de acurada análise técnica e jurídica, a ANEEL resultou por adotar a seguinte metodologia:

(iv) as tarifas referentes ao serviço público passaram a ser homologadas sem mensurar o impacto econômico-financeiro decorrentes da majoração da alíquota do PIS/Pasep e da COFINS e da adoção da sistemática de não-cumulatividade; e, sucessivamente,

(v) autorizou, individualmente, a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica.

De tal sorte, **tal metodologia não impactou a conta de energia** paga pelos consumidores finais, posto que, em termos práticos, **os custos financeiros referentes ao PIS/Pasep e à COFINS continuam sendo arcados por estes**, só que agora de forma direta, e não mais indireta (inserida no valor da tarifa de energia).

Sobre o tema, o **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba** (2009) acordou no sentido de que **“não é ilegal a inclusão do valor das constrições PIS e da COFINS no valor das faturas mensais referente à prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica”**, conforme Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. **REPASSE DO PIS E DA COFINS NAS FATURAS MENSAS.** CUSTO DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. **LEGALIDADE.** ANTECIPAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PROVIMENTO.

- Nos termos do art. 273 do Código de Processo Civil, a concessão da tutela antecipada exige a prova inequívoca da verossimilhança da alegação e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

- **Não é ilegal a inclusão do valor das contribuições PIS e da COFINS no valor das faturas mensais referentes à prestação do serviço de fornecimento de energia elétrica, pois os encargos financeiros tributários da concessionária podem ser incluídos no valor da tarifa, quando comprovado seu impacto, nos termos do artigo 9º, §3º, da Lei n.º 8.987/95.** Ponderação por meio da qual se conclui pela ausência da verossimilhança das alegações.
(destacamos)

No mesmo sentido, o **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** (2009) consolidou o entendimento segundo o qual **“a carga tributária relativa ao PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos”**, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE ENERGIA ELÉTRICA. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. ART. 273 DO CPC.

Tratando-se de mera transferência econômica do custo do serviço, a carga tributária relativa ao PIS/COFINS pode ser repassada aos consumidores, que são os contribuintes de fato e devem arcar com tais custos, permanecendo inalterada a relação jurídico-tributária entre a concessionária e a União.

Inteligência do art. 9º da Lei nº 8.987/95.

Uniformização de Jurisprudência nº 70018180281, da 1ª Turma Cível desta Corte.

Precedentes do STJ, TJRS.

Não atendidos, desta forma, os requisitos do artigo 273 do CPC para a concessão da tutela antecipada, porque ausente a verossimilhança do direito alegado, impõe-se a manutenção da decisão agravada.

Agravo de instrumento a que se nega seguimento.

(destacamos)

Em termos gerais, o foco jurídico da questão reside tão somente na possibilidade jurídica da **repercussão econômica do PIS/Pasep e da COFINS** como forma de **manter o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias** em face às alterações na legislação tributária referente a tais tributos, nos termos a que aludem o artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/1995.

Mais do que um aspecto meramente jurídico, o **impacto das referidas Contribuições Sociais na fatura de energia elétrica** foi de-

monstrado através de estudo técnico pontual, encargos estes que anteriormente eram inclusos na tarifa de energia elétrica.

5. Conclusão

Em face das alterações advindas na sistemática de arrecadação do PIS/Pasep e da COFINS ocasionadas pelas Leis n.ºs 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003, as quais também majoraram as alíquotas dos respectivos tributos, resultando assim na elevação da carga tributária no setor energético, conforme demonstrado em estudos técnicos elaborados pela ANEEL.

A princípio, tais encargos já eram levados a feito pela referida Agência Reguladora por ocasião da tarifa de energia elétrica, sendo que, em razão da sistemática da não-cumulatividade, a base de cálculos dos referidos tributos se tornou variável, “o que fatalmente implica apurações dos tributos (PIS/Pasep e COFINS) diferentes mês a mês” (Nota Técnica, 2005), o que ensejaria em inúmeros pedidos de revisão de tarifa.

Dentro texto contexto, por razões técnicas, as tarifas de energia elétrica passaram a ser homologadas sem levar em consideração a alíquota efetiva PIS/Pasep e da COFINS, ficando, outrossim, as concessionárias de energia elétrica autorizadas em ato específico a proceder com a inclusão dos referidos tributos no valor final da energia elétrica.

De tal sorte, verifica-se que **inexiste qualquer espécie de injuridicidade em tal procedimento**, haja vista que este visa tão somente restabelecer as “condições efetivas da proposta”, conforme disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 9º, §§ 2º e 3º, da Lei n.º 8.987/1995.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 12^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANEEL - Agência Nacional de Energia Elétrica. Nota Técnica n.º 126/2004-SFF/SRE/ANEEL. *Impacto da majoração das alíquotas do PIS/PASEP e da COFINS*. Brasília: Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica, ANEEL, 17 Set. 2004, 15 páginas.

_____. Parecer n.º 324/2004-PF/ANEEL. *Alteração da sistemática de repasse de cobertura tarifária para os custos decorrentes do recolhimento de PIS/PASEP e da COFINS*. Brasília: Procuradoria Federal, ANEEL, 26 Nov. 2004, 22 páginas.

_____. Nota Técnica N.º115/2005-SFF/SRE/ANEEL. *Promoção de Audiência Pública para obtenção de subsídios e de informações adicionais para definição da metodologia para as concessionárias, permissionárias e autorizadas de distribuição adicionarem à tarifa de energia elétrica homologada pela ANEEL os percentuais relativos ao PIS/PASEP e a COFINS*. Brasília: Superintendências de Fiscalização Econômica e Financeira e Regulação Econômica, ANEEL, 18 Abr. 2005, 7 páginas.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm>. Acesso em: 02 Set. 2009.

_____. Lei n.º 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. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 28 Ago. 2009.

_____. Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em: <[http://www. Planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 28 Ago. 2009.

_____. Lei n.º 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9427compilada.htm>. Acesso em 28 Abr. 2009.

_____. Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10637compilado.htm>. Acesso em 15 Set. 2009.

_____. Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. Congresso Nacional. Disponível em < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.833compilado.htm>. Acesso em 15 Set. 2009.

BRITO, Vítor Ferreira Alves de. PIS e COFINS na tarifa de energia elétrica. *Valor*, Rio de Janeiro, 19 ago. 2009. Caderno Legislação & Tributos, p. E-2.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos (Comentários às leis n.ºs 8.987 e 9.074, de 1995)*. São Paulo: Dialética, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PARAÍBA (Estado da). Tribunal de Justiça: 2ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. REPASSE DO PIS E DA COFINS NAS FATURAS MENSAS. CUSTO DO SERVIÇO. TRANSFERÊNCIA ECONÔMICA DOS ENCARGOS TRIBUTÁRIOS. LEGALIDADE. ANTECIPAÇÃO DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. PROVIMENTO. Agravo de Instrumento n.º200.2009.010.969-1/001. Relator: Carlos Eduardo Leite Lisboa, j. 28/07/2009.

PIRES, José Cláudio Linhares, PICCININI, Maurício Serrão. Modelos de regulação tarifária do setor elétrico. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 9, jun. 1998.

RIO GRANDE DO SUL (Estado do). Tribunal de Justiça: 22ª Câmara Cível. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA E DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS E COFINS REPASSADOS NAS FATURAS DE energia elétrica. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. ART. 273 DO CPC. Agravo de Instrumento n.º 70031684764. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 13/08/2009.

Os pareceres jurídicos administrativos e a responsabilidade do advogado parecerista no âmbito da administração pública

Vivian Zendron Rubio

Advogada em Fortaleza (Ceará).

Resumo: O artigo tem como objetivo abordar o tema da consultoria e assessoramento jurídicos junto à Administração Pública e sua influência sobre as decisões das autoridades públicas gestoras. Pretende-se interpretar, à luz da legislação competente, os diferentes tipos e aspectos dos pareceres jurídicos administrativos, diferenciando-os quanto ao poder de vinculação de seus termos sobre os atos de gestão posteriormente executados. Será analisada, ainda, a possibilidade de atribuir ao advogado público parecerista parcela de responsabilidade por consulta jurídica emitida com dolo ou culpa, considerando-se a natureza do parecer e a medida de contribuição e influência sobre decisão terminativa que venha a ser declarada irregular frente aos órgãos fiscalizadores. Através da interpretação do funcionamento da máquina pública, será possível examinar a relativização da inviolabilidade do advogado frente aos princípios norteadores da Administração Pública.

Palavras-chave: Administrativo; Parecer Jurídico Administrativo; Responsabilidade do Advogado Parecerista.

Ocupando posição de destaque em diversos procedimentos administrativos, o parecer jurídico, de uma forma geral, surgiu como ferramenta de extrema importância para assegurar a legalidade dos procedimentos realizados no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta.

Consubstanciando análise jurídica de fatos submetidos a exame por profissional especializado, o parecer indica opinamentos acerca de determinada matéria submetida à apreciação, figurando, atualmente, como foco de discussões que analisam sua força e natureza, essenciais ao entendimento de seus efeitos no âmbito da Administração Pública.

Inicialmente, cumpre avaliar o parecer administrativo à luz de seu conteúdo, verificando a hipótese de ser considerado ato administrativo ou não. José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 210), sem adentrar no mérito da questão, objetivamente define os pareceres como “atos administrativos unilaterais” e se utiliza de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (*apud* José dos Santos Carvalho Filho, p. 210) ao afirmar que através dos quais ‘se manifesta opinião acerca de questão submetida a pronunciamento.’

Ainda coadunando da mesma opinião, o jurista Diógenes Gasparini (2009, p. 79) qualifica o parecer jurídico como ato administrativo consultivo, lecionando da seguinte forma:

Quanto à natureza da atividade administrativa, os atos administrativos podem ser de *administração ativa, consultiva, controladora, verificadora e contenciosa*.

[...]

De *administração consultiva* são os atos que informam, esclarecem ou sugerem providências necessárias à prática dos atos administrativos, a exemplo dos informes (sobre certa situação), **pareceres (jurídicos)**, laudos (de avaliação, técnicos). **Para alguns autores e certas decisões de nossos tribunais, os pareceres não são atos administrativos, pois nada decidem. O fato de não serem atos decisórios não significa que não sejam administrativos.** (grifo nosso)

Observe-se que, como bem elucidou o supramencionado jurista, não é somente ato de cunho decisório que constitui um ato administrativo. Nestes termos, o parecer jurídico elaborado por advogado público pode perfeitamente enquadrar-se na qualificação de ato administrativo, uma vez que emana de autoridade pública competente, além de reunir todos os demais componentes que estabelecem a formação de um ato administrativo.

Atribuir ao parecer jurídico instrumentalizador de procedimentos públicos o caráter de ato administrativo eleva sua importância na análise de todo o processo, possibilitando relacionar, de acordo com a doutrina e jurisprudência, as diferentes naturezas assumidas.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 222 e 223) afirma o seguinte:

Segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979:575), o parecer pode ser **facultativo, obrigatório e vinculante**.

O parecer é **facultativo** quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é **obrigatório** quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à **solicitação** do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao chefe do executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar sua decisão.

O parecer é **vinculante** quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. (grifos originais)

Depreende-se a possível diferenciação dos pareceres jurídicos administrativos quanto à sua exigibilidade, classificando-os como facultativos ou obrigatórios, imputando aos últimos a possibilidade de serem vinculantes ou não.

Os pareceres jurídicos facultativos são aqueles voluntariamente encomendados pela autoridade gestora, portanto não formulados *ex officio*, que servirão para esclarecer ou apontar quais as soluções e interpretações mais adequadas para a matéria submetida a exame.

Trata-se de posicionamento proferido por advogados que geralmente compõem a Assessoria Jurídica de determinado setor da Administração Pública, estando a serviço desta para elucidar casos em que o gestor encontre dúvida acerca de questões que envolvam, por exemplo, contratações ou a realização de licitações.

O parecer jurídico administrativo facultativo compreende ferramenta auxiliar de extrema importância e conveniência no âmbito da Administração Pública. Para obter esta percepção, basta considerar os critérios de escolha de um gestor público. Não existem requisitos legais específicos de qualificação profissional para o preenchimento dos cargos de chefia dos órgãos da Administração Pública, fato este que contribui para a necessidade de auxílio jurídico nas tomadas de decisões e possíveis conflitos entre gestão e norma legal.

É por intermédio dos pareceres jurídicos requisitados pelos administradores-chefes às Assessorias Jurídicas que as situações que envolvam estrita legalidade ou a aplicação correta e mais adequada da Lei sofram análise pormenorizada pelos advogados locados naquele setor, manifestando seus pontos de vista ao longo do parecer.

Diferentemente da dispensabilidade do parecer facultativo, o parecer obrigatório é formalidade necessária à continuidade de determinados atos da Administração. Os órgãos consultivos responsáveis deverão ser ouvidos antes dos atos decisórios tomados pelo administrador.

Referida obrigatoriedade vem normatizada no art. 42 da Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, Lei nº 9.784/99, *in verbis*:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento.

Desta forma, o parecer obrigatório apresentar-se-á como opinião técnico-jurídica referente à questão abordada em processo administrativo, cuja manifestação deverá ocorrer antes da decisão terminativa da Administração, eis que sua ausência poderá acarretar a nulidade do ato final.

O jurista José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 211) definiu o parecer obrigatório da seguinte forma:

[...] são os atos de opinamento exigidos como preliminar da prática de outro ato, nos termos do respectivo preceito normativo. Neste caso, a solicitação do parecer é atividade vinculada do administrador e a ausência do ato opinativo compromete o próprio ato decisório. Se inobservada a obrigação, considerar-se-á que o ato decisório tem vício de legalidade quanto à forma, eis que faltante solenidade essencial a sua validade.

Delineando as diferenças essenciais entre os pareceres facultativos e os pareceres obrigatórios, Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dalari (2007, p. 178) assim lecionaram:

A distinção que efetivamente pode ocorrer é entre pareceres obrigatórios ou facultativos. Em certas situações as normas sobre processo administrativo podem determinar a obrigatoria emissão de um parecer jurídico antes da tomada de decisão. Em outras situações, pode ficar a cargo de quem decide a opção de solicitar, ou não, um parecer jurídico. De qualquer forma, quem decide tem o poder/dever de fazê-lo, com a livre convicção e a responsabilidade disso decorrente.

Atente-se para o fato de que, nos casos em que há previsão da obrigatoriedade do parecer, apesar de constituir formalidade de importância incontestável na lisura do procedimento e na descoberta prematura de falhas ou vícios, dependendo da força vinculante fixada a ele, sua ausência não implicará, necessariamente, a nulidade do ato. Em realidade, a análise de cada caso dependerá da norma regulamentadora específica da matéria.

Apesar de considerado vício quanto à formalidade, impende analisar, em cada caso concreto, as consequências da ausência do parecer e os possíveis prejuízos que podem ocorrer em decorrência disto, sopesando a razoabilidade e o interesse público quando da invalidação de todo o ato.

Cumprе esclarecer que a circunstância aplicativa do parecer obrigatório não-vinculante divide-se em dois momentos bem definidos. O requerimento do parecer, quando imposto por lei, ou seja, de natureza obrigatória, é ato vinculado do Administrador, significando dizer que não lhe é conferido a liberdade de escolha quanto à sua solicitação. Havendo a exigência legal, o gestor deve cumpri-la, requerendo o parecer em tempo hábil, a fim de que este integre o procedimento administrativo em andamento. Outro momento bastante distinto é o da decisão terminativa que, no caso do parecer não-vinculante, ocorrerá de forma discricionária e à conveniência do gestor, que goza de liberdade para decidir da forma que entenda ser a mais adequada, desde que bem motivado e fundamentado, mesmo que

culmine no não atendimento aos argumentos técnico-jurídicos trazidos no parecer por profissional especializado na área.

Espécie do gênero “parecer obrigatório”, o parecer vinculante é talvez o de maior importância no âmbito administrativo, sendo alvo de diversas discussões doutrinárias acerca de sua repercussão.

Previsto no art. 42, §1º da Lei 9.784/99, será aquele cujo requerimento por parte da autoridade administrativa apresentar-se-á obrigatório, além de reunir exposição de motivos e conclusão que limitará posterior decisão, não restando ao gestor outra solução senão aquela descrita no parecer. Saliente-se, entretanto, que sua força vinculante somente ocorrerá quando da existência de norma legal que o preveja e o regulamentarize no ordenamento inferior competente.

O Supremo Tribunal Federal, julgando o Mandado de segurança nº 24.631, considerou a opinião consultiva vinculante como aquela “na qual a lei estabelecerá a obrigação de ‘decidir à luz de parecer vinculante’, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p. 576-577) assim descreveu o parecer vinculante:

Parecer conforme, ou vinculante, é o que a Administração Pública não só deve pedir ao órgão consultivo, como deve segui-lo ao praticar o ato ativo ou de controle. Encerra regime de exceção e só se admite quando expressamente a lei ou o regulamento dispõem nesse sentido. O ato levado a efeito em desconformidade com o parecer se tem como nulo.

Observa-se, portanto, a transformação da peça que, a priori, era considerada somente como manifestação de juízo de valor, para opinião cuja força conferida por lei é capaz de equiparar o parecerista à autoridade administrativa superior, eis que este deverá, sob pena de responsabilidade, seguir as orientações do parecer.

Convém mencionar, ainda nas hipóteses do efeito vinculante, a possibilidade de elaboração do denominado parecer normativo, não menos importante e de crescente utilização no quadro administrativo público brasileiro.

O parecer normativo será aquele geralmente encomendado especificamente para análise de determinado caso de reiterada apreciação, que determinará a melhor solução aplicável à luz da interpretação legal cabível, servindo de modelo normativo para todas as outras circunstâncias semelhantes supervenientes, devendo, obrigatoriamente, ser atendido, sob pena de responsabilização do gestor.

Ressalte-se, contudo, que é imprescindível a existência de legislação que permita a elaboração deste tipo de parecer no âmbito de competente setor administrativo, eis que, uma vez normatizado, o parecer servirá de fundamento para diversos atos decisórios posteriores, funcionando de forma bastante aproximada das “súmulas vinculantes” do judiciário.

Hely Lopes Meirelles (2003, p. 188-190) assim definiu a espécie de parecer normativo:

Parecer normativo: é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para casos futuros, é ato geral e normativo.

Exemplo didático de parecer normativo com efeito vinculante expresso repousa na Instrução Normativa nº 1/07, do Ministro de Estado dos Transportes, no artigo 17, precisamente no Parágrafo Único. Veja-se a notória necessidade de previsão em Lei Complementar:

Art. 17 À Consultoria Jurídica e ao Assessor Especial de Controle Interno do Ministério dos Transportes compete assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica.

Parágrafo único. Os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, aprovados pelo Ministro de Estado, **são de observância obrigatória por todos os órgãos autônomos e entidades vinculadas à Pasta, de acordo com o art. 42 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.**¹² (grifo nosso)

Infere-se, mediante a explanação de cada aspecto dos pareceres jurídicos administrativos, sua função essencial na orientação e auxílio de autoridades gestoras, através do fornecimento de fundamentos jurídicos a princípio objetivos e exteriorizadores da melhor interpretação legal possível.

Não por outra razão, os advogados pareceristas têm assumido papel significativo nas decisões finais dos administradores, servindo de alicerce e impulsionador de motivos determinantes para a conclusão dos atos decisórios.

A partir da incontestável participação e influência dos pareceres jurídicos sobre as decisões terminativas dos gestores públicos, pôde-se examinar as possibilidades de responsabilização daquele que, concretizando referido ato consultivo, induz a uma manifestação resolutiva, sob qualquer aspecto, danosa à Administração. A forma, intencional ou não, com a qual o parecer revelar-se prejudicial à regular execução administrativa, poderá determinar os níveis de responsabilidade assumida pelo advogado parecerista.

A temática surge em meio à preocupação, cada vez mais vigorosa, de cientificar a todos que laboram sob o manto do poder

público de que sua função deve ser desempenhada com cautela e consciência. Aquele que compõe o grupo seletivo de participantes da entidade pública deve responder pelos atos praticados a fim de que haja respeito e obediência à coisa pública. Não se pode admitir que o executor de tarefas que afete negativamente inúmeros outros setores exima-se de arcar com as consequências legais decorrentes do fato.

Em um passado não muito distante, a atuação dos advogados públicos, quando da formalização de pareceres, era privilegiadamente livre. Independente do tipo de parecer lhes era concedida a Possibilidade de consultar, expressar e opinar à sua conveniência, sem qualquer vínculo posterior. Havia uma inviolabilidade absoluta sobre a elaboração do parecer e seu conteúdo, recaindo a responsabilidade das irregularidades ulteriormente encontradas somente sobre a autoridade-chefe.

Este quadro começou a mudar, efetivamente, frente à nova força adquirida pelas assessorias jurídicas dos órgãos e entidades da Administração Pública. O impulso crucial adveio com a publicação da Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, com seu Artigo 38, Parágrafo Único, conferindo a referido setor a incumbência de aprovar minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes realizados pela Administração.

Ao vislumbrar situação em que o parecer emitido pela assessoria jurídica seria obrigatório e cuja emissão garantiria a lisura do procedimento, retirou-se da peça a característica de simples opinião jurídica, para apor autorização que, se praticada com incúria, poderia provocar prejuízos de proporções consideráveis à Administração.

A partir de então, os pareceres administrativos receberam atenção especial, sofrendo reavaliação importante quanto a seus efeitos em procedimentos administrativos, bem como de sua repercussão na distribuição de responsabilidades.

Acrescente-se, ainda, que os atos de gestão estão invariavelmente submetidos à fiscalização de Tribunais, que observarão os

motivos e fundamentações utilizadas para impulsionar, por exemplo, uma contratação por emergência. A reunião desses dois fatores exige que o advogado parecerista emita um parecer visualizando, essencialmente, uma opinião objetiva quanto à interpretação do caso concreto, empregando redação balizada na melhor doutrina e jurisprudência disponíveis, de forma que se optar por seguir linha contrária à ótica pública ou ao entendimento reiterado dos Tribunais competentes, desenvolva raciocínio crítico bastante aprofundado. O jurista Carlos Pinto Coelho Motta (2008, *on-line*), sobre o assunto, afirmou que “o consultor tem um compromisso fundamental com a ordem jurídica, com a verdade científica e com a justiça”.

O que ocorre na prática administrativa, no entanto, é a recorrente inópia na apuração da responsabilidade do advogado parecerista nos casos em que as recomendações formuladas por ele constam-se prejudiciais à Administração Pública. No que concerne ao advogado, seria prudente apreciar a forma como o parecer foi elaborado e sob quais argumentos chegou-se à conclusão tão diversa daquela juridicamente mais acertada, levando ou não o administrador a decidir equivocadamente.

A polêmica que impede e exerce grande influência sobre a questão da impunidade dos pareceristas recai na chamada inviolabilidade de opinião gozada pelos advogados. Sob a escusa da liberdade de expressar e opinar, os pareceres administrativos são elaborados sem qualquer critério, passando despercebidos quanto à punibilidade.

Observe o que lecionaram Emerson Garcia e Rogério Pacheco (2006, p. 419-420) sobre os limites da independência funcional do advogado:

[...] o indiscriminado reconhecimento de independência funcional ao parecerista terminaria por legitimar toda e qualquer ilegalidade que viesse a ser praticada com base em um parecer, ainda que dissonante da lei e da razão.

[...] estando o parecer em flagrante dissonância da lei e do atual estágio da técnica, inexistindo argumentos aptos a sustentá-lo ou sendo identificada total incompatibilidade entre os fundamentos e a conclusão exarada, a questão deixará de ser analisada sob a ótica da independência funcional, já que esta não guarda sinonímia com o arbítrio e a imoralidade. [...] Optando o administrador por recepcionar o que fora sugerido no parecer, sua responsabilidade haverá de ser perquirida juntamente com a do parecerista, já que ambos concorreram para o aperfeiçoamento da ilicitude.

É preciso atentar-se para o fato de que liberdade para opinar não significa descaso quanto à formalidade e ética necessárias para sua exteriorização. A um advogado consultor exige-se um mínimo de honradez e percepção para compreender que o parecer não será simples expressão de ideias, mas parâmetro do juridicamente correto e aplicável à situação concreta.

O Tribunal de Contas da União, baseando-se nos inúmeros casos em que julgou processos envolvendo pareceres omissos com a verdade dos fatos ou com os ditames da lei, brilhantemente esculpiu as seguintes considerações no Acórdão nº 190/2001:

O entendimento de que os procuradores jurídicos da administração não poderiam ser responsabilizados pelos seus pareceres levaria, no limite, à esdrúxula situação em que, fosse qual fosse a irregularidade praticada, ninguém poderia ser responsabilizado, desde que houvesse parecer do órgão jurídico como respaldar da decisão. O dirigente alegaria que agiu com base em parecer do órgão jurídico e procuraria esquivar-se da responsabilidade. A procuradoria jurídica, por sua vez, não seria responsabilizada, porque, por petição de princípio, gozaria de plena liberdade para opinar da forma que quisesse, por mais anti-

jurídica que fosse, situação que daria margem a todo tipo de ilícito, por parte dos gestores menos ciosos da gestão dos recursos públicos e poderia levar a um caos generalizado na administração.

[...] Do Procurador-Chefe e do Procurador-Geral espera-se maior maturidade profissional e melhor entendimento do direito, sobretudo com relação ao instrumental básico de suas atividades cotidianas. Se tivessem se manifestado diversamente dos procuradores vinculados, o dirigente da entidade teria melhores elementos para não incorrer nas irregularidades.

Ressalto que a inexistência de vinculação entre os pareceres da procuradoria e a ação do dirigente não pode servir de argumento, neste caso, para isentar a responsabilidade da procuradoria.

[...] Quando suas manifestações revestem-se de evidente ilegalidade – por exemplo, pronunciando-se favoravelmente quanto a procedimentos claramente antijurídicos, como no caso deste processo – é certo que agem em desacordo com suas funções, e, por isso, devem ser responsabilizados, proporcionalmente ao nível de responsabilidade que desempenharam no caso.

Não se pretende defender, de forma alguma, que a responsabilidade pela execução de ato irregular junto à Administração Pública, em casos de parecer débil ou disforme, incida em sua totalidade sobre o advogado. Tamanho disparate acabaria por imunizar qualquer atrocidade cometida pelo Administrador que solicitasse consulta jurídica.

Sustenta-se, em realidade, maior investigação nos casos em que o parecer, segundo alegado pelo gestor, serviu de fundamento para sua decisão mesmo quando facultativo. Para tanto, seria suficiente, a princípio, o requerimento de esclarecimentos de fatos também dos advogados pareceristas em processos onde se apura irregularidade de gestão.

A simples prestação de informações não fere qualquer direito de livre expressão, pelo contrário, oportuniza a melhor elucidação dos motivos impulsionadores da opinião proferida, seja ela aceitável ou não, desde que bem fundamentada.

Constata-se, desta forma, que o parecer facultativo, ainda que não vinculante da decisão do administrador, quando elaborado em desconformidade com o legalmente razoável, infundadamente contrário à solução mais adequada ou elaborado com dolo ou culpa, deve ser examinado com cautela, a fim de que a responsabilidade apurada nos Tribunais seja distribuída proporcionalmente entre aqueles que contribuíram para a irregularidade.

Com efeito, e baseado no artigo 37, §6º da Constituição Federal, seria oportuno concluir que nos casos da elaboração de pareceres facultativos, onde as conclusões jurídicas assentadas ferem dispositivos legais ou induzem o administrador a decidir equivocadamente, mediante dolo ou culpa do advogado parecerista, deve-se apurar a responsabilidade subjetiva deste agente público.

A responsabilidade subjetiva permitirá averiguar o dolo ou a culpa na construção do parecer jurídico, independente da discricionariedade do ordenador de despesa em decidir distintamente dos termos do parecer. Esta interpretação corrobora diretamente com a ideologia de uma prática administrativa responsável e fiscalizável em todos os seus setores, não subordinando o interesse público a supostos privilégios de qualquer função.

Uma vez reconhecida a possibilidade de penalizar o autor do parecer, poder-se-ia avaliar, inclusive, a conveniência de manter-se nos quadros públicos, profissional que, reiteradamente, fornece consulta despropositada, influenciando sempre negativamente o gestor. Assim como, dividindo-se a responsabilidade, estar-se-ia, efetivamente, aplicando a sanção na medida do equívoco cometido.

Diferentemente da interpretação utilizada para os casos de emissão de pareceres facultativos, a responsabilidade do advogado

nos pareceres obrigatórios e vinculantes recebeu, nos últimos julgados submetidos à análise perante o Supremo Tribunal Federal, maior aceitabilidade, criando importante precedente ideológico no trato com a nova matéria.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Mandado de Segurança nº 24584, pontuou a matéria da seguinte forma:

Não há o envolvimento de simples peça opinativa, mas de aprovação, pelo setor técnico da autarquia, de convênio e aditivos, bem como de ratificações. Portanto, a hipótese sugere a responsabilidade solidária, considerado não só o crivo técnico implementado, como também mediante o qual o administrador sufragou o exame e o endosso procedidos. Cumpre frisar ainda que, na maioria das vezes, aquele que se encontra na ponta da atividade relativa à Administração Pública não possui condições para sopesar o conteúdo técnico-jurídico da peça a ser subscrita, razão pela qual lança mão do setor competente. A partir do momento em que ocorre, pelos integrantes deste, não a emissão de um parecer, mas a aposição de visto, a implicar aprovação do teor do convênio ou do aditivo, ou a ratificação realizada, constata-se, nos limites técnicos, a assunção de responsabilidade. (grifo nosso)

Neste mesmo julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa, ao pedir vistas para pronunciar-se adequadamente, aduziu as seguintes considerações:

A exigência legal de aprovação das minutas pela assessoria jurídica da Administração caracteriza, sem dúvida, a vinculação do ato administrativo ao parecer jurídico favorável. Note-se que a lei não se contenta em estabelecer a obrigatoriedade da mera existência de um pare-

cer jurídico de conteúdo opinativo ou informativo. Não. Ela condiciona a prática dos atos ao exame e à aprovação do órgão jurídico.

[...]

Ora, se se admite que em certas situações a regra da inviolabilidade dos advogados pode ser afastada quando eles, por culpa ou dolo, causarem danos a seus clientes privados e a terceiros, com muita razão essa regra há de ser eclipsada quando estiverem em jogo o mau uso dos recursos públicos, a contratação de obras e serviços ao arrepio das normas constitucionais e legais.

Em suma, se o advogado privado tem de prestar contas ao seu cliente, **mais forte e constritiva deve ser a obrigação do advogado público de responder perante a Administração, perante os órgãos de controle e perante a sociedade pelos atos que pratica, [..].** Por esta razão, pode ele vir a ser **corresponsabilizado** em caso de irregularidades na prática dos referidos atos. (grifo nosso)

Neste diapasão, Diógenes Gasparini (2009, p. 734) ensina:

O exame diz respeito ao mérito e à legalidade dessas minutas, respondendo solidariamente o assessor com o seu autor, caso sejam apurados vícios inconcebíveis após a conversão desses *documentos* em instrumento convocatório ou termo de contrato.

Na mesma esteira, Marçal Justen Filho (2005, p. 379) leciona:

Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emi-

tente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo.(grifo nosso)

Em realidade, é possível perceber que o foco da discussão tem em seu âmago a priorização da legalidade e moralidade do procedimento, cercando todas as suas fases e obrigando a todos que participam e exerçam poder sobre a coisa pública, uma atuação com responsabilidade e à altura de sua função. O advogado que é forçado a elaborar parecer, e dessa forma decide juntamente com o administrador, deve responder solidariamente com ele quando haja fornecido elementos para as irregularidades.

Observe-se que os termos do parecer vinculante, por determinação legal, exercem sobre a decisão terminativa do administrador força semelhante à de lei, não deixando margem de discricionariedade como o parecer facultativo possibilita.

Sendo assim, quando a atuação do parecerista estiver fixada por lei como obrigatória e vinculante, exercendo total poder sobre a atividade administrativa subsequente, seria possível afirmar que os eventuais danos decorrentes e causados pelas conclusões do parecer darão ensejo à responsabilidade de natureza objetiva do advogado.

A teoria da responsabilidade objetiva permitiria imputar a responsabilidade por atos comissivos independente da prova de dolo ou culpa, desde que comprovados o nexo causal entre a ação investigada e o resultado, sob qualquer aspecto, prejudicial.

Constatando-se que, invariavelmente, os autores de pareceres vinculantes compartilham da função de administradores, a responsabilidade pelas irregularidades do parecer deve ser apurada pela mo-

dalidade objetiva, seguindo a linha de orientações principialistas de toda a Administração Pública.

Em suma, observa-se que é perfeitamente cabível exigir-se de um agente público prestador de serviço jurídico para a Administração um desempenho funcional cauteloso e de qualidade, o qual deverá refletir em um parecer de termos objetivos, respaldado no idealismo público inerente de todo cargo exercido para a sociedade em geral.

É preciso admitir que, a depender da natureza assumida pelo parecer, ele fornecerá todos os subsídios de convicção do administrador e, quando não, será determinante no ato de gestão posterior, devendo, em qualquer das duas hipóteses, receber a devida punição se porventura causar prejuízo à Administração.

Não se quer, com isto, isentar o verdadeiro ordenador de despesas da responsabilidade pelos atos praticados no exercício de sua função. Isso representaria a impunidade daquele que, assumindo a administração da coisa pública, justificaria qualquer atrocidade cometida nos pareceres administrativos. Sustenta-se, assim, que a inviolabilidade do advogado deve curvar-se ao interesse maior resguardado à probidade da Administração.

Pretende-se, sim, a divisão de responsabilidades por atos irregularmente cometidos na proporção em que se deu causa a eles. A parcela de contribuição para a ilegalidade deve ser punida e responsabilizada, independentemente do cargo ou função ocupada, em respeito a todos os princípios norteadores do direito administrativo, bem como em respeito à sociedade, que, direta ou indiretamente afetada, deseja um serviço público de excelência.

Referências bibliográficas

LIVROS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERRAZ Sergio; DALLARI Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: dialética, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELLES, Helly Lopes. *Estudos e Pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 11.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

Documentos jurídicos

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado 1988.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>> Acesso em 04 maio 2009.

_____. 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/Leis/L8666cons.htm>> Acesso em 04 maio 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24584 / DF – Distrito Federal, Mandado de Segurança. Relator (a): Min. Marco Aurélio. Julgamento: 09/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Diário da Justiça. Data da Pub.: 20 jun. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 24631 / DF - Distrito Federal, Mandado de Segurança Relator(a): Min. Joaquim Barbosa. Julgamento: 09/08/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação Diário da Justiça. Data da Pub. 31 out. 2008.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 190/2001. Proc. nº 009.580/1999-9. Rel. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 08/08/2001 – Plenário.

Periódicos:

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Cautelas para formalização de parecer jurídico*. Zênite. 2008. Disponível em< <http://www.zenite.com.br/jsp/site/item/Text1Text2AutorDet.jsp?PagAtual=1&Modo=2&IntPrdcId=1&IntScId=71&IntItemId=44&IntDocId=35312>>. Acesso em 12 set. 2008.

Instituições e a lei de responsabilidade fiscal (LRF): Uma análise do comportamento acerca do conjunto das receitas da Bahia e Piauí, no período 2001/ 2005

Luis Abel da Silva Filho

Mestrando UFRN/ PPGECON.

Bolsista CAPES.

Bacharel em Ciências Econômicas – URCA.

William Gledson e Silva

Mestrando UFRN/ PPGECON.

Bacharel em Ciência Econômicas-UFRN.

Resumo: O objetivo do estudo reflete a influência que a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) exerce sobre os grupos de municípios baianos e piauienses, situando a análise entre os anos de 2001 a 2005. A hipótese do artigo revela que a LRF, como uma instituição formal, regula mais adequadamente os entes federativos enfatizados, alcançando-os indiscriminadamente e fortalecendo as finanças públicas desses. Usa-se, uma revisão de literatura de natureza institucionalista, que se associa ao modelo econométrico *Pooled Ordinary Least Square* (POLS), para possibilitar o alcance dos resultados essenciais do estudo. Finalmente, nota-se que a LRF fortaleceu as finanças públicas baianas e piauienses, como consequência desse processo.

Palavras-chave: Instituições; LRF; POLS.

Abstract: The objective of the study reflects the influence that the Fiscal Responsibility Law (LRF) exerts over the groups of districts from the states of Bahia and Piauí, placing the analysis from 2001 through 2005. The hypothesis of the article reveals that the LRF, as a formal institution, regulates more appropriately the emphasized federal entities, reaching them indiscriminately and strengthening their public finances. It's used a literature review of institutionalist nature, which connects with the econometrical model - *Pooled Ordinary Least Square* (POLS), in order to enable the accomplishment of the essential results of the study. Finally, it's been observed that the LRF strengthened the public finances of the states of Bahia and Piauí, as a result of this process.

Keywords: Institutions, LRF, POLS.

1. Introdução

O universo das finanças públicas no contexto brasileiro apresenta peculiaridades incontestáveis, pois a história econômica nacional revela incongruências notáveis nas relações fiscais do país, as quais são propagadas por todos os níveis governamentais da federação (União, estados, Distrito Federal e municípios).

Dito isso, faz-se premente observar que desequilíbrios de natureza fiscal tendem a provocar déficits públicos, ocasionando por essa razão possíveis eventos negativos para as economias de modo geral, a saber: instabilidades macroeconômicas, em virtude da ascensão inflacionária decorrente dos déficits; incompatibilidade entre receitas e despesas, gerando eventuais impossibilidades de financiamento dos gastos governamentais, endividando os entes federativos como um todo, etc. (FRANCO, 2006; MODENESI, 2005).

Assim, essas contingências, conforme se verificaram no Brasil durante os anos 1980 e o início da década de 1990, apresentaram características convergentes às antes comentadas, demonstrando a presença de uma mais adequada regulamentação sobre a economia do país, mais precisamente no que diz respeito aos aspectos fiscais. Daí o surgimento de regras mais contundentes e capazes de melhor reger as finanças públicas das unidades da federação brasileira, isto é, a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para tanto, a análise da LRF carece de determinados pressupostos teóricos, que possam discutir sua implementação e os efeitos dessa sobre as finanças públicas dos entes federativos nacionais. Com efeito, os fundamentos relativos à teoria para justificar o advento do marco regulatório decorre da Nova Economia Institucional (NEI), cuja vertente centralizada em North (1993) propõe que as instituições correspondem às regras do jogo, podendo ser manifestadas de modo formal ou informal.¹

¹ Regras formais correspondem as leis explicitadas de modo escrito, ao passo que as informais são os valores, cultura, costumes, etc. (NORTH, 1993).

Nesse sentido, essas condições permitem analisar as finanças públicas dos municípios da Bahia (BA) e do Piauí (PI), tomando como referência a mencionada teoria institucional para verificar a consistência regulatória da LRF sobre esse objeto de estudo do presente artigo. Claramente, tomar-se-á como problema de pesquisa o que se segue: as receitas municipais baianas e piauienses, sujeitas a LRF, têm apresentado características de menor dependência das transferências intergovernamentais?

A hipótese da pesquisa supõe que a Lei de Responsabilidade Fiscal passa a regular mais adequadamente as receitas da BA e PI, provocando a ocorrência de uma maior influência da Receita Tributária (RT) na composição das Receitas Correntes (RC) municipais, em detrimento aos mesmos efeitos observados das Transferências Intergovernamentais (TI) com relação à RC. Por consequência, pressupõe-se que as influências da LRF alcançam indiscriminadamente todos os municípios dos estados enfatizados, fortalecendo as finanças públicas desses entes federativos.

As motivações recorrentes da elaboração desse estudo são emblemáticas, visto que análises da LRF sob o escopo institucionalista e aplicadas às finanças públicas municipais de estados nordestinos (como é o caso da BA e PI) apresentam relativa escassez. Além disso, nota-se que a utilização de modelos econométricos do tipo (POLS) revela uma inovação em exames comparativos dessas proporções, credenciando a existência da atual discussão.

Diante desses aspectos, tem-se como objetivo a análise do poder institucional (de natureza formal) da LRF sobre o conjunto de receitas baianas e piauienses, a partir de um exame econométrico a ser utilizado para verificar o comportamento da arrecadação municipal relativa a esses estados nos anos de 2001 a 2005.

Afinal de contas, o artigo está dividido em mais quatro seções além desta introdução. No item dois (2), apresentam-se os aspectos metodológicos; na terceira parte discutem-se os fundamentos teóricos essenciais para a construção da atual pesquisa; na seção quatro

(4) exibem-se os resultados principais do estudo; no ultimo item, procura-se tecer algumas considerações finais e as consequentes recomendações.

2. Aspectos metodológicos

Na atual seção, pretende-se expor de modo sintético os principais procedimentos metodológicos essenciais à pesquisa, tentando demonstrar de modo claro como se espera alcançar os objetivos residentes no estudo. Assim, faz-se necessário explicar inicialmente os motivos pelos quais se opta pelos estados da BA e PI, para tanto, observa-se na tabela um (1) que se seguem tais razões.

Tabela 1 – PIB tomado a preços constantes na esteira dos estados nordestinos, em R\$ (2001/2005)

Estados	2001	2002	2003	2004	2005	Média do período
AL	6.946.242	81.445.230	8.181.870	8.708.839	8.907.201	8.177.877
BA	47.949.103	50.363.425	49.740.735	53.428.687	57.309.402	51.758.288
CE	19.805.010	23.986.596	23.769.665	24.906.882	25.788.692	23.651.369
MA	9.445.979	12.823.959	13.491.040	14.596.068	15.959.557	13.263.321
PB	9.426.549	10.321.327	10.321.327	10.149.144	10.627.282	10.171.633
PE	29.113.992	29.262.019	28.691.393	29.733.800	31.447.774	29.649.795
PI	5.115.854	6.163.550	6.406.402	6.632.193	7.010.555	6.265.711
RN	9.024.339	10.125.135	9.864.726	10.526.167	11.256.234	10.159.320
SE	7.528.826	7.848.092	7.936.859	8.220.324	8.458.227	7.998.466

Fonte: Fonte: Elaboração dos autores com base em dados do IPEA DATA (2008).

Após o exame da tabela um (1), a qual revela que em média a BA é a maior economia nordestina e o PI ocupa a ultima posição na região, torna-se premente observar que esta pesquisa de natureza exploratória e comparativa utiliza essencialmente dados secundários originários do banco de dados da Secretaria do Tesouro Nacional (STN). Além disso, faz-se uso do método de estratificação, que agru-

pa os municípios baianos e piauienses em estratos, possibilitando uma análise comparativa nesse contexto.

No entanto, verifica-se um problema significativo na coleta dos dados, a saber: o que se nota é a ausência de informações de todos os municípios desses estados durante o período selecionado ao estudo, isto é, esses entes federativos não divulgaram na íntegra os resultados dos exercícios nos anos selecionados para a pesquisa. Assim sendo utiliza-se a alternativa do descarte das entidades que não disponibilizaram seus dados fiscais na STN em todos os anos relativos ao exame, conforme procedimento realizado em trabalho anterior de Matos Filho, Silva e Viana (2008).²

Após esses esclarecimentos, faz-se necessário apresentar, de modo sintético, o modelo econométrico conhecido por POLS a ser utilizado no atual artigo. Assim sendo, a discussão que se segue está alicerçada na compreensão de Arellano e Bover (1990), Arellano (2003), Dinardo e Johnston (2001), Wooldridge (2000), que fornecem os subsídios prementes para a exibição do modelo antes enfatizado.

De fato, esse instrumental apresenta uma composição capaz de reunir *cross section* que se associa às séries temporais, possibilitando a existência do caráter relativo ao modelo, o qual traduz:

$$Y_t = X_t\beta + \varepsilon_t \quad [1]$$

Note-se que as variáveis antes expostas são associadas ao tempo ($t=1, \dots, T$), sendo Y correspondente a variável endógena, X é referente ao conjunto de variáveis exógenas dispostas matricialmente em uma dimensão ($N \times K$), onde N é o tamanho da amostra e K o *rank* dessa matriz. Além disso, observa-se a ocorrência do vetor de $\square$

² Assim são montados os estratos: esses são ordenados de modo decrescente pela Receita Tributária, formando quatro grupos por estado. BA 93 municípios, sendo 24 no grupo 1 e 23 nos demais. PI 65 municípios assim dispostos: 17 no grupo 1 e 16 nos demais (ordenação arbitrária).

(cuja dimensão é $K \times 1$) que consiste nas estimativas decorrentes do instrumental, assim como a existência do erro associado às variáveis presentes no modelo.

A partir desses aspectos, faz-se necessário reter que é essencial para o modelo já mencionado a inclusão da hipótese de ortogonalidade, tomando-se como referência o pressuposto de exogeneidade contemporânea que expressa:

$$E(\varepsilon_t / X_t) = 0 \quad t=1, \dots, T \quad [2]$$

As considerações precedentes revelam contornos menos restritivos, os quais podem ser mais bem verificados na exogeneidade estrita que propõe:

$$E(\varepsilon_t / X_1, \dots, X_t) = 0 \quad t=1, \dots, T \quad [3]$$

O pressuposto precedente revela a exogeneidade estrita, a qual apresenta a idéia da não relação do erro em todos os períodos no que concerne às variáveis existentes no modelo, suscitando a distinção entre as duas condições de ortogonalidade. Essa averiguação revela singularidades no tocante aos instrumentais já citados, cujas características antes explicitadas demonstram os contornos especiais do método a partir do *Seemingly Unrelated Regressions* (SUR).³

Admitindo-se as condições de regularidade, a estimativa denominada de POLS é passível de ser auferida por:

$$\bar{\beta} = \left(\sum_{i=1}^N \sum_{t=1}^T X_{it}' X_{it} \right)^{-1} \left(\sum_{i=1}^N \sum_{t=1}^T X_{it}' Y_{it} \right) \quad [4]$$

³ Caso geral do instrumental de painel, cujo modelo de dados em painel é um caso particular do anterior. (ZELLNER, 1962).

Diante do exposto, torna-se importante considerar que o caso de variáveis omitidas⁴ explicita de forma mais categórica a ocorrência dos métodos de dados em painel e POLS, uma vez que se toma comumente como referência modelos em que ao longo do tempo não se observa expressivamente a correlação entre o erro e as variáveis explicativas, sendo premente por seu turno a necessidade de solucionar essa problemática (contudo não é objetivo do presente artigo). (JOHNSTON: DINARDO, 2001).

Com efeito, torna-se indispensável estabelecer o modelo postado na sequência, o qual toma como referência as hipóteses ou delimitações precedentes e, por conseguinte propõe:

$$Y_t = \beta_0 + X_t \beta + \eta + \varepsilon_t \quad [5]$$

Na equação prévia, η é passível de ser compreendida como uma *Proxy*, isto é, um parâmetro capaz de solucionar a problemática ligada às variáveis omitidas, as quais são correspondentes a uma peculiaridade do modelo em análise. Considerando-se para os propósitos do atual exame o incremento do pressuposto postado na sequência, tendo em vista a possibilidade da obtenção de algumas conclusões:

$$E(\varepsilon_t / x_t, \eta) = 0 \quad t = 1, 2 \quad [6]$$

Admitindo-se válida a hipótese prévia, a qual se encontra associada à utilização do POLS, pode-se observar categoricamente o comportamento das variáveis e parâmetros do método em discussão. Assim sendo, pode-se lançar mão do processo de derivação a partir

⁴ Corresponde às variáveis de relevo que não foram consideradas no modelo, em outras palavras, a expressão obtida pelo processo de estimação encontra-se inadequadamente especificada.

da equação cinco (5), cujas condições decorrem da manutenção das proposições precedentes, tornando-se possível obter:

$$\Delta y = \Delta x \beta + \Delta \varepsilon \quad [7]$$

As evidências prévias demonstram o comportamento intertemporal da equação cinco (5), cujos indícios explicitam que β_0 e η são constantes, enfatizando os resultados na equação sete (7) após o processo de derivação. Os argumentos empreendidos acerca do modelo enfatizado são emblemáticos à presente pesquisa, visto que esses métodos revelam significativa pertinência ao uso do mencionado instrumental, cujos motivos foram ressaltados durante a atual seção.

Uma vez discutido os modelos, que reúnem em um mesmo instrumental *cross section* e séries de tempo, nota-se que conforme Wooldridge (2006), a característica essencial dos dados em painel capaz de distingui-los dos dados de corte transversal agrupado (POLS), é o fato de que a cada unidade de tempo haja a manutenção das mesmas observações, sem haver alterações no grupo. Todavia, na hipótese da ocorrência de modificações nos grupos de dados quanto às observações neles existentes, o que se evidencia é a ocorrência do POLS.

Após o sintético esclarecimento acerca do método antes enfatizado, requer-se a definição das variáveis a serem utilizadas no modelo, tomando-se como referência tão somente os aspectos ligados às receitas municipais presentes nos estados aqui considerados. Dito isso, faz-se necessário estabelecer que a RC representa a variável endógena; a RT e a TI correspondem ao conjunto de variáveis explicativas, revelando desse modo a sistematização almejada por ocasião da utilização do método econométrico.⁵

⁵ RT receita gerada a partir dos tributos próprios de cada entidade federativa; TI corresponde à alocação de recursos advindos de outras instâncias de governo (normalmente de maior amplitude); RC referente às receitas correntemente obtidas pela esfera pública ao longo de um dado período. (RIANE, 2002).

Finalmente, as observações até então explicitadas na atual seção demonstram as características dos instrumentos a serem utilizados no estudo, revelando as disposições centrais metodológicas para o alcance dos objetivos do artigo, de fato, uma vez apresentados esses procedimentos, faz-se necessário no item posterior exibir os fundamentos teóricos cruciais à pesquisa, cuja finalidade é demonstrar os aspectos capazes de interpretar o comportamento do objeto de estudo aqui explorado.

3. Fundamentos institucionais e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Na atual seção, pretende-se discutir de modo breve, a respeito do papel das instituições na economia, bem como a consideração da LRF como regra formal e capaz de regular as finanças públicas municipais, peculiarmente no que concerne aos entes federativos pertencentes à Bahia e Piauí. Assim, nota-se que a institucionalização econômica é fundamental, por qual razão?

As instituições de acordo com o entendimento de North (1993), e Toyoshima (1999) devem assumir o papel de regras restritivas, cujo objetivo é reduzir as incertezas e os custos de transação, que segundo Peres (2007) ocasionam influências negativas no alcance do equilíbrio eficiente.

De fato, as incertezas decorrem das assimetrias de informação, que por sua vez correspondem a uma das importantes falhas de mercado. Além disso, nota-se que outro fator recorrente desse processo corresponde aos custos de transação, que se relacionam aos aspectos do monitoramento, coordenação ou negociação, gerando inconsistências sistêmicas capazes de afetar o equilíbrio eficiente. (PERES, 2007).

Após esses rápidos esclarecimentos, as regras do jogo decorrentes das instituições são aqui utilizadas na análise institucional da LRF sobre as finanças públicas municipais da BA e PI. Nesse sentido, o mencionado marco regulatório assume a face formal, cuja expectativa é fazer com que a disciplina fiscal a ser alcançada por essa

normatização possa vir a reduzir as incertezas e os custos de transação relativos ao setor público brasileiro.

De fato, como a LRF pode regular adequadamente as finanças públicas municipais dos estados em análise? A resposta a essa indagação é trivial, já que a instituição procura disciplinar a gestão pública da seguinte forma: inibir a renúncia de receitas (próprias); limitar por meio de metas o custeio da máquina com pessoal; tornar transparente os aspectos fiscais do ente; privilegiar o alcance do equilíbrio orçamentário, etc. (GIUBERTI, 2005; NASCIMENTO; DEBUS 2002).

Essas atribuições advindas da LRF assumem um caráter institucional, já que estabelecem regras de natureza formal que impõem limites aos agentes (para efeitos analíticos deste trabalho os municípios baianos e piauienses), possibilitando o alcance indiscriminado dos resultados esperados por ocasião da elaboração da lei. Com efeito, pretende-se discutir tão somente os aspectos relativos às receitas, deixando para comunicações científicas futuras a consideração das despesas.

Portanto, o poder das instituições está relacionado à capacidade de restringir ímpetos de imprudência do setor público, cujo arbítrio (o próprio Estado) aplica sanções aos jogadores, que para os propósitos do artigo são os entes federativos municipais baianos e piauienses, conforme as características atribuídas ao setor público por Friedman (1985). Nesse sentido, no próximo item far-se-á uma análise dos resultados obtidos através do POLS, cuja expectativa traduz o seguinte aspecto: a hipótese deste artigo resiste às evidências originárias do instrumento econométrico?

4. O poder institucional da LRF sobre o comportamento dos municípios da BAHIA e PIAUÍ

A partir de agora, passa a ser indispensável à análise dos resultados das estimações do modelo POLS, tendo em vista as tendências observadas por ocasião da utilização desse instrumental econométri-

co. Daí, a suprema necessidade de se discutir as evidências contidas nas tabelas dois (2) e três (3), as quais estão sujeitas as considerações decorrentes da reflexão institucionalista, tomando como referência as atribuições regulatórias provenientes da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Diante dos resultados contidos nas tabelas dois (2) e três (3), nota-se que a característica dos dados permite inferir que uma estimação POLS via Modelo de Mínimos Quadrados Ordinários (MQO) é mais adequada. Essa afirmação está baseada no seguinte fato: dentro de cada estrato, os municípios analisados em 2001 não necessariamente estarão presentes para os anos posteriores, descaracterizando a constituição dos dados em painel típica, em favor dos dados de corte transversal agrupados.

Nesse contexto, utilizou-se o teste de Breusch Pagan para uma definição formal de que método poderia ser usado. Logo, o resultado corrobora com a idéia anteriormente estabelecida, pois a hipótese nula de que o modelo POLS é mais adequado foi rejeitada apenas para o estrato I da Bahia. Nesse caso, estimou-se via efeitos aleatórios utilizando o método *Feasible Generalized Least Squares* (FGLS) devido à presença de heterocedasticidade.

Assim sendo, para os demais estratos baianos e piauienses, a hipótese de adequação ao modelo POLS não foi rejeitada. Nesse sentido, utilizou-se essa metodologia a partir de uma inferência robusta para a matriz de variâncias-covariâncias já que, assim como o estrato I da Bahia, os demais apresentaram heterocedasticidade. Apenas o estrato IV do Piauí fugiu a essa regra, pois se aceitou a hipótese nula de homocedasticidade e não-autocorrelação.

Após esses esclarecimentos, torna-se factível tecer alguns comentários a respeito dos retornos da RT e TI em relação à RC. No entanto, pretende-se examinar esses β separadamente, tendo em vista o comportamento da arrecadação dos municípios pertencentes à BA e PI perante o contexto da LRF. Com efeito, a RT explicita

uma contribuição significativa na formação da RC dos municípios analisados, sendo mais pronunciado o impacto das RT dos estratos I da Bahia e Piauí (esse último apresenta um padrão de arrecadação bastante superior aos demais grupos municipais).

TABELA 2: Comportamento dos estratos municipais da Bahia no período 2001-2005.

Bahia	Receita tributária	Transferências intergovernamentais	P-valor do Teste de Breush-Pagan para efeitos aleatórios
Estrato I	2,3761***	0,3618***	0
	-0,1032	-0,0688	
Estrato II	-0,0386	1,0565***	0,535
	-0,0307	-0,0122	
Estrato III	1,4124**	1,0206***	0,574
	-0,6003	-0,0211	
Estrato IV	1,6357***	1,0033***	0,0874
	-0,4515	-0,0188	

Fonte: Elaboração dos autores com base nas estimações via software Stata 8.0(2009)

TABELA 3: Comportamento dos estratos municipais do Piauí no período 2001-2005.

Piauí	Receita tributária	Transferências intergovernamentais	P-valor do Teste de Breush-Pagan para efeitos aleatórios
Estrato I	8,5717***	0,0896	0,3696
	-0,9019	-0,1477	
Estrato II	0,9908***	1,0033***	0,0869
	-0,0633	-0,0029	
Estrato III	0,7320**	1,0149***	0,9382
	-0,2226	-0,0098	
Estrato IV	1,0454***	0,9996***	0,9067
	-0,3079	-0,0069	

Fonte: Elaboração dos autores com base nas estimações via software Stata 8.0(2009)

Esses argumentos revelam que os principais entes federativos baianos e piauienses exibiram um poder de arrecadação próprio bastante superior aos demais estratos, tendo como uma relevante hipótese nesse contexto: as economias municipais desses estratos contemplam os entes federativos economicamente mais fortes nesses estados, revelando que o alcance dos resultados em análise mostra certa consistência institucional da LRF quanto à contenção da renúncia fiscal. (GIUBERTI, 2005; NORTH 1993).

A partir desses comentários o que se observa é um comportamento um tanto divergente entre os demais estratos dos estados em análise, visto que em todos os grupos houve retornos positivos dessas estimativas referentes à RC, excetuando-se o estrato II baiano⁶ que apresenta um comportamento anômalo. Entretanto, faz-se necessário reter que o poder das instituições é predominante nesse pro-

⁶ A relação da RT com a RC revela que na medida em que esse grupo de municípios amplia sua arrecadação corrente no contexto da LRF, a contribuição das receitas próprias passa a ser menos importante, sendo uma anomalia encontrada pelo modelo.

cesso, estabelecendo que os comportamentos explicitados sejam convergentes com o disposto no marco regulatório.

Afinal de contas, excetuando-se a anomalia já enfocada o que se verifica é o cumprimento das determinações decorrentes da LRF, demonstrando certa consistência institucional na restrição da prática da renúncia fiscal, ampliando o poder alocativo desses entes federativos. Assim, maiores esforços tributários decorrentes dos impostos próprios permitem que a função alocativa desses governos locais se fortaleça, para que esses atendam mais adequadamente as demandas dos municípios. (REZENDE, 2001).

Após a análise do retorno da RT em relação à RC o que se observa é o fato de que o β relativo ao TI exibe um comportamento razoavelmente semelhante entre a BA e PI, ou seja, os estratos I revelam um impacto mais tênue comparativamente ao que se verificam nos demais grupos de municípios baianos e piauienses, os quais demonstram retornos mais pronunciados no que tange aos repasses intergovernamentais, contribuindo na formação da arrecadação corrente dos entes federativos pertencentes aos estratos II, III e IV dos citados estados.

Por sua vez, a partir de uma leitura institucional, nota-se que quanto menos robustas forem às economias de entidades federativas municipais (como é o caso dos entes contidos nos estratos II, III e IV), maiores tendem a serem as necessidades por transferências entre esferas de governo, tornando até mesmo inconsistentes instituições das proporções da LRF. Logo, as regras formais decorrentes desse processo devem limitar a proliferação municipal alertada por Maia Gomes e MacDowell (1995).

Os aspectos decorrentes da atual seção revelam duas ponderações relevantes, a saber: em primeiro lugar, houve melhorias acentuadas recorrentes da implementação das regras já discutidas, tendo em vista a ocorrência de uma prudência mais significativa referente

às limitações quanto à prática da renúncia fiscal, como se verifica os resultados analisados no presente item.

Entretanto, uma segunda constatação é procedente da força das Transferências Intergovernamentais, as quais persistem em contribuir substancialmente na composição da arrecadação municipal desses estados, sendo ainda mais dramática a contribuição da TI relativa às entidades municipais economicamente menores, impondo por essa razão à LRF um factível desafio.

Afinal, o poder das instituições contido no marco regulatório permite a aceitação da hipótese central do artigo, ainda que tenha sido verificada certa anomalia captada pelo modelo POLS. Dito isso, pode-se inferir que a instituição em análise mostra consistência na regulamentação das receitas municipais baianas e piauienses, sendo um importante instrumento legal na regência das gestões fiscais dos administradores das diversas unidades da federação brasileiras.

5. Considerações finais

No atual artigo, foram constatadas algumas importantes contribuições decorrentes da LRF, a saber: em primeiro lugar, as economias maiores dos estados da BA e PI demonstraram um maior esforço tributário na composição de suas arrecadações, ao passo que os municípios economicamente mais frágeis apresentaram essa relação de modo mais tênue; além disso, a influência da TI sobre a RC é bastante pronunciada em todos os entes federativos analisados, principalmente naqueles de menor poder econômico.

Em segundo lugar, nota-se que esses resultados são congruentes com a força institucional da Lei de Responsabilidade Fiscal, demonstrando que essa regra de natureza formal atinge a todos os municípios de modo indiscriminado, permitindo a aceitação da hipótese central do artigo.

Finalmente, as restrições decorrentes do conjunto normativo tendem a fortalecer essas economias no longo prazo, já que induzem

aos gestores a ampliação de seus esforços alocativos, na tentativa de diminuir a dependência quanto as Transferências Intergovernamentais, todavia tais obtenções só poderão vir a ser verificadas na posteridade e na elaboração de novos trabalhos.

Portanto, recomenda-se para estudos futuros a ampliação da série-temporal, preferencialmente contemplando períodos antes e após a implementação da LRF; além disso, sugere-se que se amplie o número de estados para compor análises dessas proporções; por fim, indica-se o uso de outro modelo econométrico do tipo dados em painel para estimar o comportamento desses entes federativos, na tentativa de explicar por meio de outro instrumental aspectos congruentes com os que foram apresentados durante esse desafiante estudo.

Referências bibliográficas

ARELLANO, M.; BOVER, *Olimpia. La econometria de datos de panel*, Investigaciones Economicas (Madrid), 14, 3-45, 1990.

ARELLANO, M. *Panel Data Econometrics*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. *Estados e municípios*. Disponível em <<http://www.stn.fazenda.gov.br>>. Acesso em 20 fev. 2009.

FRANCO, G. H. B. *Crônicas da Convergência: Ensaio Sobre Temas Já Não Tão Polêmicos*. Topbooks: Rio de Janeiro. 2006.

FRIEDMAN, M. *Capitalismo e Liberdade*. 2 ed. São Paulo: Nova Cultura. 1985.

GIUBERTI, A. C. Lei de Responsabilidade Fiscal: Efeitos sobre o Gasto com Pessoal dos Municípios Brasileiros. In: *XXXIII Encontro Nacional de Economia*. Natal: ANPEC, 06-09 dez 2005.

Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. *Regional*. Disponível em <<http://www.ipeadata.gov.br>>. Acesso em 25 mar. 2008.

JOHNSTON, J; DINARDO, J. *Métodos Econometricos*. Lisboa: McGraw Hill. 2001.

MAIA GOMES; MACDOWELL. *Os Elos Frágeis da Descentralização: Observações Sobre as Finanças dos Municípios Brasileiros*, 1995.

MATOS FILHO, J; SILVA, W. G.; VIANA, F. C. Caráter Institucional da LRF Para os Municípios do RN, BA, PI: Um Estudo Comparativo do Desempenho das Finanças Públicas Desses Entes Federativos, no Período 2000/2005. In: *IV Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Regional*. Santa Cruz do Sul: UNISC, 22-24 out 2008.

MODENESI, A.M. *Regimes Monetários*. Bauru: Manole. 2005.

NASCIMENTO, E. R; DEBUS, I. Lei complementar nº 101/2000: *Entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. Brasília: ESAF, 2002.

NORTH, D. C. *Insituciones, cambio institucional y desempeno econômico*. México: Fondo de cultura Económica, 1993.

PERES, U. D. *Custos de Transação e Estrutura de Governança no Setor Público*. Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV. 2007.

REZENDE, F. *Finanças Públicas*. 2.ed. São Paulo: ATLAS, 2001.

RIANE, F. *Economia do Setor Público: Uma Abordagem Introdutória*. 4 ed. Atlas. São Paulo. 2002.

TOYOSHIMA, S. H. *Instituições e Desenvolvimento Econômico – Uma análise crítica das idéias de Douglas North*. Departamento de economia. Universidade Federal de Viçosa, Viçosa. 1999.

WOOLDRIDGE, J. *The Econometrics of Cross Section and Panel Data*. MIT Press, 2000.

_____. *Introdução à Econometria: Uma Abordagem Moderna*. Ed Thomson, São Paulo, 2006.

ZELLNER, A. *Journal of the American Statistical Association*, 57, 1962.

Processo de participação popular na Gestão Municipal: estudo do orçamento participativo no município de Sobral - CE

Evanice Andrade da Silva
Ana Roberta da Silva Pimentel Pereira
Fernanda Pinheiro da Costa
Graduandas em Ciências Contábeis.
Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA)

Francisca Francivânia Rodrigues Ribeiro Macedo
Professora orientadora
Mestranda em Controladoria e Administração –
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Resumo: Este estudo tem por objetivo conhecer como e quando se deu o processo de implementação do Orçamento Participativo no município de Sobral, analisar seu êxito, bem como observar a concepção da população diante dessa nova forma de administração. A metodologia utilizada foi a de um estudo de caso, cujos dados foram obtidos na Prefeitura Municipal de Sobral. Ao analisá-los, pode-se perceber que na cidade houve uma boa aceitação, pois a população participou ativamente de todas as plenárias realizadas para a formação do orçamento e as ações pensadas nesse documento foram implementadas. Ficou evidente a importância desse instrumento de planejamento, que se apresenta como um excelente modelo de democracia participativa, onde há uma aproximação entre o poder público e a sociedade.

Palavras-chave: Orçamento participativo; Sobral; Participação popular.

1. Introdução

A Constituição Federal do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, afirma que seu lema principal é: “o poder emana do povo e o gestor em seu nome o faz uso”. Em dezenas de dispositivos, ela prevê ainda a participação popular no acompanhamento e no encaminhamento das políticas públicas, bem como consolidou novos mecanismos, como os Conselhos Gestores de Políticas Públicas, em diversas áreas como saúde, educação, assistência social,

criança e adolescente. Estes Conselhos devem ser compostos por igual número de representantes do governo e da sociedade civil e devem orientar as decisões sobre as políticas públicas, uma vez que são deliberativos e não meramente consultivos.

Dessa forma, em sociedades complexas como a brasileira, a participação política não pode se limitar somente ao direito de votar e ser votado, mas exige também outras formas de democracia direta, de modo a ampliar o exercício do direito de cidadania.

Nesse contexto, a democracia participativa é considerada como um modelo ou ideal do exercício do poder político baseado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação. Sobre esse assunto afirma Uchoa (2003, p.13):

[...] na democracia participativa o povo tende a libertar-se dos grilhões da dependência política a que sempre esteve acorrentado, resta indubitado que estratégias de implementação de canais de acesso ao Poder Público são imperiosas e urgentes. Deduz-se, portanto, que o Orçamento Participativo muito mais do que servir de simples ferramenta de gestão consubstancia-se em poderoso instrumento de defesa popular.

Um exemplo de democracia participativa é o Orçamento Participativo, que tem o intuito de submeter o destino de parte dos recursos públicos à consulta pública, através de reuniões comunitárias, onde são coletadas propostas, depois votadas as prioridades, e encaminhadas ao governo para que ele atenda a solicitação através de investimento público.

Como afirma Silva (2003, p. 124), as propostas do orçamento participativo têm-se caracterizado como práticas inovadoras na gestão de políticas públicas e na produção de canais de participação direta. Face a isso, observa-se que é muito importante conhecer a história, assim como experiência do orçamento Participativo no Brasil, visto que a sua implementação apresenta-se como a criação de

espaços concretos para o exercício da democracia direta, algo que é essencial para o controle público sobre o Estado.

Por iniciativa do Poder Executivo, o Município de Sobral experimentou, em 1997, pela primeira vez em sua história, realizar o Orçamento Participativo. Essa medida inaugurou um novo tempo na política municipal, fortalecendo a cidadania e o processo democrático na Princesa do Norte.

Assim sendo, o presente trabalho tem como objetivo conhecer como e quando se deu o processo de implementação do Orçamento Participativo no município de Sobral, bem como saber se o mesmo teve êxito, além de observar a concepção da população acerca dessa nova forma de administração.

A metodologia utilizada neste estudo consta de uma pesquisa de cunho exploratório, documental, bibliográfica, caracterizada por um estudo de caso único, com dados obtidos na Prefeitura Municipal de Sobral. A partir de diferentes autores e de suas pesquisas, fez-se ainda um referencial teórico, no qual se encontram conceitos e histórico do orçamento público, incluindo também uma sinopse do orçamento participativo.

Logo após discorre-se sobre os conceitos introdutórios de orçamento público, como sendo um instrumento de planejamento municipal. Em seguida é apresentado o orçamento participativo no Brasil, dando ênfase aos seus antecedentes, contextualização, características e metodologias de implementação.

O foco do trabalho será abordado na sessão 5, o processo de implementação do OP¹ na cidade de Sobral - CE. Ao final, serão discutidas as principais conclusões do trabalho, assim como algumas sugestões para que o OP se propague em todas as cidades brasileiras.

¹ A sigla OP será utilizada como abreviação de Orçamento Participativo

2. Metodologia

A pesquisa do presente trabalho é de caráter bibliográfico, exploratória, documental, buscando alguns exemplos de OP no Brasil, bem como estudo de caso no município de Sobral – CE, procurando evidenciar o início desse processo, como foi realizado e se ocorreu sua implementação efetiva e eficiente.

O desenvolvimento do estudo constituiu um trabalho de pesquisa bibliográfica, tendo como base livros conceituais sobre orçamento participativo, a doutrina extraída de alguns autores, livros de referência informativa, publicações periódicas e pesquisas na internet, além é claro de um rico estudo de caso realizado na Prefeitura Municipal de Sobral.

Cervo e Bervian (1983, p. 55) definem que a pesquisa bibliográfica

explica um problema a partir de referenciais teóricos publicados em documentos. Pode ser realizada independentemente ou como parte da pesquisa descritiva ou experimental. Ambos os casos buscam conhecer e analisar as contribuições culturais e científicas do passado existente sobre um determinado assunto, tema ou problema.

A pesquisa bibliográfica se faz importante para o conhecimento prévio do que vai ser estudado, buscando aprimorar o assunto, facilitando assim o estudo realizado em outras regiões. Na referente pesquisa foi abordado o surgimento do orçamento participativo na cidade de Sobral até sua última realização.

Bruyne, Herman e Schoutheete (1977, p. 84) afirmam que o estudo de caso justifica sua importância por reunir informações numerosas e detalhadas com vista em aprender a totalidade de uma situação. A riqueza das informações detalhadas auxilia em um maior conhecimento e uma possível resolução de problemas relacionados

ao assunto estudado.

Gil (1999, p. 73) salienta que

O estudo de caso é caracterizado pelo estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos, de maneira a permitir conhecimentos amplos e detalhados do mesmo, tarefa praticamente impossível mediante os outros tipos de delineamentos considerados.

Sendo assim, o estudo de caso se caracteriza por ser uma pesquisa de campo, buscando evidenciar o máximo possível todas as informações adquiridas. Para elaboração deste trabalho, no primeiro momento foi realizada a pesquisa bibliográfica, para poder situar-se no assunto a ser estudado, e posteriormente foi realizado o estudo de caso, a coleta de dados na prefeitura sobre o orçamento participativo realizado na cidade de Sobral.

3. Orçamento Público

“O orçamento público hoje em dia é um instrumento mais importante e corriqueiro de gestão dos negócios de uma coletividade politicamente organizada”. (SOUZA, 2000, p. 39-58). Como reflexo de tal afirmação, o orçamento constitui a síntese do compromisso de contribuições da sociedade e de realizações do governo, tal como o contrato firmado entre o governo e sociedade que reflete, em termos monetários, o que o gestor faz pelo povo e o que o povo contribui para o governo.

Segundo Giacomoni (1997, p. 42-59), o conceito de orçamento público surgiu na Inglaterra no começo de século XIX. O processo de orçamento tinha como principal função facilitar o controle do legislativo sobre as ações do Executivo. Foi instituído inicialmente como aparato legal para a cobrança de impostos, a partir do aumento progressivo e significativo das despesas do Estado, passando a ser utilizado como importante instrumento de administração pública.

Orçamento público é um documento do Poder Executivo, aprovado pelo Poder Legislativo, que estima receitas e despesas para o período de um ano para todos os seus órgãos, discriminando o programa de trabalho autorizado a ser realizado, elaborado segundo os princípios da unidade, universalidade e anualidade. Do ponto de vista político, corresponde ao contrato formulado anualmente entre governo, administração e sociedade sobre as ações a serem implementadas pelo Poder Público. (ORÇAMENTO, 2009, p. 74)

O orçamento público é um instrumento de planejamento e execução das finanças públicas e está ligado à previsão das receitas e fixação das despesas públicas. É um documento legal contendo a previsão de receitas e despesas de um governo em um determinado exercício (geralmente um ano), é disciplinado pela Lei 4.320, de 17 de março de 1964, e regulamentações posteriores, especialmente através do decreto-lei nº. 2.312, de 23/12/1986, várias Portarias, bem como Resolução nº. 36, de 30 de junho de 1992, do Senado Federal. Tem como finalidade servir como instrumento da programação de trabalho do governo como um todo e de cada um de seus órgãos em particular e possibilitar o controle das finanças públicas.

Para Eustupiñán (1970 apud LIMA FILHO, 2003, p. 6),

O orçamento é um processo pelo qual se elabora, expressa, executa e avalia o nível de cumprimento da quase totalidade do programa de governo, para cada período orçamentário. É um instrumento de governo, de administração e de efetivação e de execução dos planos gerais de desenvolvimento socioeconômico.

No Brasil o orçamento público é, em princípio, o documento anualmente aprovado com finalidade de evidenciar em termos qualitativos e quantitativos, física e monetariamente, as políticas econô-

mico-financeiras e o programa de trabalho que o governo pretende executar no período de um ano, ou seja, um plano de ação.

4. Orçamento Participativo

O orçamento participativo é um instrumento que serve para alocar os recursos públicos de forma eficiente e eficaz. Recursos (receitas) que advêm primordialmente do poder do governo de tributar, devendo, pois, reverter tais recursos em benefícios coletivos (gasto público), sendo estes benefícios à materialização das demandas levantadas mediante as diferentes opiniões, interesses e desejos da comunidade. (SOUZA, E. X. de et al, p. 6)

O Orçamento Participativo é uma forma de se utilizar ainda mais a democracia, esta experiência acaba com a visão da política, em que o cidadão encerra a sua participação política no ato de votar, e os governantes eleitos podem fazer o que bem entendem. Através do Orçamento participativo o cidadão deixa de ser um simples agente passivo e passa a ser ativo da gestão pública.

Uma outra definição de Orçamento participativo encontrada na literatura diz que

O OP é um processo de discussão pública dos orçamentos, com caráter deliberativo, conduzido por alguns governos municipais a partir do final da década de 80. Em geral, os processos envolvem discussões em reuniões regionalizadas, abertas à população e a entidades, visando o levantamento preliminar de demandas e a aprovação, na sequência, de prioridades de ação para o exercício seguinte. Caracterizam-se por conferir à participação popular poder deliberativo. Normalmente, essas experiências não se encontram regulamentadas por lei e sua metodologia varia entre os municípios promotores. Em algumas situações, têm sido interrompidas na um dança de governo. (ORÇAMENTO, 2009, p.75)

Para Genro (1997 p. 23), a essência do OP é a de democratizar as decisões de uma nova gestão, a partir de conselhos populares [...] permitir que cada cidadão pudesse interferir na criação de políticas públicas e nas demais decisões de governo que tivessem importância para o futuro da cidade.

O orçamento participativo tem por finalidade concretizar de forma mais direta e cotidiana o contato entre a população e o governo, de forma a possibilitar que este considere os interesses e as concepções político-sociais no processo decisório, portanto, o que está em jogo nesse processo é o estímulo a crescente participação da população, em geral, e dos setores mais carentes.

Para se obter esses objetivos seria necessário realizar uma espécie de transferência de poder para a população para se alcançar gradativamente a substituição da representação política pela democracia direta.

O orçamento participativo possibilita que o governo capte, com maior facilidade e precisão, as demandas sociais. Tais informações são imprescindíveis para a fundamentação das decisões ligadas à alocação dos recursos públicos.

Desde os anos 80, o Partido dos Trabalhadores (PT) tem utilizado o Orçamento Participativo como ferramenta de gestão, sobretudo municipal. Porém é preciso ressaltar que as primeiras iniciativas de participação direta do povo na definição das políticas públicas de governo não partiram do PT. Ainda na década de 70, o MDB, em algumas de suas administrações, estimulava a participação popular. Isso trouxe como consequências, no início da década seguinte, grandes metrópoles passaram a adotar estratégias embrionárias de participação ativa da sociedade o que viriam a ser modelos de OP que hoje são frequentemente vistos em governos petistas. (UCHÔA, 2003, p. 6)

Segundo Uchôa (2003, p. 7), em Porto Alegre ocorreu o pri-

meiro Orçamento Participativo, formalmente instituído no governo municipal petista de Olívio Dutra (1989-1992), mas a ideia embrionária já havia existido quando eram feitos os Conselhos Populares na gestão de Alceu Collares (1985-1988), do PDT. O mesmo ocorreu em Recife, onde Orçamento Participativo da gestão do petista João Paulo (2001-2004) não pode desconhecer da influência das plenárias populares do governo Jarbas Vasconcelos (1985-1988), decorrentes do Programa Prefeitura nos Bairros. Desde então a participação popular nos governos só vem aumentando, muitas cidades se utilizam desse método para verificar quais as maiores necessidades da população, e onde ela quer que seja empregado o dinheiro público.

O OP é executado com diferentes metodologias em cada município, suas assembleias costumam ser realizadas em sub-regiões municipais, bairros ou distritos, em discussões temáticas e/ou territoriais, elegendo também delegados que representarão um tema ou território nas negociações com o governo.

Esses delegados formam um Conselho que além de dialogar diretamente com os representantes da prefeitura sobre a viabilidade de executar as obras aprovadas nas assembleias, também propõem reformas nas regras de funcionamento do programa e definem as prioridades para os investimentos, de acordo com critérios técnicos de carência de serviço público em cada área do município.

Vale salientar, que a metodologia do orçamento participativo permite que a sociedade participe, em um ou mais desses momentos do processo, de forma mais atuante e democrática. Porém, o que vem prevalecendo na maioria dos processos municipais é a participação social no momento da elaboração.

Diante do exposto é importante ressaltar que mesmo com a participação da população nas reuniões, na elaboração das prioridades o governo é quem decide o que vai compor o orçamento do município e posteriormente executado.

5. Orçamento Participativo em Sobral

Durante muito tempo a política do município de Sobral era conhecida como símbolo do tradicional, do atraso e da estagnação, período este que a administração alternava entre as famílias Prado e Barreto, que permaneceram no poder por mais de 40 anos, terminando sua hegemonia política no ano de 1996.

Segundo Rocha (2008, p. 6), as famílias Prado e Barreto ficaram conhecidas pelas várias histórias pitorescas que falam no seu modo de governar e também da postura desses políticos ao administrar o patrimônio público como se este fosse propriedade privada.

Tal postura mostra como as práticas cotidianas imprimem a marca da cultura clientelista e paternalista dos governos Prado e Barreto. Como exemplo, durante o governo do Zé Prado, foi entregue um prédio histórico pertencente ao patrimônio público ao presidente de um sindicato da cidade e o documento que firmava a doação era um bilhete manuscrito que dizia: “Entrego esta casa ao fulano de tal, presidente do sindicato tal, assinado pelo prefeito Zé Prado”. Os Prados e Barretos obtiveram êxito com essa estratégia até as eleições de 1992, quando elegeram o último grupo dessa oligarquia.

Na primeira gestão do atual governo de estado do Ceará, Cid Gomes, como prefeito do município de Sobral no ano de 1997, foi lançada a proposta de uma gestão compartilhada entre a administração municipal e sociedade civil, proposta esta fortalecida pela Constituição de 88 e pelos vários movimentos sociais ocorridos pelo Brasil naquela época, então essa nova administração municipal viu no Orçamento Participativo um bom modelo para harmonia entre a administração pública do município e a população.

Essa nova metodologia de gestão foi motivada pelo êxito da experiência deste tipo de orçamento público na cidade de Porto Alegre - RS, ao longo dos anos 90, além das recomendações da ONU durante a II Conferência do Habitat, realizada em Istambul em

1996, para que os municípios aplicassem essa “boa prática de gestão”, constituindo a partir de então um atrativo a mais, a implantação do Orçamento Participativo.

Esse novo programa de governo trazia a importância da participação da população e de meios democráticos no que concerne a administração participativa, delegando a responsabilidade do Orçamento Participativo à Secretaria da Cultura, Desporto e Mobilização Social, a partir, é claro, das definições dos Secretariados Municipais e suas respectivas responsabilidades, após decisão, a difícil e árdua disseminação, compreensão e adesão deste modelo de gestão pública, por parte dos líderes políticos do município que até então foram habituadas a uma cultura coronelista e paternalista e acima de tudo preconceituosa, que marginalizava a opinião dos eleitores sobralenses, e até mesmo pela própria população sobralense, desacreditada pelas precárias formas de governo das famílias Prado e Barreto.

A partir daí foi criada uma equipe para coordenar e acompanhar o processo de implantação do Orçamento Participativo, com o objetivo de possibilitar a participação de todos os segmentos sociais, além de disseminar os conceitos e práticas de cidadania, coletividade e educação fiscal, requisitos necessários para o êxito dessa experiência.

Uma das primeiras estratégias da Coordenação de Mobilização Social - Emídio Silva, o então coordenador da secretaria - junto com a equipe responsável pela implantação do Orçamento Participativo (OP) no município, foi a realização do Seminário “Metodologia de Elaboração do Orçamento Participativo” com técnicos da Administração de Porto Alegre, município do qual a gestão municipal teve por base as políticas orçamentárias de participação, para um grupo de técnicos da Prefeitura Sobralense e alguns formadores de opinião a fim de conhecerem a metodologia do OP, a partir do modelo gaúcho.

O intuito desta reunião, que durou três dias, era conhecer a experiência de Porto Alegre, e a partir daí, elaborar uma proposta para

Sobral, de acordo com as necessidades e a realidade do município, e concretizar uma proposta para a charmosa Princesinha do Norte. A esse respeito, Clodoveu Arruda, o então Secretário de Cultura, Desporto e Mobilização Social, assim se manifestou:

Bom, preciso dizer que primeiramente nós fizemos uma divisão territorial no município, né, porque o orçamento ele tem também essa característica, ele se realiza regionalmente, então, era preciso corrigir isso no município de Sobral, porque você tinha várias Secretarias utilizando-se de uma regionalização diferente, foi preciso padronizar essa territorialização.

Sobral então foi dividido em dez regiões, sendo quatro delas na sede municipal e as outras seis regiões nos distritos, atendendo a todas as localidades e levando-se em conta as posições geográficas desses distritos. Facilitando assim à alocação de recursos e mensurar a estrutura necessária para atender a demanda da população, Sobral ficou então assim dividido, conforme tabela 1 fornecida pela Prefeitura Municipal que segue abaixo:

Tabela 1- Divisões geográficas da cidade de Sobral

DIVISÃO DAS PLENÁRIAS REGIONAIS DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO			
Região	Local da Plenária	Região	Local da Plenária
Aracatiçu, Caracará, Patos, Olho D'água do Pajé, Picada	Aracatiçu	Sobral Sede – Centro (intra-trilhos)	Auditório da Igreja do Patrocínio
Taperuaba, Bilheira, Vassouras, Puba, Macapá, Valentim.	Taperuaba	Sobral Sede – Sinhá Sabóia, COHAB I, COHAB II, Dom Expedito, Salgado dos Machados	BNB Clube
Jordão Baracho	Jordão	Rafael Arruda.	Rafael Arruda

Santo Antônio, Santo Hilário, Santa Luzia.		Recreio, Ouro Branco, Ipueirinhas, Aparizível, Pedra de Fogo e Torto.	
Jaibaras e Bonfim	Jaibaras	Patriarca, Caioca, Madeira e Alegre.	Patriarca
Sobral Sede – Junco a oeste da Rua John Sanford, Coelce, Alto do Cristo, Dom José, Sumaré, PE. Palhano, Cidade Zé Euclides, Vila União, Conj. Grajaú e Boqueirão.	CIRÃO	Sobral Sede - Pedrinhas, Betânia, Coração de Jesus, Alto da Brasília, Expectativa, Parque Silvana I e II, Colina, Campos dos Velhos, COHAB III e Junco a leste da Rua John Sanford.	CAIC

Fonte: Prefeitura municipal de Sobral, 2008.

Dividida as regiões ao longo de todo o município para começar a se trabalhar o OP, era necessário informar, sensibilizar e motivar os líderes comunitários sobralenses dos benefícios que traz este modelo de orçamento público, para então buscar colaboradores dispostos a participarem ativamente dessa nova metodologia de gestão pública.

Em uma entrevista com Clodoveu Arruda, atual vice-prefeito da cidade de Sobral, no primeiro momento era feito uma sensibilização com as organizações da sociedade civil existentes no município, tais como sindicatos, associações de moradores, agentes de saúde, conselhos municipais, organizações da juventude e igrejas. Posteriormente era esclarecido o que era orçamento participativo, qual era a ideia, como iria acontecer, o porquê e a importância do OP.

Era entregue para eles uma cartilha elaborada pela equipe da prefeitura, explicando em uma linguagem clara e ilustrativa o que era orçamento público, comparando-o com o orçamento e a necessidade de um planejamento familiar, explicando o que é orçamento participativo, as origens das fontes de recursos, as despesas e o processo de hierarquização das prioridades.

Para os participantes a importância de agirem em suas respectivas comunidades, no sentido de disseminar os ideais desse novo modelo de gestão pública, outrora passado para os representantes da sociedade civil nas reuniões de sensibilização, para que assim a população por completa, participe do terceiro momento com máxima adesão desses ideais de gestão popular.

Com uma ampla divulgação nas rádios, jornais, panfletos, carro de som, faixas, anunciava-se a realização da plenária do orçamento participativo e era divulgado um calendário informando onde ocorreria às plenárias. No dia, começava-se a plenária com uma pequena peça teatral, algumas vezes com teatro de bonecos, outras com atores com textos preparados em linguagem teatral fácil e acessível, para que as pessoas compreendessem que estavam ali voluntariamente, e não havia promessa de entregar nada, de dar nada.

Depois da apresentação da peça de teatro e apresentação geral do OP, eram divididos os presentes em grupos. Cada grupo era acompanhado por um facilitador, que elencava as prioridades daquela comunidade à mediada que o próprio grupo hierarquizava. Após esse trabalho, os grupos voltavam para a plenária onde cada grupo apresentava suas quatro propostas consideradas prioritárias.

Concluída mais essa etapa, passavam a serem apresentadas as propostas na plenária pela população presente eram separadas por área e região, para serem sistematizadas no orçamento municipal que será validado pelo conselho municipal do OP, antes de ser encaminhado à Câmara Municipal, bem como eram escolhidos por essa população dois representantes, sendo estes moradores da comunidade, para assumirem a responsabilidade de representar os interesses da população, estes comporiam o Conselho Municipal de Orçamento Participativo (CMPO) este conselho teria reuniões ordinárias mensais, e extraordinárias, quando se fizerem necessárias, além é claro, de como já foi descrito, discutir e aprovar a proposta orçamentária do OP antes que esta seja enviada à Câmara de vereadores.

Por mais de sete anos este modelo de gestão democrática e popular, no que se diz respeito a parcial decisão das demandas de obras e serviços públicos, funcionou no município de Sobral, mas infelizmente no ano de 2003, o OP de Sobral passou por uma série de dificuldades que deixaram desacreditados os seus participantes. Desde o ano 2005 o OP foi paralisado, e não se tem previsão de sua retomada, porém alguns resquícios ficaram deste modelo de gestão popular. A disseminação do OP no município de Sobral fez com que a população desse município entendesse a importância de seus atos na sociedade, acompanhando a execução orçamentária e fiscalizando os gastos públicos, se não conscientizou toda a população dessa responsabilidade que possuem em suas mãos, ao menos uma parcela desta, tocada por essa metodologia de trabalho, a qual absorveu por certo, com a sua participação neste projeto municipal, busca a concretização de seus direitos, e da comunidade a qual pertencem.

6. Conclusão

O orçamento participativo é o processo de participação popular, que foi implantado pela prefeitura de Sobral, assim como em outras prefeituras brasileiras, na tentativa de aproximar o poder público da sociedade e de administrar a carência da cidade. A privação dos direitos básicos é o que movimenta o processo do OP e o que faz as pessoas lutarem contra os problemas enfrentados diariamente.

O processo de orçamento participativo garante a população a oportunidade de exercer alguns direitos, como o de exercício político e a luta por direitos sociais. Porém a noção de direito que está contida no OP é o do direito de discutir, direito a moradia e de reivindicar serviços públicos básicos para sua vida.

A satisfação da sociedade com a utilização do OP na administração do município é notável, pois o mesmo faz a sociedade participar ativamente na elaboração do orçamento fazendo com que a população sinta que sua opinião é importante nas decisões municipais.

Após a realização deste trabalho pôde-se notar que é possível optar por gestões democráticas, transparentes e participativas. A população tem capacidade de junto com os governantes decidir o que é melhor para a coletividade, o que se faz necessário é que haja mais disponibilidade por parte dos governantes para com a população para que a mesma possa intervir nos processos como cidadão ativo.

Mesmo com a finalização do OP em Sobral, pode-se notar que durante sua execução no município teve-se um bom crescimento, sendo assim sugere-se a retomada desse modelo de gestão pelo atual governo e/ou por administrações futuras, bem como ser implementado em outras cidades, pois de acordo com o exposto anteriormente fica evidente o sucesso de um programa de gestão que conta com ativa participação popular. A aplicação deste tipo de processo tende a gerar um desenvolvimento local, haja vista serem debatidos os problemas e dificuldades pelos quais a população de diversas cidades vem passando.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, S., *Considerações sobre a Experiência Brasileira do Orçamento Participativo: potencialidades e constrangimentos*, 2003. Disponível em <<http://www.rls.org.br/publique/med>>. Acesso 17 dez 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

_____. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Lei do orçamento público. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L4320.html>>. Acesso 20 dez 2008.

BRUYNE, Paulo de; HERMAN, Jacques; SCHOUTHEETE, Marc de. *Dinâmica na pesquisa de ciências sociais: Os pólos da prática metodológica*. Rio de Janeiro: F. Alves, 1997.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. *Metodologia cien-*

tífica: para uso dos estudantes universitários. São Paulo: McGraw – Hill do Brasil, 1983.

EUSTUPIÑÁN, Jorge. *Definição de Orçamento Programa*: II Curso Intensivo de Programação Orçamentária, FGV, 1970.

GENRO, Tarso e SOUSA, Ubiratan de. *Orçamento Participativo: a experiência de Porto Alegre*. 3 ed. Perseu Abramo, São Paulo, 1997.

GIACOMONI, J. *Orçamento Público*. São Paulo: Atlas, 1992.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999

JÚNIOR, R.L. *Orçamento Público e Política Orçamentária*. Disponível em <http://coralx.ufsm.br/depeco/doc_doutorantes/doc_Roberto_da_Luz_Jr/orcamento_publico_politica_orcamentaria.pdf>. Acesso 17 dez 2008

KOHAMA, Hélio. *Contabilidade Pública: Teoria e Prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

LIMA FILHO, José Batista de. *O Processamento da Despesa Pública com Ênfase em Programas de Trabalho*. 2003. 63 pág. (Mono-grafia) – Universidade Federal do Tocantins.

ORÇAMENTO PÚBLICO: Decifrando a linguagem. Fundação João Pinheiro. Disponível em <<http://contasabertas.uol.com.br/asp/decifrando.pdf>> . Acesso 22 jan 2009.

PARTIDO DOS TRABALHADORES – 25 anos. Disponível em <<http://www.pt.org.br/25anos>>. Acesso 17 jan 2009.

PARTIDO DOS TRABALHADORES NO CEARÁ. Disponível em <<http://www.ptceara.org.br>>. Acesso 17 jan 2009.

PIRES, V., *Participação da Sociedade nos Processos Orçamentários*: A

Experiência Brasileira. Monografia vencedora do V Prêmio de Monografia do Tesouro Nacional (2000) 1º lugar/Tema Elaboração e Execução Orçamentária e Financeira, 2000.

ROCHA, A.A. *Avaliação do processo participativo de Sobral: trilhas percorridas entre o Orçamento Participativo e a Sociedade Civil*, 2009. Trabalho de conclusão de curso (mestrado em avaliação de políticas públicas) - UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ - Fortaleza, 2009.

SILVA, Leticia Batista da. *Democracia e participação popular: orçamento participativo no estado do Rio Grande do Sul*, 2003. p.124 (monografia) Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SOBRAL, Prefeitura. Secretaria da Cultura, Desporto e Mobilização Social. *Diretrizes Orçamento Participativo*, 1997.

SOBRAL, Prefeitura. Secretaria de Finanças. *Dados do Orçamento Participativo de 2004*, 2008.

SOUZA, E.X., et al, *Orçamento Participativo como Ferramenta de Política Pública para Gerar o Desenvolvimento Econômico e Social em áreas rurais: Uma proposta de metodologia*. Disponível em <<http://www.ucdb.br/coloquio/arquivos/erica.pdf>>. Acesso 15 dez 2008.

SOUZA, Marcelo L. de. *O orçamento participativo e suas especialidades: uma agenda de pesquisa*. São Paulo, Terra Livre, n. 15, p. 39-58, 2000.

UCHÔA, M., *O Orçamento Participativo e a Experiência em Fortaleza*, 2003. Disponível em <www.gomeseu-choa.adv.br> Acesso 17 jan 2009.

Análise da prestação de contas de Governo da Administração Pública Municipal sob a ótica da LRF: um estudo do município de Fortaleza de 1998 a 2004

Rômulo Bernardino Lopes da Costa

Gestor de Projetos Companhia Brasileira de Laticínios (CBL).

Graduado em Ciências Contábeis – Universidade Federal do Ceará (UFC).

Resumo: A Prestação de Contas é um ato de grande relevância que o administrador público realiza. É através desse ato que o governante demonstra sua capacidade de governar com ética, responsabilidade e eficiência. O presente artigo aborda os aspectos relativos à Prestação de Contas de Governo realizadas diretamente pelo chefe do Poder Executivo, com o objetivo específico de verificar os impactos que a Lei de Responsabilidade Fiscal causou na forma como as mesmas são prestadas. Antes da promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal, o principal problema existente consistia-se no fato de que o processo de prestação de contas era baseado em uma série de leis, decretos e instruções normativas que dificultavam uma melhor análise dessas contas. Com relação a metodologia, foi utilizada pesquisa bibliográfica, documental e Estudo de Caso, tendo como principais fontes: livros, documentos obtidos junto ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, bem como diversas outras publicações. Assim, concluiu-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe uma série de benefícios para a forma como são prestadas as contas de governo, tornando mais exigentes e transparentes os atos e fatos da Administração Pública.

Palavras-chave: Prestação de Contas; Contas de Governo; Lei de Responsabilidade Fiscal.

1 . Introdução

Os municípios dos 27 estados brasileiros têm a obrigação de prestar contas, anualmente, para os órgãos competentes, com o objetivo de demonstrar suas ações diante da sociedade, bem como verificar a obediência ao que determina a legislação específica sobre o tema, observando o respeito aos princípios esculpidos no art. 37 da

Constituição Federal: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e eficiência, e ainda, aos princípios da isonomia (art. 5º e inciso I) e da economicidade (art. 70).

Nesse contexto, podem ser elencados dois regimes jurídicos de prestação das contas públicas: a) a que abrange as denominadas Contas de Governo, exclusivo para a gestão política do Chefe do Poder Executivo; b) e a que alcança as intituladas Contas de Gestão, prestadas ou tomadas, dos administradores de recursos públicos, que impõe o julgamento técnico realizado em caráter definitivo pela Corte de Contas.

A Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), é o principal instrumento regulador das contas públicas no Brasil, estabelecendo metas, limites e condições para gestão das receitas e das despesas, obrigando assim os governantes a assumirem compromissos de manter o equilíbrio entre a arrecadação e os gastos públicos.

A priori, é fundamental ressaltar a importância do ato de prestar contas por parte do chefe do executivo, seja municipal, estadual ou federal, com vistas à transparência dos seus atos, enquanto gestor de recursos públicos. Antes da LRF, a situação que envolvia a prestação de contas era frágil, posto que não havia legislação que, por exemplo, limitasse os gastos públicos antes de 2001. Com a promulgação da Lei Complementar nº 101, foram estabelecidos controles sobre a atividade financeira da União, dos Estados e dos Municípios.

Dessa forma este estudo visa demonstrar e dar publicidade aos atos praticados pela administração municipal no período estudado, bem como informar os erros cometidos, a relevância dos mesmos, o salto qualitativo, a aderência a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como informar a respeito do tema, pois há pouquíssimo material disponível a respeito desse assunto.

O presente artigo apresenta uma pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso de natureza qualitativa, no qual se deseja entender e estudar a Prestação de Contas de Governo antes e depois da Lei de Responsabilidade Fiscal, cujos dados serão obtidos através de pesquisas em livros, monografias, publicações avulsas, leis e a rede mundial de computadores. Espera-se que este trabalho seja um incentivo à realização de estudos acadêmicos no sentido de ampliar as pesquisas nessa área e desafiar profissionais a adentrar nesta temática.

2. Administração Pública Municipal e a Lei de Responsabilidade Fiscal

A história da Administração Pública e seu controle remontam aos tempos em que o homem deixou de ser nômade e passou a ser sedentário, saindo das cavernas e passando a construir habitações, desenvolvendo posteriormente a escrita. De acordo com Van Loon (1994), a partir desse marco começa a surgir o que viria a ser chamado de administração pública, quando nesse período, algo em torno do ano 5.000 a.C, os sumérios buscavam formas de resolver seus problemas práticos. Depois, entre 3.200 a.C a 32 a.C, a civilização Egípcia desenvolveu um complexo sistema econômico-social. Considerada uma das maiores civilizações da antiguidade, o Egito jamais conseguiria ter alcançado esse desenvolvimento sem uma Administração Pública organizada e sistemática.

Ainda de acordo com Van Loon (1994), a derrocada da nação egípcia coincide com a ascensão do Império Romano. Até então, os impérios eram cidades-estado com pequenas outras cidades subordinadas à metrópole, mas foi a partir da expansão do império romano que essas cidades tornaram-se municípios, impondo o seu modelo às regiões conquistadas, como a Península Ibérica, de onde, naturalmente, chegou ao Brasil quando este era colônia de Portugal. Ao atingir seu ápice durante o Império Romano, a Administração Pública passou a evoluir rapidamente, com a ascensão de novos impérios, com o continente europeu aumentando sua importância em escala geométrica.

O mundo viveu os séculos seguintes sem grandes inovações na área da administração pública, até que durante a renascença na Itália, o Frade Franciscano, Luca Paccioli (1445-1517), publicou o conceito das “partidas dobradas”, segundo o qual para cada débito deveria haver um crédito de igual valor. Nesse contexto surgiu a contabilidade como conhecemos hoje, então usada apenas por comerciantes italianos, passou a ser utilizada pela administração pública em 1761, quando Dom José I, então regente de Portugal, promulgou a Carta de Lei de 22 de Dezembro sobre a Liquidação da Contas do Reino e Casa e criou o Erário Régio, com fortes implicações no Brasil.

Ainda no século XVIII, mais precisamente na Alemanha, foi criado o primeiro Tribunal de Contas que se tem notícia, onde conforme diversas posições doutrinárias a esse respeito foi fundada na cidade de Berlim, em 1714, por obra do Rei Frederico Guilherme I, da Prússia, a então denominada Controladoria Geral de Contas. Em 1818, passou a ser denominada de Contadoria Geral de Contas, com sede em Potsdam, cidade independente no leste da Alemanha e capital do estado federal de Brandemburgo.

No Brasil, os Tribunais de Contas surgiram por ideia de Rui Barbosa. O primeiro documento legislativo a seu respeito é o Decreto nº. 966-A/1890, tendo sido consagrado na primeira Constituição Republicana. Idealizava-se um órgão independente entre quem autoriza as despesas e quem as executa, sendo, portanto, um vigia da boa eficiência das ações do Estado, com veto oportuno aos atos que formassem as leis financeiras vigentes da época.

Criado como órgão permanente da estrutura estatal, o dito Tribunal de Contas foi instalado em 17 de janeiro de 1893. Alterado pela 2ª Constituição Republicana, de 1934, Capítulo VI, Seção II, arts. 99 a 102, o Tribunal de Contas ficou incumbido de acompanhar a execução orçamentária e julgar as contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos. A partir da redemocratização de 1945, segundo Fausto (1995), o processo de constituição do Estado moderno brasileiro se aprofunda, tanto no segundo governo de Getúlio

Vargas quanto no governo do presidente Juscelino Kubistchek. No entanto, após esse período democrático e de forte presença do estado, o Brasil assiste ao retorno de um regime autoritário. A crise política que se arrastava desde a renúncia de Jânio Quadros em 1961 culminou com a ascensão de João Goulart, que assumiu a presidência num clima político marcado pela abertura às organizações sociais. Temendo uma guinada do Brasil ao socialismo, os militares assumiram o poder em abril de 1964.

Durante esse período, em março de 1964, foi promulgada a Lei nº. 4.320, que substituiu o Código de Contabilidade da União e o Decreto-lei nº. 2.416, que regulamentavam a elaboração e execução dos orçamentos dos Estados e Municípios. Em vigor até hoje, essa Lei é um marco na história da contabilidade e da administração pública. No entanto, desse período até os dias de hoje muita coisa mudou, principalmente quando se fala em administração pública. Segundo alguns críticos, a Lei nº. 4.320/64, quando de sua aprovação, não foi vista sob o aspecto social, pois criou poucos mecanismos de participação popular, além de receitar demonstrativos contábeis que para muitos são incompreensíveis, não evidenciando com clareza a utilização dos recursos públicos.

A Constituição Federal de 1988, a sétima a reger o país desde a independência, previu a necessidade da criação de uma Lei Complementar que regulamentasse as contas públicas e garantisse assim que, depois de duas décadas de ditadura, a administração pública voltasse a ter credibilidade. Foi então que, em 4 de Maio de 2000 surgiu a Lei de Responsabilidade Fiscal, considerada uma evolução na legislação sobre finanças públicas no Brasil, estabelecendo condutas gerenciais de responsabilidade e de transparência.

A Lei Complementar nº. 101 (LRF) estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, pressupondo alguns critérios como: ações planejadas e transparentes; prever riscos e corrigir possíveis desvios antes que afetem o equilíbrio das contas públicas; equilibrar receitas e despesas, dentre outras.

As disposições da LRF são obrigatórias para a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e os seus correspondentes poderes.

Com relação a ação planejada, existem mecanismos operacionais como o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), que criaram dessa forma condições objetivas de programar a execução orçamentária, alcançando objetivos e metas prioritárias. No que tange à maior transparência dos atos públicos, a LRF determinou a emissão e publicação dos seguintes relatórios: Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO), Relatório de Gestão Fiscal (RGF), bem como os Anexos de Metas e Riscos Fiscais disciplinados nos arts. 52, 53, 55 e 72. Dedicou ainda alguns dispositivos à ação do controle, tanto externo como interno, tais como, o controle exercido pelo Poder Legislativo, pelos Tribunais de Contas, pelos membros da sociedade em geral e pela própria autoridade administrativa.

No entanto, não basta que o Estado possua controles e estes sejam eficientes, é necessário que haja previsão de punição para caso ocorra qualquer desvirtuamento ao que foi preceituado pela Lei. Por este motivo, a LRF em seu art. 73 detalha as outras leis a que também estão submetidas as infrações que por ventura vierem a ocorrer. A Lei Complementar nº. 101/2000 é, portanto, o principal instrumento regulador das contas públicas no Brasil, uma vez que estabelece metas, limites e condições para gestão das receitas e das despesas e obriga os governantes a assumirem compromissos de manter o equilíbrio entre receita e despesa. Dessa forma, a LRF auxilia os administradores públicos na realização de uma gestão responsável, voltada para o interesse do povo e, a partir disso, buscar progresso social e econômico.

3. Prestação de Contas

O aperfeiçoamento da democracia nos países ocidentais nas últimas décadas, incluído o Brasil, criou quase que imediatamente mecanismos que tentam garantir que os atos dos responsáveis pelos bens públicos sejam acompanhados pela sociedade. Os mecanismos

adotados para esse fim são as prestações de contas, que governantes ou terceiros que se utilizem de bens públicos são obrigados a fazer.

Fica assim evidente, que prestar contas é um ato de transparência administrativa, onde a sociedade, poderá acompanhar os atos dos gestores com relação aos bens que lhes pertencem. Ressalte-se que o dever de prestar contas é um ato pessoal (*intuitu personae*), ou seja, a prestação de contas é feita levando-se em consideração a pessoa responsável pela administração de bens ou serviços públicos. A importância de que o ente público preste contas de seus atos está em fornecer subsídios aos responsáveis pelo controle externo e pelo controle social para resguardar os bens públicos e administrar despesas e dívidas públicas.

Ressalte-se ainda que, para prestar contas, o administrador público deve estar atento ao regime jurídico de contas públicas que, segundo Furtado (2007), são divididos em dois tipos: a) o que abrange as denominadas Contas de Gestão, prestadas ou tomadas, daqueles que administram recursos públicos, b) e o que abrange as denominadas Contas de Governo, exclusivo para o Chefe do Poder Executivo.

As chamadas Contas de Gestão são aquelas prestadas pelos ordenadores de despesa, ou seja, os responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, ocasião em que apresentam os resultados dos atos de gestão financeira e patrimonial, praticados durante o exercício financeiro. A competência para apreciar e julgar essa prestação de contas é exclusivo das Cortes de Contas, na qual são examinados aspectos jurídicos ligados ao efetivo processamento das despesas, isto é, ligados aos atos de gestão, de onde recebe sua denominação, aspectos esses previstos na Lei nº. 4.320/64. As contas serão julgadas, segundo a Lei nº. 8.443/96, art. 16, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e podem ser classificadas como regulares, regulares com ressalva, ou irregulares.

Referente as Contas de Governo cabe informar que os chefes do poder executivo têm a obrigação de prestar contas, anualmente,

para os órgãos competentes, com o objetivo de demonstrar suas ações diante da sociedade, bem como verificar a obediência ao que determina a legislação específica sobre o tema, observando o respeito aos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal Brasileira de 1988: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade e eficiência, e ainda, aos princípios da isonomia (art. 5º e inciso I) e da economicidade (art. 70).

Sendo a prestação de contas, princípio constitucional (art. 31, §§1º, 2º e 3º da Constituição), cuja violação pode acarretar na intervenção estadual no Município (art. 35, II), cabe ao Prefeito prestar contas de sua administração, na forma estabelecida na Lei Orgânica do Município, na Constituição e legislação específica. Para instrumentalizar o julgamento político, os Tribunais de Contas emitirão parecer prévio conclusivo sobre as contas de governo, em cujo documento os técnicos da Corte de Contas irão aprovar; aprovar com ressalvas, desaprová-las, ou ainda optar pela abstenção de opinião.

No julgamento do Prefeito por parte da Câmara dos Vereadores irá prevalecer a decisão da Corte de Contas, exceto pela opinião em contrário de dois terços da Câmara Municipal (CF, art. 31, § 2º). No Caso do parecer prévio relativo às contas de governo do Governador ou do Presidente da República, a Casa Legislativa decidirá através da maioria simples dos votos dos parlamentares, onde deverá estar presente a maioria absoluta dos membros (CF, art. 47).

4. Metodologia da Pesquisa

A pesquisa foi realizada com base no Parecer Prévio elaborado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM/CE relativos ao período de 1998 a 2004, a seguir identificados:

- Parecer Prévio nº. 29/04, relativo as Contas de Governo de 1998, e assinado em 04 de Março de 2004;

- Parecer Prévio nº. 33/05, relativo as Contas de Governo de 1999, e assinado em 17 de Fevereiro de 2005;
- Parecer Prévio nº. 34/05, relativo as Contas de Governo de 2000, e assinado em 17 de Março de 2005;
- Parecer Prévio nº. 48/05, relativo as Contas de Governo de 2001, e assinado em 07 de Abril de 2005;
- Parecer Prévio nº. 147/07, relativo as Contas de Governo de 2002, e assinado em 20 de Setembro de 2007;
- Parecer Prévio nº. 167/07, relativo as Contas de Governo de 2003, e assinado em 01 de Novembro de 2007;
- Parecer Prévio nº. 62/08, relativo as Contas de Governo de 2004, e assinado em 03 de Abril de 2008;

Foram analisados todos os fatos apontados pelo TCM, bem como a legislação que sustenta esses apontamentos. É relevante ressaltar ainda que o estudo encerra-se no ano de 2004, pois este foi o último ano a ser analisado pelo TCM até o presente momento e que foi objeto de parecer prévio por parte da Corte de Contas.

5. Análise da Prestação de Contas de Governo do Município de Fortaleza de 1998 a 2004

O quadro abaixo apresenta as falhas encontradas pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará – TCM através de Parecer Prévio relativos ao período que vai de 1998 até 2004.

Ocorrências	Fortaleza						
	Exercícios						
Períodos	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Orçamento Superestimado	X	X	X	-	-	-	-
Abertura de Crédito Adicional sem autorização específica	X	-	-	-	-	-	-
Arrecadação da Dívida Ativa considerada baixa	X	X	X	X	X	X	-
Não envio da Relação dos bens de natureza permanente	-	X	-	-	-	-	-
Despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino inferior ao mínimo estabelecido	-	X	X	-	-	-	X
Ocorrências	Fortaleza						
	Exercícios						
Períodos	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Previsão Orçamentária de Atualização Monetária dos valores para Abertura de Crédito Suplementar	-	-	X	X	-	-	-
Divergências no prazo para a Liquidação dos créditos por antecipação da receita	-	-	X	-	-	-	-
Abertura de Crédito especial sem amparo legal	-	-	X	-	-	-	X
Não envio tempestivo do RREO e do RGF	-	-	X	X	X	-	-
Ilegalidade nas despesas com serviços de terceiros	-	-	X	X	X	X	-
Inscrição de Restos a Pagar sem lastro financeiro	-	-	X	-	X	-	X
Não elaboração da programação financeira	-	-	-	X	X	X	-
Déficit na arrecadação das receitas tributárias	-	-	-	-	X	X	X
Ausência de peças que compõem o Balanço Financeiro comprometendo o Balanço Patrimonial	-	-	-	-	X	X	X

Aumento da Dívida flutuante	-	-	-	-	X	-	-
Remessa Intempestiva da Lei de Diretrizes Orçamentárias	-	-	-	-	-	X	-
Falhas no envio do Relatório Anual de Acompanhamento de Gestão Fiscal	-	-	-	-	-	X	-
Ausência de lei autorizativa para Operações de Crédito	-	-	-	-	-	X	-
Alienação de Bens Imóveis em desacordo com a legislação	-	-	-	-	-	X	-
Cancelamento de Restos a Pagar Processados	-	-	-	-	-	X	X
Processo de Prestação de Contas não apresentado devidamente instruído	-	-	-	-	-	-	X
Anulação ilegal de reserva de contingência	-	-	-	-	-	-	X
Ocorrências	Fortaleza						
	Exercícios						
Períodos	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Valor incorreto da Receita Corrente Líquida nos Demonstrativos	-	-	-	-	-	-	X
Retenção de valores indevidos	-	-	-	-	-	-	X
Falhas na apresentação do Relatório Resumido de Execução Orçamentária	-	-	-	-	-	-	X

Quadro 1 – Resumo das Falhas encontradas no Parecer Prévio no período de 1998 a 2004.

Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Conforme pode-se observar, a partir da promulgação da LRF, em 2000, vários pontos que antes não eram observadas ou que não havia legislação que os amparasse puderam ser verificadas e dessa forma puderam ser cobradas.

No Quadro seguinte, foi feito um resumo com o resultado conclusivo emitido via Parecer Prévio do período em estudo em que

os técnicos da Corte de Contas aprovaram, aprovaram com ressalvas, desaprovaram, ou optaram pela abstenção de opinião.

PARECER PRÉVIO	ANO	RESULTADO
Parecer Prévio nº. 29/04	1998	Aprovado
Parecer Prévio nº. 33/05	1999	Aprovado
Parecer Prévio nº. 34/05	2000	Aprovado com Ressalvas
Parecer Prévio nº. 48/05	2001	Aprovado
Parecer Prévio nº. 147/07	2002	Aprovado
Parecer Prévio nº. 167/07	2003	Não Aprovado
Parecer Prévio nº. 62/08	2004	Não Aprovado

Quadro 2 – Resultado da Apuração da Corte de Contas sobre a Prestação de Contas de Governo do Município de Fortaleza (1998 a 2004).

Fonte: Elaborado pelo próprio autor

6. Análise das Contas de Governo antes e depois da Lrf (1998-2004)

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em vigor desde maio do ano 2000 mudou substancialmente a forma de prestar contas do gestor do poder executivo municipal. Anterior a essa Lei, o Tribunal de Contas dos Municípios utilizava como base de avaliação dessas contas basicamente três legislações: A Lei nº. 4320/64, a Constituição Federal de 1988 e a sua própria Instrução Normativa nº. 02 de 1997.

Na prestação de contas por parte do prefeito municipal no ano de 1998 e 1999, anteriores ao surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, havia poucos relatórios a serem entregues, o que não permitia uma análise profunda da situação financeira, patrimonial e orçamentária do município. Verificou-se que nesses anos (1998 e 1999), as Contas de Governo da Prefeitura Municipal de Fortaleza foram aprovadas sem grandes polêmicas, posto a quantidade mínima de ocorrências evidenciadas.

A Lei Complementar nº. 101 de maio de 2000 modificou totalmente a forma e o nível de exigência da prestação das Contas de Governo a ponto de, no ano 2000, as contas do prefeito responsável terem sido objeto de discussão e debates, que resultou em voto favo-

rável, mas não unânime, à aprovação das Contas de Governo deste ano. Nos anos seguintes, observou-se que o nível de exigência aumentou consideravelmente, tendo o número de ocorrências aumentado nos anos de 2003 e 2004 (o que resultou na desaprovação das Contas de Governo desses anos pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará) em relação aos anos anteriores conforme demonstra o gráfico abaixo:

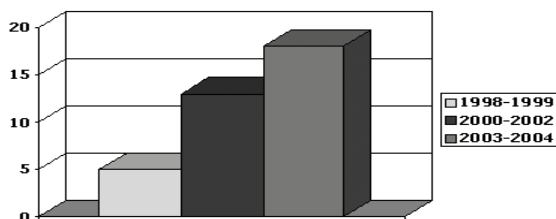


Gráfico 1 – Ocorrências apontadas pelo TCM nas Contas de Governo no Período de 1998 a 2004

Fonte: Elaborado pelo próprio autor

A priori, conforme pode-se perceber pelo gráfico acima, o número de ocorrências aumentou período após período. Em uma rápida análise quantitativa pode-se chegar a conclusão de que a LRF piorou a forma como são prestadas as Contas de Governo. No entanto uma análise mais apurada denota que o motivo pelo qual o número de ocorrências aumentou deveu-se ao fato de a LRF ter dado maior transparência aos atos e fatos da administração pública através da exigência de novos relatórios, como o Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) e Relatório de Gestão Fiscal (RGF).

Verificou-se que durante todos os anos a partir da entrada em vigor da LRF, a Prestação de Contas estava incompleta por faltar algum dos demonstrativos que compõem a RREO e o RGF. Além da maior transparência dos atos públicos a partir da exigência de relatórios melhores e mais completos, a LRF introduziu uma mudança que a primeira vista não parece tão radical: o equilíbrio das contas públicas. Anteriormente ao advento da LRF, já havia a preocupação

dos órgãos competentes de controle da administração pública em buscar o equilíbrio entre receitas e despesas. No entanto, não havia legislação que respaldasse uma mudança maior no panorama da época: prefeituras endividadadas que deixavam contas impagáveis para o governo seguinte.

Pode-se verificar que nos anos de 1998 e 1999, o Tribunal de Contas através do seu parecer prévio recomendava o equilíbrio das contas públicas, no entanto, não havia lei que pudesse amparar uma ação mais contundente. Com a LRF esse panorama mudou, pois a Lei Complementar nº. 101 de 2000 estabeleceu limites para o endividamento público.

Com relação aos gastos com pessoal, desde a edição da Constituição Federal se observa a intenção do legislador de fixar limites de gastos com pessoal. Por este motivo, a Lei Complementar nº. 82/95 (Lei Camata) e a Lei Complementar Federal nº. 96, de 31 de maio de 1999 (Lei Camata II) impôs limites a esse gasto; no entanto, tal limite valia apenas para o executivo, diferentemente da LRF que o impôs para todos os Poderes em seus art. 22 e 23.

Outro item polêmico na prestação de contas de governo do período analisado refere-se a despesas com serviços de terceiros, pois, antes da LRF não havia nenhuma lei que tratasse do tema. A LRF em seu art. 72 determinou que a despesa com pessoal terceirizado não poderia exceder o percentual que representava essa rubrica em relação à receita líquida corrente do ano anterior à entrada em vigor da LRF.

A Lei de Responsabilidade Fiscal aperfeiçoou ainda a forma como o orçamento é executado, exigindo em seu art. 8º, Programação Financeira e Cronograma de Execução Mensal de Desembolso. Isso ajudou a ajustar o ritmo de execução do orçamento ao fluxo provável de recursos financeiros, assegurando dessa forma a execução dos programas anuais de trabalho.

Outra medida que aperfeiçoou a execução orçamentária e fonte de falhas no que diz respeito à prestação de Contas de Governo do período analisado, encontra-se no art. 58, que diz que a prestação de contas evidenciará o desempenho da arrecadação em relação à previsão, destacando as providências adotadas no âmbito da fiscalização das receitas e combate à sonegação, as ações de recuperação de créditos nas instâncias administrativa e judicial, bem como outras medidas para incremento das receitas tributárias e de contribuições.

A LRF diz ainda em seu art. 11º que “constituem requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da Federação”. Foi então a partir da LRF que se buscou aproximar os valores previstos dos valores arrecadados.

Portanto, verifica-se que a partir do momento da entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal foram descobertas ou apenas mostradas falhas cometidas pela gestão pública municipal que acarretou na desaprovação das contas por parte do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará, das Contas de Governo do Município de Fortaleza referentes aos exercícios financeiros de 2003 e 2004.

7. Conclusão

Conforme se pôde atestar ao longo deste artigo, a LRF vem se consolidando como uma importante ferramenta posta à disposição dos órgãos responsáveis pela análise dos atos da Administração Pública, contribuindo para uma melhora significativa na análise da prestação de contas.

Cumpriu-se dessa forma a hipótese prevista no início dos trabalhos de que a LRF é um mecanismo eficaz de controle administrativo. Mais do que isso, a LRF pode, se encarada dessa forma pelo gestor público, ser um elemento de auxílio, e não um elemento complicador.

Com relação ao objetivo principal, que era analisar os impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal na prestação de contas de governo, da administração pública municipal de Fortaleza, foi plenamente alcançado e demonstrado através do estudo e dos quadros resumo, referentes as Contas de Governo do período de 1998 a 2004.

Com relação aos objetivos específicos que eram verificar a base legal para o exame das Contas Governo antes da LRF; caracterizar o atual modelo de Prestação de Contas de Governo com as modificações introduzidas pela LRF; e verificar a observância do gestor público municipal quando da prestação de contas de governo às determinações da LRF todos foram alcançados e demonstrados através da análise dos Pareceres Prévio dos anos em estudo e que foram peça fundamental e suficiente para as conclusões apontadas.

Não é demais reiterar que a LRF tem sido um divisor de águas para a administração pública, tendo em vista que reúne aspectos não observadas nas demais leis que regem os atos administrativos, a saber: relatórios que permitem melhor análise financeira, orçamentária, fiscal e patrimonial, controle rígido dos gastos, melhor planejamento dos recursos públicos através de programas e cronogramas.

Finalmente, se utilizada corretamente, a LRF trará ganhos imensuráveis para toda a sociedade, possibilitando a otimização e transparência na aplicação dos recursos públicos.

Referências bibliográficas

AFFONSO; Sebastião Baptista. Os Tribunais de Contas no Contexto do Poder Judiciário. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 46, 1997.

ANDRADE, Nilton de Aquino. *Contabilidade Pública na Gestão Municipal*. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Nilton de Aquino. *Planejamento Governamental dos Municípios*. São Paulo: Atlas, 2006.

ARRUDA, Angela Maria Furtado. *Análise do Resultado das Prestações de Contas do Municípios do Estado do Ceará na Visão do Tribunal de Contas dos Municípios*. Dissertação de Mestrado, UFC, Fortaleza/CE, 2008.

BRASIL. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

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.

CARTAXO, Joaquim et alli. *Carta de Fortaleza: uma cidade em questão*. Documento produzido por técnicos do IAB-CE e da Adufc. Fortaleza, 1992.

CRUZ, Flávio da. *Auditoria Governamental*. São Paulo: Atlas, 2007.

DELGADO, José Augusto. *Os Tribunais de Contas e sua importância institucional*.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo. EDUSP/Imprensa Oficial, 2002.

FERNANDES, Flávio Sátiro. O Tribunal de Contas e a fiscalização municipal. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. Nº 65. São Paulo: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, jan./jun. 1991, p. 75-81, 77 e 78).

FURTADO, José de Ribamar Caldas. In: *Os regimes de contas públicas: contas de governo e contas de gestão*. Revista Interesse Público n.º 42. Porto Alegre: Notadez, 2007. p.344.

GUEDES, Max Justo. *O Descobrimento do Brasil*. São Paulo: Lisboa, 1989.

IBAM – INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL; <http://www.ibam.org.br>; acessado em: 03 de Maio de 2008.

IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS; www.ibge.gov.br/; acessado em: 10 de Setembro de 2008.

LEAL, Carlos Kawall. Artigo: *Mais Estado, Menos Dívida*. Boletim de Conjuntura Econômica, São Paulo, 2001

MARTINE, George; PELIANO, José Carlos. *Migrantes no Mercado e Trabalho Metropolitano*. São Paulo: Ipea, 1978.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 4ª edição, São Paulo:Atlas, 2004.

PREFEITURA MUNICIPAL DE FORTALEZA; www.fortaleza.ce.gov.br/; acessado em 20 de agosto de 2008.

SCHMIDT, Paulo. *História do Pensamento Contábil*. Porto Alegre: Bookman, 2000.

SEPLAN - SECRETARIA DE PLANEJAMENTO DO ESTADO DE SERGIPE; www.seplan.se.gov.br/; acessado em 20 de agosto de 2008.

SILVA, Moacir Marques da. AMORIM; Francisco Antônio de; SILVA; Valmir Leôncio da; *Lei de Responsabilidade Fiscal Para os Municípios*. São Paulo. Atlas, 2004.

SLOMSKI, Valmor. *Manual de Contabilidade Pública – Um Enfoque na Contabilidade Municipal*; São Paulo. Atlas, 2006.

VAN LOON, Hendrik Willen. *A História da Humanidade*, São Paulo. Martins Fontes, 2004.

WALDO, Dwight. *O Estudo da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; 1964.

TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ, www.tcm.ce.gov.br, acessado em 16 de Junho de 2008.

Os Tribunais de Contas e as inovações no exercício do controle externo e o seu caráter preventivo

Carla Maria Barreto Gonçalves

Estudante de Graduação em Direito pela
Universidade Federal do Ceará.

Carlos Henrique de Castro Ehrich

Mestre em Direito Público pela UFPE.
Professor de Direito Administrativo
da Unifor.

Sumário: Introdução; 1 – Sobre o Controle Externo; 2 – Sobre os Tribunais de Contas; 3 – O atual contexto brasileiro face à Administração Pública e a função dos Tribunais; 4 – Os Tribunais de Contas e o Exercício do Controle Externo de Forma Preventiva; 5 - O Controle Social ; 6– Falibilidades do Instituto e Novas propostas; 7 -Conclusão.

Resumo: Tem por objetivo este estudo apresentar e analisar o papel fundamental dos Tribunais de Contas no atual contexto administrativo, assim como o respectivo posicionamento da sociedade brasileira diante deste; em especial vem propor uma nova perspectiva teórica do exercício do controle externo, tendo como método, ou até mesmo objetivo, a atuação preventiva em sua persecução implacável pela eficaz e regular gestão dos recursos públicos visando o benefício da sociedade.

Vem também apontar e reconhecer as louváveis iniciativas de tal exercício na sua forma diferenciada, buscando agir prioritariamente através da precaução e esclarecimento sobre o tema, assim como em seu eterno aperfeiçoamento de seu trabalho com novos procedimentos, propostas e parcerias fundamentais à eficiência.

Palavras-chave: Tribunais de Contas; Controle Externo; Controle Interno; Controle Social

1. Introdução

Chegam a ser enfadonhas a reiteração, a constante abordagem, para não mesmo dizer a insistência, que se tem sobre o assunto da Administração Pública gerindo de forma descomedida os recursos públicos. Só não o é de fato, por tratar-se de um assunto de altíssima relevância e seriedade que, ao mesmo tempo em que tem sido

alvo de constantes preocupações, não vem recebendo o devido tratamento corretivo.

O conhecido fato de o Brasil ostentar uma das maiores cargas tributárias do globo já não é mais surpresa. Nem mesmo se faz necessário que as estatísticas mostrem um problema mais grave ainda: o retorno desses recursos em detrimento do bem-estar social é, muitas vezes, absurda e notadamente desproporcional.

Falta ao povo um sistema de educação, de saúde, de segurança, e de serviços públicos em geral com a qualidade prevista em lei; e isso já é fato conhecido, difundido e até mesmo vivenciado.

São direitos que já vêm sendo citados, reivindicados e exigidos por todos os meios possíveis, mas que continuam não sendo efetivados como deveriam. E nesse ínterim, o ônus de contribuir em demasia e pouco se vendo algum retorno, assombra o brasileiro. E é nessa desproporcionalidade entre arrecadação e resultados que reside um dos maiores desrespeitos a mais um dos direitos inerentes ao cidadão brasileiro: o direito à informação e à fiscalização dos gastos efetuados pelo Estado, com os recursos por aquele cedido.

É em meio a todo esse contexto que surge a figura dos Tribunais de Contas e o exercício do Controle Externo, na sua persecução pelo bem público através do devido encaminhamento e uso comedido das verbas públicas, da otimização do exercício administrativo em atingir seus objetivos, assim como até mesmo a adequada arrecadação dos recursos.

Todavia tais institutos vêm atuando mais além do que prevê a Carta Magna. Eles detectaram a necessidade crescente de se aprimorar, desenvolver estratégias, atingir metas, de promover uma integração. Integração essa a ser estabelecida entre os próprios Tribunais, de todas as esferas e federações, assim como entre outros órgãos fiscalizadores de contas e principalmente com a própria sociedade.

É nessa a parceria que se pode esconder a verdadeira solução para o apaziguamento desse verdadeiro caos político, financeiro, social e, por que não, moral que persiste no país.

2. Sobre o Controle Externo

2. 1. Conceito de Controle

É tarefa um tanto quanto simples delimitar o conceito de controle como sendo o ato ou série de atos concatenados que comandam, gerem atividades ou produtos de pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas, para que ocorram regularmente em acordo com aquilo que lhes foi preestabelecido. No entanto, é notoriamente sabido que no mundo jurídico a aceção de diversas palavras frequentemente utilizadas no cotidiano torna-se ainda mais abrangente.

A ideia de controle sob o prisma jurídico adquire um sentido um pouco mais extenso, subdividindo-se em diversas espécies, que por sua vez também possuem seus subtipos. Ele é, predominantemente, um instituto de atuação administrativa, por ser fortemente atrelado ao Estado, mas podendo ser também vislumbrado em outros ramos do Direito.

Nesse sentido mostra-se perfeitamente cabível a definição que diz que “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro” (MEIRELLES, Hely Lopes, 2007, p. 264).

2. 2. Os tipos de Controle

Em breve síntese, utilizando o método prático do doutrinador José dos Santos Carvalho Filho¹, é possível citar as duas maiores

¹ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 22º, Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

espécies que seriam o controle político e o controle administrativo, sendo este o que engloba o assunto de interesse ao estudo e, por sua vez, subdivide-se nos controles administrativo, judicial e legislativo.

O controle legislativo, assim como as demais subespécies de controle administrativo, é classificado em razão do órgão controlador, ficando então claro que o mesmo é exercido pelo Poder Legislativo.

A tal poder é estabelecido pela Carta Magna que “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta (...)” (CF/88, art. 70, *caput*). É esse o denominado Controle Financeiro da Administração Pública.

2.2.1. O Controle Financeiro

Divide-se, basicamente, em controle externo e interno. A diferença entre eles consiste simplesmente em quais órgãos exercem a faculdade de fiscalização sobre outros.

2.2.1.1. O Controle Interno

A Constituição estabelece que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, o controle interno. (DA SILVA, José Afonso, 2008, p. 751)

O controle interno nada mais é do que o exercício fiscalizador de um órgão sobre o Poder em que ele mesmo está inserido, o que é autoexplicativo por sua denominação, pois é um órgão interno, de outro maior, que realiza as atribuições do controle financeiro. São, por exemplo, as corregedorias, inspetorias das entidades administrativas, sejam elas indiretas ou diretas como autarquias e até mesmo da União.

Pode-se também dizer que é um instituto cuja função predominante é auxiliar o exercício do controle externo, uma vez que seu ob-

jetivo é criar condições indispensáveis à eficácia do controle externo, “ressalte-se que a fiscalização externa a cabo do Poder Legislativo não exclui o sistema de controle interno de cada poder, que ao tomar conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela dará ciência ao Tribunal de Contas da União sob pena de responsabilidade solidária.” (HOLTHE, Leo Van, 2008, p. 521)

O que é inclusive observado no art. 74 da CF/88 que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”. (CF/88, art. 74, §1º)

2.2.1.2. O Controle Externo

Entende-se por controle externo, como sendo a fiscalização das finanças públicas, em sentido amplo, realizada por um órgão distinto sobre outro, com a finalidade de garantir a devida aplicabilidade dos recursos, assim como da eficácia de seu resultado.

2. 3. O Exercício do Controle Externo

O controle externo é uma atividade exercida, por determinação do artigo 70 da Constituição Federal, pelo Poder Legislativo, mais especificamente pelo Congresso Nacional quando se tratar de atos da esfera federal. Em complemento, vem o artigo 71 do texto constitucional determinar que exercício de tal atividade a princípio determinada ao Congresso “será exercido com o **auxílio** do Tribunal de Contas da União.” (CF/88, Art. 71, Caput.)

Há de se reforçar, rapidamente, a ideia sabiamente levantada por muitos doutrinadores de que ao Poder Legislativo deve caber o exercício de vigilância já que é ele, por completo, o representante legal do povo por meio do exercício de escolha nas vias democráticas.

Em razão até mesmo do próprio nome do instituto, também é válido ressaltar o fato e a relevância de que tal exercício seja feito

por um órgão que esteja alheio ao restante do sistema administrativo, de forma a produzir apreciações mais apuradas e imparciais.

Como muitos doutrinadores mesmo reiteram, “o Tribunal de Contas é um órgão auxiliar e de orientação do Congresso Nacional, embora a ele não subordinado, praticando atos de natureza administrativa (nunca jurisdicional), concernentes basicamente, à fiscalização” (MORAES, Alexandre de, 2002, p. 391).

Em razão de sua independência fica fácil vislumbrar o controle externo sendo exercido sobre o próprio Congresso pelos Tribunais, fato que é possível e aplicado.

3. Sobre os Tribunais de Contas

3. 1. Natureza Jurídica dos Tribunais de Contas

Um tema bastante controverso é o que discute a natureza jurídica dos Tribunais de Contas. Ao contrário do que o nome possa sugerir, nada têm de relação com o Poder Judiciário.

São de fato, os Tribunais de Contas, órgãos do Poder Legislativo cuja existência volta-se para o auxílio no exercício do Controle Externo. Como mesmo elucidado na doutrina a respeito do Tribunal de Contas da União, “é o órgão integrante do Congresso Nacional que tem a função constitucional de auxiliá-lo no controle financeiro externo da Administração Pública” (FILHO, José dos Santos, 2009, p.957).

O mesmo vale para os Tribunais das demais esferas administrativas, que é o caso dos tribunais estaduais e os poucos existentes tribunais dos municípios e municipais, por serem vetados pelo texto

constitucional de 1988, persistindo, no entanto, os já existentes². São todos eles partes integrantes do poder legislativo de sua esfera, e a ele devendo auxiliar no exercício de apreciação, julgamento dentre outras obrigações referentes ao controle externo,

É extremamente válido ressaltar, todavia, que ainda que vinculados ao Poder Legislativo, os Tribunais são completamente independentes do mesmo, até porque cabe a eles também o dever de exercer suas funções sobre este.

Por fim, outro tema de alta relevância é sobre o que diz respeito à natureza jurídica dos atos praticados pelas Cortes de Contas. Ainda que já pacificada a questão de que não há uma identidade entre tais entes e o Poder Judiciário, é essencial que se reafirme que todos seus atos são de natureza administrativa.

Especialmente na questão confusa como a elucidada no art. 71 da CF/88, em seu inciso II, que atribui ao Tribunal de Contas competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Nesse caso, “o sentido do termo é o de **apreciar, examinar, analisar** as contas, porque a função exercida pelo Tribunal de Contas na hipótese **é de caráter eminentemente administrativo**”³.

3. 2. Funções dos Tribunais.

Estão elencadas no art. 71 da CF/88 as competências dos Tribunais de Contas.

² Art. 75, CF/88. *As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.*

³ Extremamente objetivo, tal ressalve é citado pelo doutrinador José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de Direito Administrativo*. 22º Edição. Ed. Lumen Juris. 2009. p.958, sendo de produção original de RODRIGO VALGAS DOS SANTOS, *Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais*. Del Rey. 2006. p.61

Segundo doutrina, o TCU “deverá auxiliar o Congresso Nacional a exercer o controle externo e a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, incluindo aí, as entidades da administração direta e indireta” (HOLTHE, Leo Van 2008, p. 520) além das demais funções vislumbradas no texto legal, como a apreciação de contas do Presidente da República e o julgamento das contas dos administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração.

É válido ressaltar outra classificação produzida pelo próprio Tribunal de Contas da União, que determina que as funções básicas do Tribunal de Contas da União podem ser agrupadas da seguinte forma: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria. Algumas de suas atuações assumem ainda **o caráter educativo**⁴.

Em relação às duas últimas funções, a ouvidoria e a educativa, realizar-se-á um aprofundamento justamente em razão da sua proximidade, para não dizer da sua essencialidade, ao tema abordado neste estudo.

4. O atual contexto brasileiro face à Administração Pública e a tarefa dos Tribunais

4. 1. A importância do Tema

O atual cenário brasileiro face à atuação do Estado na prestação do dever maior com a sociedade – garantir e efetivar o bem de todos de forma geral e indistinta – tem sido motivo recorrente de discussões, insatisfação, questionamento e descrédito.

⁴ – Portal do Tribunal de Contas da União - Planejamento e gestão - *Referencial estratégico*. Disponível, aos 29/09/2009, em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/institucional/conheca_tcu/institucional_funcionamento>

E tais circunstâncias remontam ainda às épocas da colonização, desde que o Brasil já começava a identificar seus fortes, e até hoje prolongados traços de propensão à corrupção em eterna disputa com a inconformidade passiva. Figuras como o jurista Ruy Barbosa e o, à época, ministro da fazenda Inocêncio Serzedelo Correia são algumas das grandes referências históricas da constante luta contra a corrupção, a improbidade, assim como pela instalação de meios eficazes e devidamente capazes para realizar um controle decente dos gastos públicos.

Em razão disso torna-se óbvia a necessidade de medidas efetivas para reverter esse quadro.

4. 2. Os Tribunais e seu papel perante tal contexto

Com o passar do tempo torna-se perceptível que tem havido cada vez mais destaque e reconhecimento aos Tribunais e suas ações. Seja na mídia, nos resultados práticos do cotidiano, a questão é que essas instituições vêm ganhando um prestígio cada vez maior.

Tal fenômeno de popularidade e crédito sobre o desempenho dos mesmos tem uma razão de ser, um tanto quanto óbvia: o contexto em que a sociedade brasileira tem vivido de eterna insatisfação com a administração pública clama por soluções efetivas e urgentes. É nessa necessidade que os Tribunais vêm encontrando a oportunidade de agir, confrontando esse caos e intensificando seu trabalho, com o intuito de ir além de suas competências legais.

Como foi muito bem colocado pelo presidente do TCU, Ubiratan Aguiar, em sua entrevista à Revista do TCE de Minas Gerais: “Isso se explica pelo desejo que há, dentro de cada cidadão, de viver num país saudável, num país de justiça social, num país onde o princípio da igualdade não seja letra morta da lei. Não queremos um país em que poucos tenham muito e muitos tenham nada.” (AGUIAR, Ubiratan, em entrevista à Revista do TCEMG, jan/fev/mar 2009, p.18).

Tais órgãos surgem diante de tal cena propondo solucionar o problema, o que obtém justificada credibilidade da população brasileira, especialmente quando se observam os resultados. (...) “é isso que a sociedade gostaria de ler, de ver na televisão; disso ela gostaria de ser informada. Quando digo que o Tribunal, somente no primeiro semestre de 2007, economizou **oito bilhões de reais**, a sociedade fica escandalizada.” (AGUIAR, Ubiratan, op. cit. p. 18)

Além disso, a grande contribuição vem sendo o fato de que eles deixaram de ser “um órgão puramente contábil. O Tribunal de Contas entendia que efetuando a análise formal das contas tudo estava resolvido. Todavia, de nada adiantavam as contas fecharem e os objetivos do controle não serem alcançados”. (AGUIAR, Ubiratan, op. cit. p. 15)

4. 3. A palavra-chave: Integração

Já está pacificada a ideia de que os Tribunais são órgãos independentes, que não estão submetidos a nenhum outro. Ainda que sejam da esfera do Poder Legislativo e ajam em auxílio ao Congresso Nacional, ele não é subordinado a este.

Contudo, talvez por questões até mesmo culturais, *confunde-se independência por distanciamento*⁵ e em razão disso vinha-se observando que laços muito tênues vinham sendo mantidos entre órgãos fiscalizadores específicos. tais como o Banco Central e até o Ministério Público.

O atual Presidente do Tribunal de Contas da União cita tais circunstâncias de afastamento, alerta que *é a corrupção que une os agentes públicos aos privados* e ainda faz a comparação de que *a iniciativa privada, por exemplo, trabalha organizada, interligada, contando com a Centralização de Serviços de Bancos S.A. – SERASA, com cadastro dos maus pagadores.* (AGUIAR, Ubiratan, op. cit. p. 16)

⁵ UNIVERSIDADE ABERTA DO NORDESTE. *Controle Social das Contas Públicas*. Fascículo 3. *O Papel do Controle Externo* – TCU, TCE, TCM. p. 47

Felizmente a situação vem apresentando mudanças positivas nesse sentido de aproximação e os órgãos de controle vêm buscando o que se têm denominado Pontes *de Institucionais*⁶, que buscam estabelecer uma maior conexão entre eles na busca por melhores e diferenciados métodos, assim como resultados na persecução pelo seu objetivo maior.

É possível citar a existência de associações como a ATRICON⁷, ou programas como o PROMOEX⁸, todos visando e efetivando uma integração fortificadora entre si, buscando sempre o aprendizado mútuo, a colaboração e apoio na busca comum por melhores resultados de seus trabalhos.

5. Os Tribunais de Contas e o exercício do Controle Externo de forma preventiva

5. 1. O controle externo preventivo

Não sendo essa uma classificação doutrinária oficial, tal nomenclatura será utilizada visando um maior discernimento e compreensão acerca do tema, que em razão do nome já autoexplicativo.

Esta foi apenas a forma escolhida para dar enfoque ao controle externo exercido de forma anterior, preventiva e precavida diante de seus atos convencionais que acabam por ser mais incisivos, com o fim de evitar que os realize em sua forma sancionadora e corretiva.

⁶ Revista do TCEMG, jan/fev/mar 2009, p. 16.

⁷ A ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, é uma entidade civil, de caráter nacional (...). Disponível em <<http://www.atricon.org.br/atricon.htm>>

⁸ O *Promoex* (Programa de Modernização do Sistema de Controle Externo dos Estados, DF e Municípios Brasileiros) tem por finalidade o fortalecimento do controle externo como instrumento do cidadão e da efetiva, transparente e regular gestão dos recursos públicos. Disponível, aos 29/09/2009, em <<http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/arq/PRO-MOEX/Index.htm>>

Sua prática vem-se mostrando assim uma forma prática e simples de exercer o controle, além de benéfico tanto pra o ente fiscalizador que tem um trabalho menos árduo, como para o fiscalizado que ao ter um policiamento maior sobre ele, provável que sejam maiores as possibilidades de agir regular e legalmente; por fim talvez o maior beneficiado seja aquele em favor de quem são revertidos tais gastos fiscalizados: a sociedade.

5.1.1. O controle preventivo pela via institucional

Claro está que aos Tribunais de Contas não cabem mais somente funções puramente contábeis, de apreciação e medidas corretivas. Uma onda visionária vem dominando cada vez mais o âmbito das cortes de contas e isso provoca um aumento considerável dos seus campos e formas de atuação. Guiando-se por metas, princípios e valores, eles procuram atingir a excelência, para que assim tenham o merecido destaque tanto a título de instituição exemplar às demais, como em satisfação e compromisso, nada mais que justos, à sua função de exigir as devidas condutas.

Mostra-se comum a todos os tribunais, independente da esfera de atuação, a existência de planos, guias estratégicos nos quais os mesmos procuram se orientar. Através destes que aqueles procuram se pautar, buscando sempre uma **missão** – sendo esta sua razão de existência –, através de um **negócio** – o ramo de atividades em que se atua –, almejando uma **visão** – uma situação futura desejada para a instituição – e por fim fundamentados em **valores** – que são os princípios éticos que norteiam suas atividades, tais como a justiça, a ética e a efetividade.⁹

Outra tática que vem sendo empreitada é a divulgação de seu trabalho. É possível vislumbrar os resultados objetivos e extrema-

⁹ Portal do Tribunal de Contas da União. *Referencial Estratégico*. Disponível, 29/09/2009, em:
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/referencial_estrategico>

mente positivos nos sítios virtuais dos respectivos tribunais, embora poucas pessoas tenham conhecimento de tanto.

Como no primeiro trimestre de 2009 é possível citar estatísticas assombrosas como o fato de que para cada um real do orçamento da União alocado ao TCU, o retorno ao país foi de R\$ 17,53, ou seja, o trabalho realizado pelo Tribunal foi capaz de fazer retornar ao orçamento um dinheiro que iria ser gasto indevidamente caso não houvesse intervenção do mesmo; resultando, assim, em uma economia de R\$ 16,53 a mais acima de cada real que seria gasto. Ou então, pode-se falar ainda da eliminação de desperdícios ou redução de custos administrativos ter proporcionado um retorno de 2.9 bilhões de reais/país.¹⁰

E assim por diante são visualizados facilmente os resultados atingidos pelas cortes, sendo divulgados da maneira mais ostensiva possível, objetivando consolidar mais ainda sua eficácia e adquirir a confiança da sociedade.

5.1.2. O controle preventivo pela via social

Analisado sob esse aspecto, tal controle é, provavelmente, a espécie mais em voga, seja em razão de seu recente crescimento, ou da sua efetividade.

Trate-se de um movimento em que vem havendo uma convergência entre os Tribunais de Conta e a sociedade buscando uma maior relação interação e confiança, e ainda mais para aqueles: um auxílio da sociedade para as atividades de controle.

Adotando como fundamento maior a transparência, os Tribunais sempre têm feito seu trabalho e demonstrado seus

¹⁰ Portal do Tribunal de Contas da União. *Planejamento e Gestão – O TCU em números*. Disponível, aos 29/09/2009, em:
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/planejamento_gestao/tcu_numeros>

resultados, e até mesmo as suas próprias contas internas, de forma clara e acessível.

Um dos principais e, ao mesmo tempo, mais simples recurso de aproximação tem sido a educação. Amplamente aplicados e difundidos, são inúmeros os projetos e iniciativas tomadas por esses órgãos com o fim de esclarecer a sociedade sobre a prestação de contas com o Governo.

Em circunstâncias próximas regional e até cronologicamente, pode-se citar o curso realizado sobre o “Controle Social das Contas Públicas” promovido pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará em parceria com a Fundação Demócrito Rocha e o jornal O Povo¹¹.

Houve também o recente Programa Agente de Controle, lançado pela parceria do Instituto Plácido Castelo e o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que objetivava “promover a interação entre a Corte de Contas e a comunidade estudantil, visando fortalecer a fiscalização da aplicação de recursos públicos estaduais e demonstrar a relevância da participação do jovem cidadão no controle social”.¹²

Como se observa, são muitas e diversas alternativas de aproximação à sociedade que ainda podem ser citadas. Basta observar as já mencionadas, em que se constata um contato mais forte e direto possível com a sociedade, para se ter ideia da disposição, inovação e abrangência dessa nova metodologia. Além do que, ainda haveria de se falar do uso de recursos televisivos, virtuais e até telefônicos que possibilitam ao cidadão um contato direto com as cortes.

¹¹ Disponível, aos 29/09/2009, em: < <http://controlesocial.fdr.com.br/> >

¹² Disponível, aos 29/09/2009, em:
<<http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.noticia.tce?id=365>>

6. O controle social

Neste ponto vale ressaltar a diferença entre o tema discorrido no item anterior. O controle social é, na realidade, o seu exercício por meio da iniciativa de uma pessoa, um particular ou até mesmo uma pessoa jurídica, que por meio dos recursos oferecidos pelo Estado, em especial os Tribunais, toma as medidas cabíveis necessárias para impugnar atos administrativos que *a priori* parecem eivados de vícios.

A diferença se dá em razão de que quem toma conhecimento do fato e a ele se opõe. É uma pessoa ordinária que o faz fora do exercício inerente aos Tribunais e seus agentes, valendo-se de uma das mais plenas e, ao mesmo tempo, simples manifestações constitucionais que determina que “Todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹³

É o controle social, nada menos, do que a efetivação de princípios e garantias fundamentais do cidadão como o princípio maior da democracia, o direito à informação, o princípio da transparência administrativa – “que é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e da Moderna Administração Pública pelo acesso à informação e pela participação na gestão da coisa pública (...)”¹⁴.

Outra possibilidade de exercício de tal controle se dá por meio das ouvidorias dos Tribunais, que estão disponíveis para o recebimento de denúncias de quaisquer irregularidades detectadas por pessoas alheias ao funcionamento do Tribunal.

7. Falibilidades do Instituto e Novas Propostas

¹³ Constituição Federal, 1988 – Art. 1º, § único.

¹⁴ UNIVERSIDADE ABERTA DO NORDESTE. *Controle Social das Contas Públicas*. Fascículo 4. *Transparência e o Controle Social na Carta Maior*. 2009. p. 61.

Embora seja algo desmotivador, é um fato que deve ser encarado: a abordagem preventiva, assim como todos os métodos, teses, correntes não tendem a ser plenos e de resultados perfeitos, também apresenta suas falhas.

Sob um aspecto de maior otimismo é possível até não se falar em falibilidade, mas talvez impedimentos da eficácia plena.

São diversos os fatores que podem contribuir para que os efeitos dessa lenta revolução de consciência sejam afetados. Mas cabe falar-lhes, somente talvez, em prismas filosóficos, sociológicos, políticos, históricos; excepcionalmente não plenamente jurídicos, uma vez que em sua essência o Direito seja realmente a de uma ciência do dever-ser atrelada a normas e previsões de fatos e comportamentos certos. Pode-se aqui ainda falar do Direito, mas voltado para seu lado menos positivado, à luz das ciências já citadas.

Em primeiro momento, faz-se uma análise de caráter mais sociológico; a mentalidade cultural do povo brasileiro em geral ainda não consegue se adaptar a tal sistema de controle. Ainda que esclarecido da forma mais simples possível, é complexo incutir na cabeça de muitos brasileiros os ideais de coletividade, cobrança de resultados e até mesmo valores morais que sabemos não ser inerentes à nossa cultura. Seria necessária uma revolução educativa e cultural em massa.

Como mesmo já pregava Sérgio Buarque de Holanda, o brasileiro é cordial. É aquele para quem está tudo bem diante de erro alheio, não tem problema, dá-se um jeito, o jeitinho brasileiro. Além do que o próximo a cometer tal erro possa ser ele próprio.

Poder-se-ia falar ainda do típico mal da memória curta. Da já consumada dominação, monopolização política do governo brasileiro. Do monopólio da informação e da mídia impossibilitando e até atrapalhando os efeitos de tais campanhas. Da gravidade do quadro de corrupção, impunidade, descrédito e desesperança que molestam a mentalidade sociocultural do país. Enfim, tais circunstâncias,

apenas de forma exemplificativa já se mostram causas significantes para dificultar esse processo de evolução pelo qual estamos lentamente passando, na verdade, há séculos.

Quanto às propostas, faz-se somente necessário além de parabenizar, visando um estímulo, reiterar, e incentivar os já existentes trabalhos educacionais, voltados especialmente para crianças e adolescentes, nos quais ainda são facilmente inseridos a ideia e os valores morais necessários à construção de uma sociedade honesta e transparente.

É válido talvez, que se proponha que os mesmos se prolonguem a escolas e entes privados, já que eles vêm sendo aplicados predominantemente na rede pública. Poderia ser mais uma iniciativa de aproximação de esferas aparentemente distintas e indissociáveis, mas que podem ser membros de uma brilhante parceria.

8. Conclusão

Através deste breve desenvolvimento teórico sobre esse tema altamente polêmico e de efeitos diretos com a realidade política, social e econômica brasileira, pôde-se observar, entender e valorizar a necessidade de uma maior compreensão acerca das cortes de contas e suas realizações para com a sociedade. Compreensão esta que vem mostrando produzir efeitos extremamente positivos e práticos por meio das louváveis iniciativas de órgãos de fiscalização cujo reconhecimento talvez ainda não seja o desejável e que, ao mesmo tempo, deverá gerar mais iniciativas, aproximações e inovações.

Não se faz necessário reforçar ainda mais que sua existência, e principalmente suas atividades em respeito a diversos princípios, é fundamental na edificação de uma nação progressivamente melhor.

Conclui-se tal trabalho com nada menos do que com a preocupação, do presente e futuro de nosso país, mais reconfortada pelo sentimento de louvor, respeito e gratidão pelas iniciativas e trabalhos realizados pelos diversos agentes em prol de um melhor esclareci-

mento dos atos administrativos, sejam eles lícitos ou não, e que visava torná-los mais eficazes e com um melhor e justo retorno.

E que assim, não se persistam a imagem e os lamentos do brasileiro completamente descrente, como uma vez citou Ruy Barbosa:

"De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto"

Que nunca seja tarde para **perceber**, **agir** e **mudar** para melhor.

Referências bibliográficas

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do*, 1988

CEARÁ, Sítio virtual do Tribunal de Contas Estadual. Disponível em <<http://www.tce.ce.gov.br/sitetce/Sessao.tce>>

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Revista Controle*. V. VII. Nº1. 2009

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Edição 30.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 22º Ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

HOLTHE, Leo Van. *Direito Constitucional*. 4º edição. Ed. JusPodivm. Salvador. 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29º edição. Ed. Malheiros. São Paulo. 2004

MINAS GERAIS, Revista do Tribunal de Contas do Estado –
jan/fev/mar. 2009 – v. 70 – n.1 – ano XXVII. 2009.

UNIÃO, Portal do Tribunal de Contas. Disponível em
<<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU>>

UNIVERSIDADE ABERTA DO NORDESTE. Diversos Autores.
Controle Social das Contas Públicas: UBIRATAN DINIZ AGUIAR,
ALEXANDRE FIGUEIREDO, PEDRO ÂNGELO SALES FI-
GUEIREDO. *Fascículo 3- O papel do Controle Externo TCU, TCE e*
TCM. 2009.

_____. JUDICAEL SUDÁRIO DE PINHO.
Fascículo 4 – Transparência e Controle Social na Carta Maior. 2009.

Normas aos colaboradores da Revista Controle

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, com o assunto “Publicação Revista Controle”.
3. Os artigos deverão ter, no máximo, 15 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 cem palavras, o qual propicie uma visão global e antecipada do assunto tratado.
5. As indicações bibliográficas no texto devem obedecer, por exemplo, à forma (Blinder, 2007) e, se for o caso, acrescidas de referência ao número da página citada: (Blinder, 2007, p.15). A referência completa deverá ser apresentada no fim do artigo, em ordem alfabética, com: no caso de livros - autor(es), título completo do livro, nome e número da série ou coleção (se houver), edição, local, editora e ano de publicação; e, no caso de artigos de periódicos - autor(es), título completo do artigo, título completo do periódico, local, número e volume, número de páginas, mês e ano da publicação.
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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ
INSTITUTO ESCOLA DE CONTAS E CAPACITAÇÃO MINISTRO PLÁCIDO CASTELO
RUA SENA MADUREIRA, 1047 - CENTRO
CEP: 60-055-080 - FORTALEZA - CEARÁ