

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos



TEORIA DAS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL NO JULGAMENTO DO RE Nº 592.581-RS

Marcus Abraham / Diana Castro / Ednilson Simas Farias

FUNÇÃO DE CONFIANÇA E CARGO COMISSIONADO: NECESSIDADE E IMPORTÂNCIA NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL ESTATAL

Ronaldo Chadid

NECESSIDADE DE CONTROLE DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS

Michel André Bezerra Lima Gradvohl

AUDITORIA DE PPP: O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL VERSUS A FISCALIZAÇÃO EXERCIDA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DO BRASIL

João Gustavo de Paiva Pessoa

REVISTA

Controle

Doutrina e Artigos

Volume XIV - Nº 2

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

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

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

Revista Controle.

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

Periodicidade irregular (1998-2004)

Anual (2005-2008)

Semestral (2009-)

ISSN 1980-086X

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

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

CDU 336.126.55(813.1)(05)

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

ISSN 1980-086X

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

Tribunal de Contas do Estado do Ceará

Conselheiro Presidente

Edilberto Carlos Pontes Lima

Conselheiro Vice-Presidente

Rholden Botelho de Queiroz

Conselheiro Corregedor

José Valdomiro Távora de Castro Júnior

Conselheiros

Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Soraia Thomaz Dias Victor

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

Conselheiros Substitutos

Itacir Todero

Paulo César de Souza

Ministério Público Junto ao TCE Ceará

Procurador-Geral

José Aécio Vasconcelos Filho

Procuradores

Gleydson Antônio Pinheiro Alexandre

Eduardo de Sousa Lemos

Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo

Diretor-Presidente

Conselheiro Luís Alexandre A. Figueiredo de Paula Pessoa

Presidente do Conselho Consultivo Pedagógico

Patrícia Lúcia Saboya Ferreira Gomes

Diretor de Ensino, Pesquisa, Extensão e Pós Graduação

Francisco Otávio de Miranda Bezerra

Diretora Executiva

Maria Hilária de Sá Barreto

Coordenadora Técnica

Marcella Laura Leite Feitosa

Secretário Executivo

Paulo Alcântara Saraiva Leão

Consultora Técnica

Fabíola Pinheiro Donsouzis Cruz

Assessor da Diretoria

Pedro Henrique Alves Camelo

Chefe do Núcleo de Pesquisa e Extensão

João Adeodato Neto

Chefe de Núcleo de Atividades Pedagógicas

Raylena Pontes Cruz

Chefe do Núcleo de Biblioteca e Documentação

Josimar Batista dos Santos

Conselho Editorial

Edilberto Carlos Pontes Lima (Editor)

Pós-Doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

Doutor em Economia.

Presidente do TCE Ceará.

João Gabriel Laprovitera Rocha (Editor Assistente)

Mestre em Direito, Consultor Técnico do TCE Ceará

Alcimir Aguiar Rocha Neto

Mestre em Filosofia do Direito,

Professor da Unifor

Alexandre Cialdini

Mestre em Economia

Alexandre Figueiredo

Membro Nato, Professor da Unifor,

Conselheiro do TCE Ceará

Amandino Nunes

Pós-doutor em Direito, Professor do

Uniceub, Consultor Legislativo da

Câmara dos Deputados

Antonino Fontenele de Carvalho

Mestre em Gestão Pública e

Modernização Pública, Advogado,

Professor da Unifor

Augusto Sherman

Mestre em Direito, Ministro do TCU

Bernardo Mueller

Pós-doutor em Economia, Professor

da Universidade de Brasília

Carlos Mauro Benevides Filho

Doutor em Economia, Professor do

CAEN/UFC

Cesar Barreto

Mestre em Gestão e Modernização

Pública

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Mestre em Direito, Desembargador

do Tribunal de Justiça do Ceará

Fernando Rezende

Mestre em Economia, Diretor da FGV

Filomeno Moraes

Doutor em Direito, Livre-Docente em

Ciência Política, Professor da Unifor

Francisco Otávio de Miranda

Bezerra

Advogado, Mestre em Políticas

Públicas, Diretor de Ensino do IPC/

TCE Ceará

Hugo de Brito Machado Segundo

Doutor em Direito, Professor da UFC

J.R. Caldas Furtado

Mestre em Direito, Conselheiro
do TCE-MA

Jair do Amaral Filho

Pós-doutor em Economia, Professor
do CAENUFC

Jorge Katsumi Niyama

Pós-doutor em Contabilidade,
Professor de Contabilidade da UnB

José Maurício Conti

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

José Oswaldo Cândido Júnior

Doutor em Economia, Pesquisador
do IPEA

José Roberto Afonso

Doutor em Economia, Economista
do IBRE/FGV

Juarez Freitas

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

Marcus Abraham

Doutor em Direito, Professor Adjun-
to da UERJ

Marcus Mello

Doutor em Ciência Política,
Professor da Universidade Federal
de Pernambuco

Marcos Mendes

Doutor em Economia, Consultor
Legislativo do Senado

Martônio Mont'Alverne Barreto Lima

Pós-doutor em Direito, Professor
da Unifor

Raul Wagner dos Reis Velloso

Doutor em Economia, Consultor

Roberto Ellery

Doutor em Economia, Professor da
Universidade de Brasília

Valmir Pontes Filho

Mestre em Direito, Professor da UFC

Lista de Avaliadores desta Edição

Jorge Katsumi Niyama

Pós-doutor em Contabilidade

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Pós-doutor em Direito (Rechtswissenschaft)
pela Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Hugo de Brito Machado Segundo

Doutor em Direito Constitucional pela
Universidade de Fortaleza

José Filomeno de Moraes Filho

Doutor em Direito pela Universidade
de São Paulo

Marcus Abraham

Doutor em Direito Público pela
Universidade Estadual do Rio de Janeiro

Rodrigo Uchôa de Paula

Doutor em Direito pela Universidade
Federal do Ceará

Alcimir Aguiar Rocha Neto

Mestre em Filosofia do Direito

Fernando Luiz Ximenes Rocha

Mestre em Direito pela Universidade
Federal do Ceará

Glauco Cidrack do Vale Menezes

Mestre em Ciências Jurídico-Processuais
pela Universidade de Coimbra

José Alexsandre Fonseca da Silva

Mestre em Administração e Controladoria
pela Universidade Federal do Ceará

José Ricardo Moreira Dias

Mestre em Economia pela Universidade
Federal do Ceará

Késia Correia Oliveira Padilha

Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade Federal do Ceará

Renata Neris Viana

Mestre em Direito pela Universidade
de Fortaleza

Renato Espíndola Freire Maia

Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Fortaleza

Marco Praxedes

Mestrando em Planejamento e Políticas
Públicas pela Universidade
Estadual do Ceará

Jardson Saraiva Cruz

Doutorando em Direito do Trabalho pela
Universidad de Buenos Aires

Eugênio de Castro e Silva Menezes

Pós-graduado em Contabilidade e
Planejamento Tributário e em
Contabilidade Pública

José Wesmey da Silva

Pós-graduado em Gestão Pública e Lei de
Responsabilidade Fiscal

Larissa Maia Nunes

Pós-graduada em Direito e Processo
Tributário pela Universidade de Fortaleza

Roberto Victor Pereira Ribeiro

Pós-graduado em Direito Processual pela
Faculdade 7 de Setembro

Expediente

Coordenadora de Comunicação Social

Kelly Cristina Caixeta de Castro
46162MTb/DF

Revisão e Organização de artigos

Raquel Dreher de Palhano Xavier

Diagramação

Jessica Pereira
Lilyanne Leitão

Capa

J. Clecio Farias

Revisão Ortográfica

Tikinet Edição Ltda.

Tiragem

1.500 exemplares

Distribuição gratuita

Impressa em 2017

Nota do Editor

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

O trabalho que abre este número, intitulado “Teoria das capacidades institucionais e a reserva do possível no julgamento do RE nº 592.581-RS”, de Marcus Abraham, Diana Castro e Edenilson Simas Farias, dedica-se aos temas da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, correlacionando-os com a teoria das capacidades institucionais como capacidade das instituições públicas de concretizar o direito. Além disso, por meio da análise do Recurso Extraordinário nº 592.581, o artigo propõe-se a discutir a dimensão financeira das políticas públicas na implementação de direitos fundamentais e o papel do Judiciário na alocação de recursos.

Na sequência, Ronaldo Chadid traz interessante estudo acerca da necessidade e da importância da função de confiança e do cargo em comissão na estrutura organizacional estatal. O autor parte da análise da forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas em geral, à luz da legislação pátria. Em seguida, discorre sobre a regra de ingresso no serviço público por meio de concurso público e conclui ponderando que, embora o concurso público seja a forma mais justa e democrática para alcançar o serviço público, é necessário que uma pequena parcela da estruturação de pessoal seja destinada aos cargos

comissionados, respeitados os critérios pessoais (confiança e lealdade) e técnicos (conhecimento e competência).

A Revista abriga, ainda, valioso artigo de Michel André Bezerra Lima Gradvohl sobre a necessidade de controle dos benefícios tributários. É que, consoante alerta o autor, os benefícios fiscais – instrumentos na busca de atração de investimentos que promovam desenvolvimento econômico e social – não têm sido objeto do mesmo nível de atenção que outros elementos das finanças públicas. Sendo de natureza fiscal ou extrafiscal, os objetivos a serem alcançados mediante a concessão de benefícios tributários precisam ser dispostos em metas claras, facilmente aferíveis e em conformidade com os valores afirmados pela Constituição de 1988. Assim, o trabalho sustenta que a efetiva fiscalização pela sociedade e pelos órgãos de controle do deferimento e da execução dos benefícios tributários é fundamental para que estes sejam verdadeiramente utilizados em prol do bem comum.

Outro assunto de grande interesse é o das Parcerias Público-Privadas (PPP). Nessa linha, João Gustavo de Paiva Pessoa discorre sobre as auditorias em PPP realizadas no Brasil e em Portugal, buscando efetuar uma comparação no que toca à espécie de controle *a priori*. O autor buscou demonstrar a importância dos estudos do *Value for Money*, bem como do *Public Sector Comparator* no âmbito das contratações por meio de PPP. Como resultado, foi possível inferir que o controle prévio está previsto em ambos os ordenamentos jurídicos, porém em escalas diferenciadas. Enquanto em Portugal o visto prévio possui o condão de proibir as eventuais contratações irregulares, no Brasil o controle *a priori* restringe-se à distribuição de recomendações e orientações para a melhoria do processo, tor-

nando, desse modo, o controle prévio mais frágil. Verificou-se, por fim, que no Brasil o foco das auditorias em PPP está voltado para o controle concomitante, conforme disciplina a Instrução Normativa nº 52/2007, do Tribunal de Contas da União.

É evidente que não há espaço, nessas breves linhas, para comentar todos os artigos constantes do presente número, cabendo-nos apenas destacar, no geral, os primorosos trabalhos aqui publicados, que versam sobre os mais diversos e frutíferos assuntos, tais como as organizações sociais e a apropriação do saldo remanescente, a invalidade do ato administrativo no direito europeu, a transparência digital na gestão pública, o controle administrativo interno, a formação político e econômica brasileira, as consequências da interrupção do serviço público, o pregão eletrônico, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a aposentadoria dos portadores de deficiência, a importância do município para a concretização de uma democracia participativa, entre outros.

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

Conselheiro Edilberto Carlos Pontes Lima

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

Sumário

Teoria das capacidades institucionais e a reserva do possível no julgamento do RE nº 592.581-RS

Marcus Abraham, Diana Castro, Edenilson Simas Farias 18

Função de confiança e cargo comissionado: necessidade e importância na estrutura organizacional estatal

Ronaldo Chadid 52

Necessidade de controle dos benefícios tributários

Michel André Bezerra Lima Gradvohl 82

Auditoria de PPP: o controle exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal *versus* a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas da União do Brasil

João Gustavo de Paiva Pessoa 116

As organizações sociais e a apropriação do saldo remanescente: há controle *a posteriori*?

Liliana Costa de Oliveira 142

A invalidade do ato administrativo no direito europeu

Denise Andrade Araújo, Francisco das Chagas Jucá 171

Transparência digital na gestão pública: uma análise de conglomerados nos municípios cearenses

Gleison Mendonça Diniz, Diego de Queiroz Machado, Fátima Regina Ney Matos 197

O controle administrativo interno: sujeito, fato e parâmetro	
Antonio Paulo da Silva, Carlos Henrique da Silva Sousa, Kássyo Modesto da Silva	218
A formação política e econômica brasileira e seus reflexos nas finanças públicas municipais	
Marta Dulcéia Gurgel Ávila	239
As consequências da interrupção do serviço público: fiscalização, intervenção e segurança jurídica na extinção contratual	
Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho	271
Proposta de adoção de homologação de produtos e marcas no âmbito dos pregões eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	
Flaiton Teixeira Colombo	300
Lei de Responsabilidade Fiscal: observância dos limites de gastos com pessoal no Poder Executivo dos estados da região Nordeste de 2013 a 2015, período de início da recessão econômica brasileira	
Juliana Almeida Costa, Wescley Soares Silva	328
A Importância do Município na Estrutura Federalista Brasileira para a Concretização de uma Democracia Participativa	
Ana Carolina Pessoa Holanda	357
Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle	391

Teoria das Capacidades Institucionais e a Reserva do Possível no Julgamento do RE nº 592.581-RS

Institutional Capacities Theory and the reserve for contingencies in Judicial Decision n. 592.581-RS

Marcus Abraham¹
Diana Castro²
Edenilson Simas Farias³

RESUMO

O artigo trata dos temas da judicialização das políticas públicas e do ativismo judicial, correlacionando-os com a teoria das capacidades institucionais como capacidade das instituições públicas de concretizar o direito. Discorre também sobre a dimensão financeira das políticas públicas na implementação de direitos fundamentais e sobre o papel do Judiciário na alocação de recursos, por meio da análise do Recurso Extraordinário nº 592.581.

Palavras-Chave: Políticas Públicas. Judicialização. Ativismo Judicial. Capacidades Institucionais. Orçamento Público. Direitos Fundamentais.

1 Doutor em Direito Público – UERJ. Professor de Direito Financeiro e Tributário – UERJ. Desembargador Federal do TRF-2. E-mail: mabraham@uol.com.br.

2 Graduada em Direito pela UERJ. Pesquisadora do Nefit/UERJ – Núcleo de Finanças e Tributação da UERJ. Mestranda em Direito Civil na UERJ. E-mail: dianapaivadecastro@gmail.com.

3 Graduado em Direito pela UERJ. Pesquisador do Nefit/UERJ – Núcleo de Finanças e Tributação da UERJ. E-mail: simasfarias@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This article deals with the subjects of judicialization of public policies and judicial activism, linking them with the theory of institutional capacities as the ability of public institutions to implement rights. It also discusses the financial dimension of public policy in the implementation of fundamental rights and the Judiciary's role in resource allocation, by analyzing the Extraordinary Appeal n. 592.581.

Keywords: Public Policy. Judicialization. Judicial Activism. Institutional Capacities. Public Budget. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

A expansão da atuação do Poder Judiciário e o debate acerca dos limites do exercício da atividade jurisdicional, fenômenos que se verificam na realidade de diversos países, têm ocupado o centro das discussões do direito público contemporâneo. Parte das preocupações se refere à suposta invasão, pelo Judiciário, de espaços decisórios que seriam exclusivos dos Poderes Executivo e Legislativo.

No Brasil, o debate se intensificou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Até então, a teoria da força normativa das Constituições pretéritas não se encontrava nitidamente desenvolvida, razão pela qual surgiu, em nosso meio, a denominada *doutrina brasileira da efetividade*. Esta, na esteira de abalizada doutrina estrangeira, vê na Constituição um instrumento apto a conformar a realidade social, política e econômica da sociedade, aduzindo a superação de um comportamento

de “insinceridade normativa no uso da Constituição como uma mistificação ideológica e na falta de determinação política em dar-lhe cumprimento” (BARROSO, 2008). Essa corrente doutrinária identificou na Constituição Federal de 1988 o caráter normativo que lhe é peculiar, defendendo, pois, a possibilidade de aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo Judiciário, (i.e., sem a necessidade de interposição legislativa).

Assim, tornou-se possível e aceitável que normas de caráter vago e aberto, muitas de acentuado conteúdo político ou, ainda, de estrutura principiológica, fossem aplicadas pelo Poder Judiciário a partir de instrumentos hermenêuticos variados, seja de forma direta, seja através de um processo de filtragem constitucional do ordenamento jurídico, também conhecido como constitucionalização do direito, por meio do qual normas de estatura infraconstitucional são reinterpretadas a partir do marco normativo da Constituição.

Todo o arcabouço teórico que permitiu à Constituição Federal de 1988 ocupar a posição de centralidade na estrutura hierárquica do ordenamento jurídico brasileiro também contribuiu para que o Judiciário assistisse à sua crescente ascensão institucional (Ibidem). De fato, ao atribuir a si próprio o papel de intérprete último da Constituição, o Judiciário reuniu em suas mãos a possibilidade de decidir questões políticas as mais relevantes para a sociedade, no que se incluem os diversos aspectos de políticas públicas instituídas pelos órgãos representativos dotados de legitimidade democrática (BRUM, 2014).

Se a ampliação das funções jurisdicionais pode proporcionar um ambiente de maior efetividade da Constituição e, notadamente, dos direitos fundamentais, é bem de ver que a questão suscitou diversas críticas da doutrina, algumas das quais volta-

das à imprescindível identificação dos espaços deliberativos próprios do processo político majoritário, com a consequente definição dos limites do exercício da função jurisdicional.

Muito embora tenha havido relevante avanço nessas discussões, ainda não foi possível encontrar um ponto ótimo ou um marco teórico que forneça critérios seguros de identificação desses limites. De todo modo, as diversas propostas teóricas que surgiram nesse contexto podem ser úteis para o enfrentamento das controvérsias inerentes a esse debate.

Uma dessas propostas é a chamada Teoria das Capacidades Institucionais. Trata-se, mais propriamente, de uma teoria hermenêutica que tenta fornecer critérios de comportamento judicial a partir da observação do arranjo institucional estabelecido pela própria Constituição. Conforme se verá ao longo do texto, a denominada “virada institucional” trouxe para o âmbito das discussões jurídicas a necessidade de atenção aos efeitos sistêmicos e às capacidades institucionais da instituição responsável pela tomada de decisão (CYRINO, 2010).

Muito embora o enfrentamento da judicialização da política e do ativismo judicial não possa ser feito exclusivamente com base na teoria das capacidades institucionais, essa teoria pode fornecer aportes teóricos que ajudarão o aplicador do direito a identificar as ocasiões em que o Judiciário será, ou não, a instituição capaz de tomar a melhor decisão para a controvérsia que esteja examinando.

Considerando que as políticas públicas, como já afirmado, compreendem um vasto domínio de questões políticas, técnicas e jurídicas, o objeto desse trabalho visa a discutir em que medida a teoria das capacidades institucionais pode ajudar na compreensão do papel dos juízes no controle judicial dos pro-

gramas de ação do Poder Público.

2 ALGUMAS NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2.1 Considerações iniciais

Ao longo dos últimos anos, a intervenção judicial em políticas públicas tornou-se fenômeno até certo ponto rotineiro na realidade jurídica brasileira, notadamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Sem sombra de dúvidas, o Poder Judiciário passou a exercer o controle da constitucionalidade e da legalidade de atos até então considerados de natureza política e, como tais, insindicáveis pela via jurisdicional (SARMENTO, 2009).

Antes de analisar o fenômeno, é indispensável fazer duas observações. Em primeiro lugar, adota-se aqui o conceito de política pública entendida como:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. (BUCCI, 2006)

O conceito é amplo e abrange atividades estatais submetidas a regimes jurídicos distintos. Para fins deste trabalho, referimo-nos às políticas públicas que concretizam direitos sociais

prestacionais decorrentes de normas constitucionais ou legais.

A segunda observação se refere ao íntimo vínculo que as políticas públicas mantêm com matéria muito cara ao espírito civilizado: os direitos fundamentais. A positivação de direitos fundamentais na Constituição da República exige dos órgãos e entidades estatais uma série de comportamentos, alguns de caráter negativo – dever de respeito consistente em uma abstenção –, outros de caráter positivo, notadamente quando se cuida de direitos sociais ou de prestações positivas decorrentes do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARLET, I. W.; MARINONI, L. G., MITIDIERO, D., 2013).

Com muita frequência, a Administração Pública terá de exercer uma série de atividades materiais e normativas, todas orientadas à concretização das prestações positivas exigidas por direitos fundamentais. Nestes casos, o Estado terá de instituir políticas públicas para atender aos parâmetros constitucionais de efetividade desses direitos. Com isso se quer ressaltar que os direitos fundamentais são elementos de presença quase constante nas políticas públicas, sendo certo que, em certas circunstâncias, o desenvolvimento de tais políticas será indispensável para a concretização das situações jurídicas jufundamentais. O ponto é crítico e a ele retornaremos quando tratarmos das circunstâncias nas quais o Poder Judiciário tem plena capacidade institucional para intervir, de forma proativa, em políticas públicas.

2.2 Aspectos das políticas públicas

Antes de cuidarmos dos aspectos atinentes às políticas públicas, é de bom alvitre estabelecer uma convenção terminológica. Por aspectos das políticas públicas deve-se entender as carac-

terísticas centrais das políticas públicas, isto é, os atributos que as qualificam. Esses aspectos estarão presentes, em maior ou menor grau, consoantes à política pública que se esteja visualizando.

Parece intuitivo que a consecução de fins socialmente relevantes, como o fornecimento de prestações de saúde e de educação, pode ser feita através de diferentes formas de atuação estatal, como a edição de atos normativos, a regulação do mercado e as atividades materiais levadas a cabo pela Administração Pública (VALLE, 2009). Em outras palavras, o conceito de políticas públicas abrange uma multiplicidade de *meios* – atividades e funções estatais – através dos quais se poderão alcançar os objetivos e as metas que a sociedade reputa essenciais. Embora apresentem algumas semelhanças, cada qual possui suas próprias particularidades, que devem ser objeto de estudos específicos (BARCELLOS, 2006).

A segunda implicação se refere ao aspecto *tempo*. Em primeiro lugar, a identificação dos problemas com que as políticas públicas visam lidar e a sua própria estruturação demandam um processo reflexivo e decisório que tende a consumir considerável quantidade de tempo (VALLE, 2009). Além disso, as políticas públicas são projetadas para atingir os seus objetivos após o decurso de um determinado lapso temporal, durante o qual o Estado deverá empreender os esforços necessários para alcançá-los (Ibidem). Nesse sentido, as políticas públicas dependerão, em muitos casos, do dinamismo decorrente do transcurso de tempo, que permitirá que os atores envolvidos na sua formulação e execução promovam os ajustes indispensáveis à evolução e à efetiva obtenção dos resultados pretendidos.

Há um terceiro aspecto importante para os fins deste estudo. A implementação de políticas públicas, notadamente

em sociedades complexas como a nossa, depende do emprego de conhecimento técnico especializado e multidisciplinar, normalmente a cargo da Administração Pública (BARCELLOS, 2006). Nesse sentido, o Estado se vale da expertise técnica da Administração para, v.g., definir que medicamentos utilizar para o tratamento da Aids, quais livros adotar no ensino básico público e como determinar a tecnologia a ser implantada na prestação dos serviços de telefonia. Compreender essa dimensão *técnica* é essencial para o enfrentamento das controvérsias atinentes à judicialização de políticas públicas.

O último aspecto a merecer comentário diz respeito ao seu caráter *sistêmico*. Com alguma frequência, um mesmo problema social pode ser objeto de políticas públicas variadas, algumas com conteúdo idêntico ou semelhante, outras planejadas a partir de uma lógica de divisão de atribuições. Em ambos os casos, os diversos órgãos e entidades públicos enviaarão esforços mútuos no enfrentamento das demandas da coletividade. Assim, há, em diversas áreas de atuação do Poder Público, uma constelação de políticas públicas que, juntas, pretendem garantir a prestação de serviços de natureza pública compatível com padrões normativos de qualidade e efetividade.

Essa característica é especialmente intensificada pelo modelo de organização do Estado adotado pela Constituição Federal de 1988, inspirado no federalismo cooperativo da Lei Fundamental de Bonn. A nota essencial do federalismo cooperativo é a existência de competências compartilhadas por todos os entes federativos (ZIMMERMANN, 2005). Em um cenário político-institucional como este, a atuação dos entes políticos no desempenho dos misteres atribuídos pela Constituição deve se dar de forma conjunta e harmônica. Bem por isso, a Consti-

tuição Federal de 1988 reservou à lei complementar a criação de normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios no que se refere às competências administrativas comuns.

Em outras palavras, as políticas públicas instituídas com fundamento no exercício de competência administrativa comum se integram umbilicalmente umas às outras – ao menos em tese –, criando, não raras vezes, um estado de dependência e de influência recíprocas entre as diversas ações do Estado. Em um quadro altamente dinâmico como este, a intervenção judicial terá maiores chances de repercutir positiva ou negativamente na eficácia das políticas públicas.

Essa é uma das razões pelas quais os juízes devem atentar para os efeitos sistêmicos – especialmente de ordem financeira, para os fins deste trabalho – de suas decisões em virtude da intervenção judicial nos respectivos sistemas de políticas públicas, sem o que se terá uma intervenção cega, capaz de produzir resultados indesejáveis para a Ordem Constitucional e diversos das consequências antevistas pelo aplicador do direito. O tema será objeto de maiores considerações adiante.

2.3 Judicialização e ativismo judicial: uma distinção necessária

As expressões “judicialização” e “ativismo” compõem a ordem do dia nos estudos do exercício da jurisdição e dos seus limites de atuação. Trata-se de conceitos que, embora intimamente associados, se referem a fenômenos distintos, cada qual com implicações próprias (CAMPOS, 2015), sendo necessário esclarecer o significado de cada um deles.

Segundo Barroso (2012):

A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instituições políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo.

Com a judicialização, o Poder Judiciário passa a decidir sobre uma série de questões altamente relevantes para a sociedade, as quais, em tese, deveriam ser objeto de deliberação pelos órgãos de representação política.

A ideia não envolve, necessariamente, a discussão quanto a que comportamento – mais ou menos deferente ou ativista – o Judiciário deve ter diante das escolhas do processo político majoritário, mas sim quanto a “o quê” está sendo levado ao conhecimento do Poder Judiciário (Ibidem). Em um modelo constitucional como o inaugurado pela Constituição Federal de 1988 que, além de ter promovido a constitucionalização de temas de elevada importância social, assegurou o livre acesso a um Poder Judiciário independente, a judicialização é fenômeno quase inevitável.

As causas que conduziram ao processo de crescente judicialização da política no cenário jurídico brasileiro e as questões que o fenômeno suscita já foram explicitadas exaustivamente pela doutrina nacional (VIANNA, 1999). Cabe-nos, aqui, mencionar as mais importantes para o enfrentamento da judicialização das políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 promoveu a constitucionalização de uma série de matérias que até então compunham o domínio da política. Uma variada gama de valores aportou na Constituição como elemento integrante de dispositivos consti-

tucionais, levando o aplicador do direito – e, nessa categoria, os juízes – a ter de lidar com a aplicação de normas constitucionais de forte conteúdo moral e político.

Além disso, a Constituição Federal está repleta de objetivos públicos cuja persecução foi imposta ao Estado, e que compõem o conteúdo de diversos princípios constitucionais programáticos. A execução destas finalidades depende da criação de inúmeras políticas públicas, já que o Estado terá de congregiar meios e recursos que se mostrem necessários para alcançá-las. É possível falar, assim, em verdadeira constitucionalização de políticas públicas ou mesmo na existência de deveres constitucionais de implementação de políticas públicas, indispensáveis para que o Estado possa se desincumbir das obrigações decorrentes da consagração, em normas constitucionais, de fins públicos (VALLE, 2009).

Outros fatores que contribuem para a crescente judicialização de questões políticas no direito brasileiro são a textura aberta e a vagueza semântica das normas constitucionais, notadamente dos princípios – tipologia normativa a partir da qual o constituinte consagrou a maior parte dos objetivos públicos anteriormente referidos. Por apresentarem essas características, as normas constitucionais franqueiam uma enorme variedade de possibilidades interpretativas, permitindo, assim, que haja maior probabilidade de judicialização de questões que possam ser reconduzidas a estes enunciados.

Não menos importante, a compreensão dada pela doutrina e jurisprudência ao princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV) permite que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito possa ser levada ao conhecimento e decisão do Poder Judiciário. A alegação, pela parte, de uma suposta violação a interesse

jurídico individual ou metaindividual é, por si só, idônea para entregar a questão ao crivo do Poder Judiciário, abrindo portas, assim, para que qualquer controvérsia possa, ao menos em tese, ser objeto de decisão por parte de juízes, mesmo se tratando de matéria de alta densidade política ou moral. Com isso não se quer dizer que a ampla possibilidade de acesso à justiça seja um fenômeno prejudicial para o exercício da cidadania e para a democracia, mas tão somente que é um fator que colabora para a crescente judicialização de matérias políticas, sociais e morais relevantes para a sociedade (FONTE, 2015).

Ao revés, o ativismo judicial diz respeito ao comportamento dos juízes no exercício do controle judicial das decisões do processo político majoritário. Trata-se, assim, da atitude do magistrado que, ao exercer o controle dos atos dos Poderes Legislativo e Executivo, expande os seus poderes institucionais a espaços decisórios próprios dos demais poderes. Nesse diapasão, é preciso o conceito de ativismo judicial apresentado por Campos (2014):

Definimos o ativismo judicial como o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Da definição acima exposta é possível extrair algumas conclusões singelas, mas fundamentais para o debate da judi-

cialização de políticas públicas.

Em primeiro lugar, a identificação de uma postura judicial ativista deve levar em consideração a distribuição de atribuições entre os poderes, órgãos e entidades do Estado levada a cabo pela Constituição da República, isto é, o desenho institucional de cada Estado. Nesse sentido, se a pura declaração de inconstitucionalidade de uma lei aprovada com amplo apoio parlamentar pode ser vista, em determinados países, como um exemplo de ativismo judicial, no Brasil – em que houve a ampliação não apenas dos instrumentos, mas também dos legitimados a deflagrar o processo objetivo de controle de constitucionalidade –, a resposta provavelmente seria negativa. Isso não significa que a chamada dificuldade contramajoritária tenha deixado de existir na realidade brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito menos que o exercício da jurisdição constitucional possa se dar de forma abusiva, e sim que o exercício do controle de constitucionalidade foi consagrado no contexto institucional público brasileiro como instrumento legítimo de tutela da supremacia da Constituição e mecanismo de controle da atuação dos demais poderes, no âmbito de uma estrutura de separação de poderes calcada na lógica de freios e contrapesos.

Em segundo lugar, o ativismo judicial está ligado a causas de natureza diversa, “presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos” e associadas a elementos de fundo cultural, institucional, político etc. Dentre as causas potenciais do ativismo judicial no país destacam-se: (i) a possibilidade de controle judicial das omissões inconstitucionais (art. 5º, LXXI, e art. 103, §2º, todos da CF88); (ii) a aplicação direta, pelos juízes, de normas constitucionais de ampla aber-

tura semântica e de forte conteúdo moral e político; e (iii) o sincretismo metodológico, que cria um ambiente hermenêutico repleto de instrumentos de interpretação que ampliam a discricionariedade decisória do intérprete etc.

Além disso, o ativismo judicial contempla múltiplos comportamentos decisórios, no que Campos (2014) chama de caráter multidimensional do ativismo judicial. Em obra especializada sobre o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, intitulada *Dimensões do Ativismo Judicial do STF* e que se originou da dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público na UERJ, o autor identifica cinco dimensões do ativismo judicial praticado pelo STF, a saber:

(I) *Dimensão metodológica*: interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; criação judicial do direito infraconstitucional por meio das técnicas de interpretação conforme a Constituição e de declaração de nulidade parcial sem redução do texto; controle das omissões legislativas inconstitucionais; decisões maximalistas; (II) *Dimensão processual*: autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões; (III) *Dimensão estrutural ou horizontal*: interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando espaços tradicionais de atuação dos mesmos; (IV) *Dimensão de direitos*: o avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, reduzindo a margem de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em medidas de tutela estatal e em escolhas de políticas públicas; (V) *Dimensão antidialógica*: afirmação da posição do Supremo não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo.

Duas últimas observações devem ser feitas antes de encerrar este subtópico. Embora o ativismo judicial seja frequentemente associado a um comportamento judicial invasivo das prerrogativas asseguradas aos atores políticos, nem sempre constituirá violação à Constituição. Como se verá mais adiante, há certas circunstâncias em que a Constituição exige uma atuação judicial mais proativa e expansiva, como nos casos em que esteja em jogo a efetividade do mínimo existencial.

Finalmente, a teoria das capacidades institucionais nem sempre levará o magistrado a adotar uma postura formalista, isto é, de autocontenção diante das preferências do processo político majoritário. Será preciso avaliar, em cada caso, e levar em consideração elementos empíricos, qual o órgão com maior aptidão para ocupar a posição de protagonista em um determinado processo decisório. Em outras palavras, o juiz deverá verificar se a instância decisória reúne as condições para tomar a melhor decisão no caso concreto. Se esta aptidão não se fizer presente, ou o Judiciário se mostrar mais apto para tomar uma decisão mais consentânea com a Ordem Constitucional, caberá ao magistrado adotar o comportamento incisivo que lhe exija a Constituição, podendo mesmo declarar a inconstitucionalidade de uma eventual decisão tomada pelo Legislativo ou pelo Executivo.

2.4 O argumento das capacidades institucionais

O controle judicial das políticas públicas não se resume à simples aplicação da hermenêutica constitucional ou à mera defesa de princípios abstratos. A bem da verdade, deve-se analisar a capacidade das instituições públicas de concretizar o direito, bem como o modo de tomada de suas decisões (FONTE, 2015).

O eixo norteador desse estudo é o princípio da separação de poderes (JUSTEN FILHO, 2012), formulado originariamente no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem do Cidadao de 1789 e reproduzido no artigo 2º da Constituição Federal de 1988 com *status* de cláusula pétrea. Esse comando axiológico apresenta três vertentes principais: (i) a decomposição do poder político em diversos órgãos estatais (democracia); (ii) a salvaguarda dos direitos fundamentais (constitucionalismo) (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012); e (iii) a especialização das funções de cada instituição de acordo com sua expertise técnica (racionalização e eficiência) (ACKERMAN, 2009).

Com efeito, para que o princípio da separação dos poderes atinja suas funções essenciais, que podem ser resumidas como a função político-social e a função orgânico-funcional, a divisão das tarefas públicas deve se dar de forma que o Legislativo produza as normas gerais e abstratas, o Judiciário aplique o direito a casos concretos, quando solicitado, e o Executivo, residualmente, aplique a lei de ofício, estando todos os Poderes sujeitos ao mecanismo de freios e contrapesos (FONTE, 2015).

Deste modo, o princípio da separação dos poderes, em sua formulação original, garantiria o equilíbrio entre minorias e majorias na tomada de decisões, no bojo da constante tensão entre o constitucionalismo e a democracia. No entanto, em razão do fenômeno da judicialização da política, mencionado alhures, o Poder Judiciário passou a exercer o controle de questões que, tradicionalmente, cabiam à Administração Pública, rompendo o referido equilíbrio.

Em reação a esse movimento, deve-se recorrer à função orgânico-funcional, segundo a qual as tarefas públicas são de

competência do órgão que tem maior capacidade para exercê-las (FONTE, 2015). Abandonando-se as visões estereotipadas, seja a ascensão institucional do Poder Judiciário, seja a crise de representatividade e de funcionalidade dos Parlamentos, a pergunta correta não é como um texto deve ser interpretado, mas como cada instituição é capaz de interpretar um mesmo texto (SUSTEIN; VERMEULE, 2002).

Nesta esteira, usa-se, no cenário recente do debate constitucional brasileiro, o conceito de “capacidades institucionais”. A expressão apresenta-se como um recurso para saber que órgão público reúne as condições necessárias para tomar determinada decisão. Frequentemente, faz-se alusão à obra *Interpretation and institutions* de Cass Sustein e Adrian Vermeule, a qual fornece o arcabouço teórico básico para essa teoria.

De acordo com Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal, ainda que o uso da expressão não seja uniforme, é possível identificar dois sentidos principais. De uma parte, a utilização do argumento refere-se às habilidades e limitações de uma instituição no exercício de sua competência jurisdicional (ARGUELHES; LEAL, 2011). De outro lado, enuncia-se um enfoque mais “institucional” da expressão, em que são estabelecidas comparações entre as capacidades do Poder Judiciário e as das demais instituições.

Nesse quadro comparativo, observa-se que determinada instituição – como o Congresso Nacional, a Presidência da República e as Agências Reguladoras – pode oferecer uma melhor resposta a determinado problema do que o Poder Judiciário, possuindo, portanto, “maior capacidade institucional” – *rectius*, sendo mais capacitada – para resolver a questão, em virtude de sua expertise técnica e de sua habilidade para lidar com o ele-

mento político envolvido. Em outros casos, porém, será exigida uma atuação proativa dos juízes, como na efetividade do mínimo existencial; na salvaguarda dos direitos fundamentais de minorias e na aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação.

Em outras palavras, o argumento permite analisar os limites e as capacidades do Poder Judiciário no exercício de suas funções, isoladamente ou comparado a outras instituições. Nesse sentido, foram cunhadas as expressões “limites da legitimidade” e “limites epistêmicos”. Em relação a estes últimos, observam-se os recursos intelectivos dos agentes de cada Poder, referindo-se “tanto às condições materiais reais como às habilidades e limites subjetivos e orgânicos existentes para que atores institucionais específicos possam obter, organizar, compreender dados e usá-los como fundamentos de ações, escolhas ou decisões” (ARGUELHES; LEAL, 2011).

No que tange à legitimidade, o argumento permite definir o que se considera como juridicamente aceitável em sentido amplo, admitindo-se a influência de outros ramos do saber, como a política, a moral e a economia, e realizando-se tanto comparações internas – com outros métodos da mesma instituição – quanto externas – com o resultado oferecido por outra instituição.

Dessa forma, os conflitos interinstitucionais causados, sobretudo, pela sobreposição das funções exercidas pelos Poderes, serão solucionados por meio da escolha do método de decisão mais capacitado para oferecer uma resposta adequada a determinado problema, de acordo com os aspectos que serão analisados a seguir.

2.5 Aspectos das capacidades institucionais do Poder Judiciário no controle de políticas públicas

Diante desse argumento, os estudiosos do tema apresentam críticas ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Uma primeira, de natureza institucional, refere-se às dificuldades na concessão de um tratamento sistêmico às matérias decididas, vez que o seu ofício é, em regra, solucionar casos concretos (FONTE, 2015). A segunda crítica é financeira: os juízes não se preocupariam com os custos de suas decisões, ignorando o conceito econômico de escassez, o conceito jurídico de reserva do possível e o dispêndio de recursos pela estrutura dos Tribunais (BADIN, 2013). Por último, em uma dimensão política, argumentam os teóricos que os magistrados teriam mais atenção ao interesse das partes em litígios do que às questões relativas à sociedade, tratando-se de um corpo que não é dotado de mandato eletivo.

Em contraposição a essas críticas, observa-se que a apresentação do mandato político não é perfeita. A análise jurisdicional permite a defesa dos direitos individuais em face da tirania majoritária, a partir do exercício da jurisdição constitucional, em atenção à rigidez e à supremacia da Constituição. A pulverização da política nas sociedades de massa alerta para o perigo da idealização do processo legislativo (FONTE, 2015).

Cotejando as capacidades institucionais dos órgãos políticos e do Judiciário, verifica-se que os juízes possuem vantagem institucional quando o que está em jogo é a necessidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Esses direitos representam a positivação, no texto constitucional, dos valores mais básicos de uma determinada sociedade. Além disso, são

condições essenciais para o funcionamento adequado do sistema democrático, sem os quais o processo político não atingiria padrões mínimos de isonomia participativa. Por essa razão, a defesa dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, não deve ficar ao alvedrio das majorias de plantão, cabendo ao Judiciário, sempre que se deparar com situações de omissão ou violação a estes direitos, garantir a sua plena efetividade.

De mais a mais, os magistrados são dotados do mais alto grau de independência funcional, possuindo garantias como a vitaliciedade e a inamovibilidade, o que permite que a tomada de decisão seja livre de pressões e exerça um freio e um contrapeso ao jogo político (BADIN, 2013).

Ao Poder Judiciário também se deve reconhecer maior capacidade institucional para tutelar os direitos das minorias marginalizadas, que veem na Justiça uma trincheira para a defesa de interesses que, não raras vezes, são ignorados pelas instâncias democráticas.

Por último, nota-se que o processo judicial sofreu reformas nos últimos anos para aumentar a participação dos membros da sociedade, como o surgimento da figura do *amicus curiae* e a realização de audiências públicas. Nesta esteira, o advento do microssistema de tutela coletiva caracterizou-se como uma segunda onda renovatória de acesso à justiça (CAPELLETTI, 1988).

3 O DESENHO INSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO E A DIMENSÃO FINANCEIRA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: CONSTRUÇÃO DE ALGUNS PARÂMETROS

3.1 Democracia, orçamento público e controle judicial

O orçamento moderno deve suas feições às intensas transformações sociais que marcaram o período das grandes revoluções liberais do século XVIII. A Revolução Francesa legou à história da cidadania política a exigência de prévia aprovação da criação de tributos pelo Parlamento, bem como a prerrogativa de acompanhamento, pelos cidadãos, dos gastos efetuados pelo Poder Público. Trilhando os mesmos rumos, a Constituição Americana atribuiu ao Congresso dos EUA o poder de instituir tributos e autorizar a realização de despesas públicas. Nesse marco da história, o orçamento era visto como instrumento de controle político da atividade financeira do Estado Absolutista, protegendo os cidadãos contra os abusos por ele perpetrados. É possível falar, assim, de *orçamento liberal*, cujo objetivo central era o de promover o controle político da arrecadação e dos gastos do Poder Executivo.

Já no século XIX e, sobretudo, em meados do século XX, as sociedades ocidentais assistiram à assunção de novas funções e atividades pelo Estado (*Welfare State*), que passou a prestar serviços públicos e a gerir bens de interesse coletivo. Com a ampliação das atividades estatais, tornou-se fundamental que o Orçamento Público, para além da função de contenção do arbítrio estatal, que lhe fora atribuída pelo liberalismo político, assumisse o papel de instrumento de planejamento do agir estatal e de expressão das escolhas alocativas de uma

sociedade organizada a partir de um regime democrático de governo. Tem-se, assim, o *orçamento moderno*, que aglutinou as funções de controle político e de realização das deliberações do processo político majoritário quanto à execução das ações estatais (ABRAHAM, 2015a).

Em um contexto de escassez de recursos e de assunção, pelo Estado, de um conjunto expressivo de responsabilidades, as maiorias de cada momento terão de decidir em que e quanto gastar, além, é claro, de definir de onde virão os recursos financeiros necessários para este desiderato (impostos, taxas, contribuições etc.). O orçamento adquire, assim, o papel fundamental de “cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente sobre recursos escassos” (FONTE, 2015). Isso porque, em um regime constitucional que leve a ideia de democracia a sério, os assuntos mais relevantes do ponto de vista político, social e moral devem ser decididos pelas maiorias de plantão, isto é, no bojo do processo político majoritário (ALEXY, 2014).

Essas ideias se refletem diretamente no tema das políticas públicas. Por consistirem em ações do Estado na busca pela concretização de fins socialmente relevantes, a instituição de políticas públicas demandará o emprego de recursos orçamentários específicos, sem os quais será impossível implementar o programa de governo. Há uma dimensão financeira na criação de políticas públicas que não pode ser desconsiderada pelos magistrados. Em um ambiente de escassez de recursos caberia aos atores políticos, imbuídos de legitimidade democrática – e, portanto, dotados de maior capacidade institucional para efetuar tais escolhas alocativas –, eleger as metas e os objetivos que merecerão prioridade na atuação do Estado (FONTE, 2015).

Do ponto de vista das capacidades institucionais, os ór-

gãos de representação política deveriam possuir maior legitimidade democrática se comparados ao Poder Judiciário, já que, além de serem eleitos pelo voto direto do povo, sua relação com o eleitorado é marcada pelas ideias de responsabilidade e de responsividade democráticas (PRZEWORSKI, 1996). Uma vez que se aceite que a elaboração de políticas públicas envolve, ainda que não exclusivamente, decisões de caráter político, que incluem elementos técnicos e orçamentários, o protagonismo no processo decisório de eleição das prioridades do Poder Público e de formulação das respectivas políticas públicas deveria ser reservado aos atores políticos. Na prática, no entanto, há hipóteses em que a atuação dos órgãos de representação política é insuficiente.

Assim, não se pode perder de vista que há prioridades constitucionais expressamente estabelecidas – que envolvem direitos fundamentais e sociais – e que, em caso de omissões ou escolhas constitucionalmente inadequadas daqueles atores políticos, caberá ao Judiciário reconduzi-las aos trilhos. A racionalização do gasto público, sobretudo em um país que ainda apresenta várias demandas sociais a serem satisfeitas, passa também por uma análise criteriosa da prioridade da despesa a ser executada, cuja avaliação não pode ser excluída do Poder Judiciário (ABRAHAM, 2015b).

A capacidade institucional do Poder Judiciário de intervir – sob o ponto de vista das repercussões financeiras – em questões relativas à implementação de políticas públicas já existentes aumenta sensivelmente de importância, mas não deixa de suscitar a adoção de certos parâmetros.

Não se desconhece que as intervenções judiciais que desconsideram o aspecto sistêmico das políticas públicas têm

alto potencial para causar desequilíbrios orçamentários e, igualmente, ocasionar ineficiências no âmbito do sistema de políticas públicas, resultantes, por exemplo, do fato de se imputarem atribuições idênticas a *policy makers* distintos.

Por essa razão, o Judiciário agirá na medida em que verificar a necessidade de, no âmbito do processo judicial, substituir a opção instrumental dos poderes políticos pela sua própria quando deixarem de atender aos comandos da Constituição, especialmente quanto às políticas públicas prioritárias nela contidas.

Assim, presentes alguns elementos em relação aos quais o Poder Judiciário se mostre apto a tomar a melhor decisão, a sua atuação deverá ser tanto mais proativa quanto seja necessário para proteção, v.g., do mínimo existencial, dos direitos das minorias e de algumas normas constitucionais específicas. Retomaremos a esse ponto adiante.

De fato, é válida a observação de que circunstâncias há que demandam um comportamento expansivo do Poder Judiciário. É de tais circunstâncias que nos ocuparemos no próximo tópico.

3.2 Capacidades institucionais do Poder Judiciário para tomar a melhor decisão em matéria de políticas públicas

Se, como se viu, há circunstâncias que demandam uma atuação mais formalista do Poder Judiciário, há outras, porém, diante das quais os juízes deverão atuar de forma proativa. São casos em que o desenho institucional do Poder Judiciário, quando comparado ao dos órgãos políticos, atribui-lhe maior aptidão para tomar a decisão mais correta ao caso concreto. Este trabalho apresentará, de forma breve, três dessas circunstâncias: efetividade do mínimo existencial; salvaguarda dos di-

reitos fundamentais de minorias; e aplicação das normas constitucionais que definem patamares mínimos de investimento em saúde e educação.

3.2.1 Mínimo existencial

A doutrina nacional e estrangeira tem se esforçado para definir o conteúdo de um conjunto mínimo de prestações essenciais para que os indivíduos tenham uma vida digna e possam participar, de forma adequada, do processo político democrático, conhecido como mínimo existencial. Muito embora existam profundas divergências quanto às prestações que o integram, há relativo consenso sobre o papel que o mínimo existencial deve exercer no contexto de um Estado Democrático que preze pela promoção da dignidade humana: de um lado, garantir as condições mínimas de vida digna e, de outro, a possibilidade real e efetiva de participação na esfera pública de deliberação (BARCELLOS, 2011). Parece indubitado que um indivíduo a quem não se assegurem condições mínimas de dignidade não terá possibilidades reais de intervir e de participar, em igualdade de condições, no ambiente democrático da sociedade em que está inserido.

Portanto, qualquer que seja a concepção que se adote sobre o conteúdo do mínimo existencial, isto é, sobre os direitos prestacionais que compõem a sua estrutura, certo é que o Poder Judiciário estará autorizado a controlar a observância, pelos demais poderes da República e, inclusive no que se refere às políticas públicas, do mínimo existencial enquanto garantia fundamental do indivíduo (SOUZA NETO, 2009). Tendo em vista a tutela das condições materiais de vida digna, essenciais

para o bom funcionamento da democracia, não se poderá falar em deficit democrático e de ausência de expertise do Poder Judiciário em matéria orçamentária, já que a ausência de intervenção judicial em defesa do mínimo existencial traria prejuízos à própria democracia (CYRINO, 2010).

Em suma: o Poder Judiciário tem plenas condições institucionais de determinar que se assegure o mínimo existencial de cada indivíduo, nos planos individual e coletivo, como condição essencial para a participação isonômica dos indivíduos no processo político.

3.2.2 Direitos fundamentais das minorias

O Poder Judiciário também estará autorizado a controlar aspectos financeiros das políticas públicas quando a efetividade de direitos fundamentais das minorias excluídas do processo político estiver em jogo.

Trata-se de premissa que leva em consideração não apenas o fato de que os direitos fundamentais servem como trunfos contra a maioria – sua função contramajoritária –, mas também de que são reduzidas as reais possibilidades de as minorias influenciarem o processo deliberativo democrático de forma a que sejam atendidos os seus interesses.

A intervenção judicial se justifica uma vez que as minorias não tenham tido a oportunidade de manifestarem suas opiniões e verem atendidos os seus interesses fundamentais pelo processo político majoritário. Em outros termos, o Judiciário deve agir de maneira mais proativa para garantir que os direitos fundamentais das minorias excluídas sejam respeitados pelo Poder Público, sob pena de se relegar a efetividade desses direitos

à deliberação de uma maioria eventualmente insensível às demandas de grupos sociais minoritários (SARMENTO, 2009).

3.2.3 Investimentos mínimos em saúde e educação

A Constituição Federal de 1988 não apenas se preocupou em enunciar determinados direitos sociais prestacionais aos indivíduos. Verificando a importância material dos direitos fundamentais a prestações de saúde e de educação, o legislador constituinte estabeleceu uma série de percentuais de investimentos anuais mínimos em serviços de saúde e educação, aferíveis a partir de determinados parâmetros da arrecadação.

A verificação pelo Judiciário do cumprimento dessas normas constitucionais não exige dos magistrados conhecimentos especializados. Também não há que se falar em limitação antidemocrática da liberdade de conformação do legislador ordinário, já que a própria Constituição Federal preestabeleceu, de forma objetiva, o quantitativo mínimo de investimento em saúde e educação (BARCELLOS, 2011). Sendo assim, o Poder Judiciário tem ampla capacidade institucional de exercer o controle jurisdicional de aspectos orçamentários de políticas públicas para assegurar o cumprimento das normas constitucionais que fixam os patamares mínimos de investimentos em serviços de saúde e educação, podendo, inclusive, determinar a adequação do orçamento às disposições da Lei Maior (FONTE, 2015).

4 A MITIGAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 592.581

No dia 13 de agosto de 2015, por unanimidade, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 592.581, que o Poder Executivo, ao exercer o seu múnus, não pode ignorar os preceitos da Constituição sob o argumento das limitações orçamentárias e da reserva do possível. Concluíram os ministros que o Poder Judiciário pode impor à Administração Pública a obrigação de realizar obras de reforma e melhorias em presídios para garantir a dignidade da pessoa humana e o respeito à integridade física e moral dos detentos.

Neste julgamento, a partir do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, firmou-se a tese de que:

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Assim, neste importante precedente, o STF afastou categoricamente os tradicionais argumentos da reserva do possível e da violação ao princípio da separação de poderes, ou seja, de que não havendo dotação orçamentária específica para realizar determinada atividade (no caso concreto, para reformar um presídio), a Administração não estaria obrigada a implantar aquela política pública por ordem judicial, e também a de que

haveria violação ao princípio da separação dos poderes, já que a implantação de políticas públicas deve ser ato de iniciativa do Executivo e não do Judiciário.

O relator afirmou que “aos juízes só é lícito intervir naquelas situações em que se evidencie um ‘não fazer’ comissivo ou omissivo por parte das autoridades estatais que coloque em risco, de maneira grave e iminente, os direitos dos jurisdicionados”, e citou o julgado na ADPF 45-MC/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, onde consignava que não pode o Judiciário omitir-se

[...] se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional.

Já o Ministro Luís Roberto Barroso ponderou que

[...] o Judiciário tem legitimidade de intervir para superar um estado crônico de omissão do Executivo nessa matéria.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio Mello manifestou-se no sentido de que se trata de política pública constitucional, o que atrai, por si só, a competência do Judiciário, não havendo qualquer excesso ou usurpação de competências, concluindo:

Esse chavão de que não cabe ao Judiciário imiscuir-se em se tratando de política pública, porque seria um ato discricionário, não cola.

Por fim, em breve será julgada a ADPF nº 347, de relato-

ria do Ministro Marco Aurélio Mello, em que se pretende ver reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário, e o STF poderá consolidar de vez esta posição proativa da Corte Suprema diante das reiteradas omissões do Estado brasileiro.

5 CONCLUSÃO

Em decorrência da judicialização das políticas públicas – especialmente nas áreas da saúde, educação e sistema prisional –, fenômeno que se estende por mais de 15 anos em nosso país, assistimos ao Poder Judiciário protagonizar um papel que até então cabia tradicionalmente à Administração Pública.

Ocorre que esta expansão da atuação do Poder Judiciário suscita, dentre outros, o questionamento da separação de poderes (art. 2º, CF88) a partir do debate dos limites do exercício da atividade jurisdicional dentro de uma seara de competência típica do Poder Executivo – a definição e implementação das políticas públicas –, agente político legitimado pela escolha do cidadão através do processo eletivo próprio.

A teoria das capacidades institucionais, que joga luzes sobre aquela instituição dotada de maior capacidade para interpretar um texto normativo, a fim de melhor concretizar um direito, permite a superação de tais questionamentos, mormente se estivermos diante de um ambiente ou circunstância que demande ao Poder Judiciário proporcionar maior efetividade da Constituição.

Como visto, o julgamento pelo STF do RE nº 592.581 aponta para esta direção, demonstrando a superação de argumentos como a reserva do possível e a suposta violação ao prin-

cípio da separação dos poderes.

Se, por um lado, este cenário já é de grande avanço, por outro, devemos reconhecer que não basta reagir corretivamente. Devem-se buscar meios para, preventivamente, conferir aos cidadãos os direitos que a Carta Maior lhes assegura.

É necessário evoluirmos nesta seara e tornarmos tais políticas públicas – dos direitos fundamentais e sociais – como prioritárias e obrigatórias, tanto no momento da elaboração dos orçamentos, como para a sua execução impositiva e vinculada pelo administrador público, superando a anacrônica ideia de que se trata de escolhas políticas e discricionárias do Poder Executivo.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, M. **Curso de direito financeiro brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

_____. Políticas públicas e o seu controle judicial na área de saúde: uma crítica à reserva do possível no Brasil. In: ABRAHAM, M. et al. (Org.) **Estado fiscal e tributação**. Rio de Janeiro: GZ, 2015.

ACKERMAN, B. **A nova separação de poderes**. Tradução Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ARGUELHES, W. D.; LEAL, F. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 38, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2o5cWFn>> Acesso em: 23 jun. 2015.

BADIN, A. S. **Controle judicial das políticas públicas**: contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARCELLOS, A. P. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, jul./set. 2006.

BARROSO, L. R. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rf-duerj/article/view/1794/2297>> . Acesso em: 27 jul. 2015

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 63, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2mQO17u>> Acesso em: 27 jul. 2015.

BRUM, G. V. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUCCI, M. P. D. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, C. A. A. **Dimensões do ativismo judicial do stf**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Supremo tribunal federal, política e democracia**. Disponível em: <<http://bit.ly/2mtoQfG>> . Acesso em: 30 jul. 2015.

CAPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CYRINO, A. R. **Direito constitucional regulatório**: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição Econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

FONTE, F. M. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PRZEWORSKI, A. Reforma do Estado: responsabilidade política e intervenção econômica. Tradução Vera Pereira e revisão Argelina Cheibub Figueiredo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 11, n. 32, 1996.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, D. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: NETO, C. P. S.; SARMENTO, D.; BINENBOJM, G. (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, C. P. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, D. (Org.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and institutions. **John M. Olin Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 156, 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1OhQDI4>>. Acesso em: 23 jun. 2015.

VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZIMMERMANN, A. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Função de confiança e cargo comissionado: necessidade e importância na estrutura organizacional estatal

Trust function and commissioned position: necessity and
importance in the state organizational structure

Ronaldo Chadid¹

RESUMO

Este artigo busca destacar a relevância da função de confiança e do cargo comissionado para a Administração Pública brasileira. Para tanto, parte-se da análise da forma de acesso aos cargos, empregos e funções públicas em geral, à luz da legislação pátria. Em seguida, discorre-se sobre a regra de ingresso no serviço público por meio de concurso público. Nesse ponto, alerta-se para o fato de que se faz imprescindível que o conhecimento exigido do candidato, seja qual for sua formação acadêmica, espelhe a prática do exercício laboral no órgão que se pretende adentrar. Aponta-se, também, a distinção entre função de confiança *strito sensu* e cargo em comissão, sendo certo que a primeira deve ser exercida exclusivamente por servidores efetivos e o segundo deve ser preenchido por qualquer pessoa sem concurso público, atendidos os requisitos legais. Por fim, pondera-se que, embora o concurso público seja a forma mais justa e democrática para alcançar o serviço público, é necessário que uma pequena par-

¹ Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul. E-mail: ronaldochadid@tce.ms.gov.br.

cela da estruturação de pessoal seja destinada aos cargos comissionados, respeitados os critérios pessoais (confiança e lealdade) e técnicos (conhecimento e competência).

Palavras-Chave: Função de confiança. Cargo comissionado. Serviço público. Concurso público.

ABSTRACT

This article seeks to highlight the relevance of the trust function and the commissioned position for the Brazilian Public Administration. In order to do so, it is based on the analysis of the form of access to positions, jobs and public functions in general, in the light of the national legislation. Next, there is a discussion about the rule of entering the public service by means of a public tender. At this point, it is necessary to point out that it is essential that the knowledge required of the candidate, regardless of his academic background, reflects the practice of the work in the organ that is intended to enter. It is also pointed out the distinction between the function of trust *strito sensu* and position in commission, being sure that the first must be exercised exclusively by effective servants and the second must be filled by any person without public tender, meeting the legal requirements. Finally, it is considered that, although the public tender is the most just and democratic way to reach the public service, it is necessary that a small part of the structuring of personnel be allocated to the positions commissioned, respecting personal (trust and loyalty) and technical criteria (knowledge and competence).

Keywords: Trust function. Commissioned position. Public service. Public tender.

1 INTRODUÇÃO

Após o descobrimento do Brasil, a instituição das Capitânicas Hereditárias (1534) foi a primeira tentativa da Coroa Portuguesa para colonização da nova terra.

Fidalgos aristocratas leais ao Rei de Portugal receberam a posse perpétua e hereditária dessas capitânicas. Doze capitães-donatários, a maioria conquistadores que lutaram na Índia e na África, foram agraciados com essas terras.² Portanto, não as compraram e nem foram eleitos para governar, mas receberam títulos de capitão e de governador.

Nesse sistema, os portugueses proprietários de terras, ou seja, os donatários, tinham poderes para explorar os recursos naturais e minerais, desenvolver a agricultura e pecuária, doar sesmarias a colonos, escravizar índios, cobrar impostos e exercer o poder político-administrativo e judiciário em sua capitania.

Para o exercício dessa Administração, os donatários podiam nomear funcionários que exerciam funções públicas. Com a hereditariedade abolida em 1759 pelo Marquês de Pombal e o reconhecimento de seu fracasso, sua extinção foi inevitável, o que ocorreu em 28 de fevereiro de 1821, restando um sistema administrativo que dependia das nomeações como base para preenchimento dos cargos públicos, e que continuaram no período pós Independência.

Basta uma leitura, por exemplo, do art. 102, inc. II, da Constituição de 1824, no qual se previa que o Imperador tinha como atribuição a nomeação de magistrados.

Com a proclamação da República, a Constituição de 1891 continuou prevendo a possibilidade de livre nomeação (ex.: art. 18, parágrafo único – no qual se vê que, dentre as

2 BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil**. São Paulo: Objetiva, 2006. p. 2 (coleção Terra Brasilis, v. III)

competências da Câmara do Deputados, estava a de nomear os empregados de sua Secretaria). Historicamente, portanto, a regra foi a livre nomeação para o funcionalismo público.

Somente na Constituição de 1934 é que verificamos a previsão de concurso para membros do Ministério Público Federal, magistratura, magistério oficial e também para funcionários públicos, iniciando-se o processo de inversão à regra de acesso aos cargos públicos, mas sem abolir a possibilidade da nomeação por escolha do gestor.

Na Constituição de 1946 é que oficialmente se prevê a livre nomeação para cargos públicos em razão da confiança, sem a possibilidade de estabilidade, demissíveis *ad nutum* (art. 188, parágrafo único, e art. 222, alínea “a”), deixando expreso o motivo da escolha para os cargos sem concurso.

Na Constituição de 1967, na seção dedicada aos funcionários públicos, dispôs o art. 95, § 2º, que “prescinde de concurso a nomeação para cargos em comissão, declarados em lei, de livre nomeação e exoneração”, procurando limitar esses cargos aos que fossem legalmente reservados.

Tal previsão para os cargos de escolha do gestor se manteve na Constituição de 1988, inicialmente com a seguinte redação prevista no art. 37, incs. II e V:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Com a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, referidos incisos passaram à seguinte redação:

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Portanto, constitucionalmente, o legislador entendeu que os cargos em comissão têm sua importância na estrutura organizacional do ente ou órgão estatal, não havendo que se refutar a possibilidade de sua inserção nos casos, condições e percentuais legalmente determinados.

Sob o aspecto constitucional e legal, mas também sob o aspecto da qualidade e eficiência da realidade de tratamento entre servidores efetivos e comissionados, é que se dispõe a análise do presente trabalho.

2 ACESSIBILIDADE AOS CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES PÚBLICAS

O inciso I do art. 37 da CF estabelece que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que

preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, indicando que todos podem ocupar cargos, empregos e funções públicas. Portanto, *todo brasileiro tem constitucionalmente assegurado, o direito de, por qualquer forma, participar da administração pública, direta ou indireta, mesmo quando ela se apresenta com uma roupagem de pessoa jurídica de direito privado.*³

A lei estabelece alguns critérios de idade (cargos eletivos, como vereador, deputado etc), nacionalidade (Presidente da Câmara dos Deputados e Senado, oficial das Forças Armadas etc), sexo (como no trabalho em carceragem feminina) e formação acadêmica (formação jurídica com registro na Ordem dos Advogados do Brasil para Procurador municipal ou estadual, Defensoria Pública etc) para acesso ao serviço público.

Idade, nacionalidade, sexo e formação acadêmica são critérios estritamente objetivos e que refutam qualquer tipo de dúvida quanto o alcance ou não do quesito legal exigido.

O problema encontra-se no critério capacidade que, de todos, é o que revela o grau de profissionalismo e determina a eficiência da atividade estatal, mas é a que menos é valorizada na escolha e manutenção do servidor.

3 A REGRA DE INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO POR CONCURSO PÚBLICO

O inciso II do art. 37 da CF disciplina duas das formas de ingresso a cargos públicos, identificando primeiramente a regra, por concurso, e em seguida, os de livre escolha e exone-

³ DALLARI, Adilson Abreu. **Regime jurídico dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 28.

ração de comissionados.

Portanto, se de um lado sinaliza que a porta democrática para permitir o acesso aos cargos públicos se dá por meio de concurso, por outro prevê que há casos em que a escolha im-
pessoal deve ser afastada.

Adilson Abreu Dallari⁴ conceitua concurso público como:

um procedimento administrativo, aberto a todo e qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em lei, destinado à seleção de pessoal, mediante a aferição do conhecimento, da aptidão e da experiência dos candidatos, por critérios objetivos, previamente estabelecidos no edital de abertura, de maneira a possibilitar uma classificação de todos os aprovados.

O caráter intransponível da regra do concurso público deve ser aplicado em caso de abuso de poder e desvirtuamento do ingresso ao serviço público, como no ADCT da Constituição do Estado do Acre, que previa a efetivação de servidores públicos estaduais sem concurso público e admitidos até 31.12.1994.⁵

Não somente no Estado do Acre, mas era extremamente comum aos entes e órgãos públicos legitimarem a definitividade do servidor ao cargo público sem a realização de concurso ou pela prática do chamado “concurso interno” para progressão de cargo. Contra essas e outras formas ilegítimas de ingresso ou ascensão é que o concurso público, com ampla e aberta participação, foi clamada à aplicação.

No quadro comparativo abaixo, identificamos a modifi-

⁴ Idem, p. 36.

⁵ OLIVEIRA, Régis Fernandes. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 66-67.

cação da redação originalmente atribuída ao inciso II do art. 37 da CF, que prevê a regra de investidura em cargo ou emprego público:

Redação original da CF/88	Emenda 19/98
a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.	a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego , na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração

O objetivo de uma prova deve ser sempre avaliar a capacidade do candidato para o desempenho do cargo que irá exercer. A despeito dessa premissa, os primeiros concursos realizados na era da nova Constituição não conseguiram estabelecer uma forma de avaliação fundada em critérios objetivos e seguros para assegurar que o futuro servidor público, de fato, reunisse condições mínimas de ingresso.

Os próprios órgãos públicos organizavam e aplicavam as provas, sem nenhum profissionalismo e com questionável lisura do processo do concurso, o que acabou gerando desconfiança da população, especialmente quanto ao sigilo.

Durante os 10 (dez) primeiros anos da Constituição de 1988, a insuficiência de parâmetros (gerais e específicos) para aplicação da regra do ingresso por concurso público levou muitas pessoas ao serviço público sem a devida aptidão ou capacidade para o seu exercício.

Foi necessário que o Constituinte Reformador dissesse

com todas as letras que as provas deveriam ser aplicadas “de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego” para que os concursos públicos passassem a adequar melhor os editais às atividades exigidas.

Criaram-se, assim, organismos especializados na aplicação de provas de concurso. Para alguns cargos públicos as bancas passaram, de fato, a exigir de maneira mais verticalizada o conhecimento específico do candidato, procurando aproximar a teoria da realidade.

Embora as sérias bancas especializadas tenham melhorado muito o processo, evitando a possibilidade de fraudes na elaboração e aplicação das provas, na maioria dos casos, os testes têm sido destinados à avaliação apenas do grau e complexidade da informação (não do conhecimento), quando não raro, privilegiando em demasia a memorização da legislação, já que muitas das questões exigem somente que se lembre na integralidade a redação de artigos, alíquotas, quantitativos e índices como se esses fossem os parâmetros mínimos exigidos para o exercício do cargo (quando de fato não o são). Além disso, diminuiu-se significativamente a possibilidade de recursos, haja vista que, contra a letra da lei, mais difícil é a possibilidade de erro na elaboração e correção da questão.

Não raro, também, encontramos questões de concurso que, embora estejam previstas nos editais e sejam cobradas dos candidatos, nada tem a ver com a realidade que o servidor enfrentará em seu dia a dia. Até mesmo questões atinentes à vivência de outros órgãos são exigidos em concurso para função completamente diversa do cargo em disputa, destoando completamente a exigência da prova do exercício do cargo.

O Brasil preocupou-se demais com a lisura do processo

de realização do concurso, o que é imprescindível para credibilidade estatal, mas deixou que essas bancas especializadas dominassem o seu conteúdo, haja vista que nos editais o rol de matérias e temas é o mais amplo possível, o que tem feito com que os questionamentos elaborados e aplicados contrastem com o conhecimento necessário para o exercício do cargo.

Assim, criou-se no Brasil há mais de duas décadas a profissão de “concurseiro”, principalmente nas áreas jurídicas, em que de cada 10 (dez) alunos, 8 (oito) a 9 (nove) estudam para concurso. Percebe-se que o estudo é para “concurso”, e não exatamente para magistratura federal ou estadual, promotoria federal ou estadual, fiscal de rendas, auditor ou analista desse ou daquele órgão.

O que tem atraído a maioria dos candidatos ao serviço público é essencialmente a estabilidade e a remuneração. A identificação com o trabalho, com a carreira e com os objetivos do órgão público vem em segundo plano em boa parte das vezes, o que tem justificado muitos servidores de um órgão optarem por outro que lhe pague mais, após submetido a mais um teste recheado, em boa parte, de questões de memorização.

Não vale mais a formação acadêmica, mas apenas memorizar e “estudar o jeito das bancas examinadoras” formularem as questões. Engrossam as fileiras da profissão de concurseiro, outras áreas, afins ou não com o desempenhado pelo órgão a que o candidato se submete à prova de ingresso. Tal fenômeno não é de todo ruim ou criticável, uma vez que não se pode subestimar a capacidade e determinação que move uma pessoa escolher outra profissão tão diferente de sua formação e nela adaptar-se. Mas daí a afirmar que essa readaptação seja regra seria igualmente leviano.

Se estuda, portanto, a banca examinadora, e não as funções e atividades do órgão público no qual se almeja o ingresso. As atividades e funções exercidas pelos órgãos são apenas apresentados aos candidatos após a posse no serviço público, a partir da qual o agora servidor vai se “dar conta” do papel e do trabalho que desempenhará.

Não se quer aqui abolir o concurso público. De forma alguma. Este continua sendo a forma mais justa, correta e democrática para o ingresso no serviço público e deve ser mantida como regra da esmagadora maioria dos cargos e empregos públicos. Mas, com toda certeza, a forma como que vem sendo utilizada ainda não atinge o objetivo de selecionar os mais aptos, capacitados e que guardem afinidade laborativa para o exercício da função pública escolhida.

Na iniciativa privada, muitos seriam demitidos nos primeiros meses de trabalho. No serviço público, tolera-se que a adaptação e os obstáculos sejam superados pelo servidor em um espaço de tempo maior e assim, somente uma falta grave cometida é que pode levar à demissão, e ainda assim, após um desgastante processo administrativo, o que acaba por manter muitos servidores sem a competência, o comprometimento e a afinidade necessária para continuidade da prestação laborativa, comprometendo de alguma forma o serviço público ofertado à população.

É necessário que o conhecimento exigido do candidato, seja qual for sua formação acadêmica, espelhe a prática do exercício laboral no órgão que se pretende adentrar. De igual forma, testes de capacidade e de identificação do grau de afinidade e comprometimento precisam ser aplicados rigorosamente, seja antes do ingresso, durante o estágio probatório, e ao longo de toda carreira do servidor, guardados obviamente aspectos físi-

cos e psicológicos pertinentes a cada etapa que a vida impõe.

É imprescindível também que os órgãos públicos implementem políticas de gestão para que o servidor não se acomode e procure novos desafios para o aprimoramento e a apresentação de melhores resultados.

Deve ocorrer também na política de gestão uma democratização da participação do servidor, a implementação gradual de melhores condições de trabalho, incluindo a remuneratória para evitar a evasão, e a utilização de mecanismos de transmissão continuada de conhecimento e que levem os servidores mais antigos a repassarem sua experiência para os mais novos em atenção ao princípio da continuidade que deve permear a Administração Pública, não somente no aspecto externo, mas internamente, mantendo a informação e a atividade laborativa em constante atualização e evolução.

Há ainda no serviço público um longo processo de aprimoramento de suas atividades e de sua gestão interna, que sejam capazes de diminuir o abismo de eficiência que existe quando comparado com a iniciativa privada.

Isso se justifica porque que nem todo ingresso no serviço público deve ser realizado por concurso. Uma parcela residual deve ser reservada, conforme prevê a Constituição, a outras formas de acesso, como do cargo comissionado, em maior ou menor número, conforme a necessidade e características do órgão e a natureza transitória e precária do trabalho a ser exercido.

4 FUNÇÕES DE CONFIANÇA E CARGOS COMISSIONADOS

Cargos, no conceito de Celso Antonio Bandeira de Mello⁶, “são as mais simples e indivisíveis unidades de competência a serem expressadas por um agente, previstas em número certo, com denominação própria, retribuídas por pessoas jurídicas de Direito Público e criadas por lei”. Assevera Marçal Justen Filho⁷ que “cargo público é uma posição jurídica no sentido de decorrer de um conjunto de normas criadoras de competências públicas, direitos e deveres, requisitos de investidura e condições de desempenho”.

E como bem já observava Themístocles Brandão Cavalcanti⁸, “o cargo não desaparece quando vago. Ele é criado pela lei e de acordo com as disposições orçamentárias”.

Portanto, cargo é uma célula, um lugar dentro da organização funcional da Administração Pública que, ocupado por servidor público, tem funções específicas e remuneração fixadas em lei ou diploma a ela equivalente, integrando o quadro funcional que espelha o quantitativo que compõe a sua estrutura de pessoal⁹.

Já função pública, segundo Bandeira de Mello¹⁰, “são plexos unitários de atribuições, criados por lei, correspondentes

6 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 259.

7 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 594.

8 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. v. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948. p. 128.

9 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 542-543.

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 260.

a encargos de direção, chefia ou assessoramento, a serem exercidas por titular de cargo efetivo, da confiança da autoridade que as preenche”.

Antes da Constituição de 1988, a função abrangia os chamados servidores extranumerários que não eram inclusos no quadro regular de funcionários, formando um grupamento acessório, modificável por decreto, e recrutados por designação, admissão ou contratação precárias, sem estabilidade¹¹. Compunham um quadro de funções paralelo ao quadro de cargos, no qual essas funções tinham a mesma designação, remuneração e atribuições dos cargos correspondentes, porém livres para preenchimento pela autoridade, burlando o concurso público.¹²

Na Constituição de 1988, as funções podem ser exercidas por servidores contratados temporariamente com base no art. 37, inc. IX, ou seja, para atendimento excepcional, para qual não se exige concurso público, e as funções de natureza permanente, correspondentes a chefia, direção e assessoramento e que, em geral, são funções de confiança de livre provimento e exoneração e preenchidos por servidores efetivos. Isso afastou a possibilidade da criação de função (permanente) sem cargo, corrigindo uma antiga distorção de ingresso no serviço público.

Outro importante aspecto sobre o delineamento constitucional das funções e cargos públicos ainda se encontra na leitura do inciso I do art. 37, que necessita ser esclarecida. Observa-se que referido inciso trata da acessibilidade a *cargos, empregos e funções* enquanto que no inc. II a menção se faz

11 ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 283.

12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 665.

apenas a *cargos e empregos*.

Numa desavisada interpretação literal da Constituição, poder-se-ia imaginar que o administrador criaria funções independente de cargos e empregos. Conforme bem ensina Dallari,¹³

a manifestação inequívoca de vontade que emerge do texto constitucional é no sentido de que estão vedadas admissões, contratações ou nomeações livres, salvo nos casos expressamente previstos no próprio texto, ou de impossibilidade de utilização de processos seletivos, deixando inequívoco que não mais é possível a criação de funções não correspondentes a cargos e empregos existentes.

Já em relação à redação original do inciso V do art. 37 da Constituição Federal, trazia-se uma descrição imprecisa, não diferenciando cargo de função:

V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei.

Com isso, uma interpretação literal levava à conclusão de que, tanto os cargos em comissão quanto as funções de confiança não necessariamente haveriam de ser ocupados por servidores efetivos.

Com a Emenda Constitucional n. 19, de 1998, referido inciso passou à seguinte redação:

V - as funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servi-

13 DALLARI, Adilson Abreu. **Regime jurídico dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 39.

dores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento.

Portanto, corrigindo uma distorção em favor dos servidores efetivos e indicando uma das distinções entre cargo e função foi possível afirmar: funções são exercidas; cargos são preenchidos.

Dessa forma, ensina Dallari¹⁴ que:

Fica também perfeitamente claro que não mais é possível a criação de funções não correspondentes a cargos ou empregos, ou, pelo menos, não relacionados a cargos e empregos existentes. Ou seja, a função somente pode compreender dois significados: a) conjunto de atribuições inerentes a um determinado cargo ou emprego; b) conjunto de atribuições especiais, extraordinários, cujo volume não justifica a criação de cargo ou emprego e que, por isso mesmo, pode ser conferido a quem seja funcionário ou empregado, mediante uma retribuição adicional. Isto é o que se denomina de função gratificada.

Definida a diferença entre cargo e função, podemos traçar as características comuns e os pontos de divergência entre funções de confiança e cargos comissionados.

Cumpra salientar que existe uma divergência na utilização da terminologia funções de confiança, ora como gênero, ora com espécie. *Função de confiança* é o gênero, donde cargos em comissão e função de confiança *stricto sensu* (função gratificada ou função comissionada) são espécies.¹⁵

Ambos possuem em comum três fatores: a) a escolha pelo

14 Idem, *ibidem*.

15 BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: uma abordagem constitucionalmente adequada. **Revista TCEMG**, jan/mar 2012. p. 46.

nomeante por critério baseado principalmente na **confiança**; b) serem precários, isto é, que podem ser destituídos a qualquer tempo; c) destinar-se a atividades de direção, chefia e assessoramento.

Portanto, se a **confiança** é elemento comum entre a função de confiança *stricto sensu* e o cargo em comissão (espécies), entendemos que existe a designação “função de confiança” em sentido *lato* (geral ou genérico).¹⁶

Na prática, sendo as funções de confiança, em sentido *lato*, de livre escolha e nomeação do órgão nomeante, à semelhança do método já existente em outras épocas históricas, faz depender o êxito do preenchimento, mais das qualidades do nomeante, que deve ser condizente com o interesse público, para que não haja desvios e afronta aos princípios constitucionais¹⁷.

Temos que, para as funções de confiança *stricto sensu* o exercício é exclusivo (e não privativo) de servidores efetivos, excluindo-se portanto, qualquer hipótese de preenchimento por não integrantes da carreira. Isso porque se refere ao conjunto de atribuições de responsabilidade, acima da exigida pela carreira, mas que não justifica a criação de cargo ou emprego, pelo que deve ser preenchida por servidores ou empregado públicos mediante uma gratificação ou retribuição adicional.

Tais funções de confiança *stricto sensu* não se referem a funções temporárias, mas às funções permanentes atribuídas a servidor de cargo efetivo¹⁸, ou seja, para os concursados.

16 Diverge desse posicionamento Marçal Justen Filho que entende que função de confiança consiste na ampliação das atribuições de um cargo de provimento efetivo e que não se admite o conferimento de tal benefício ao ocupante de cargo em comissão. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 607.

17 BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: uma abordagem constitucionalmente adequada. **Revista TCEMG**, jan/mar 2012. p. 50.

18 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 52.

Outra característica é que a confiança depositada no servidor efetivo para o exercício da função de confiança *stricto sensu* se encontra mais próxima da relação com o Estado e sua missão institucional e não tanto com o nomeante¹⁹. Portanto, a função que constitui um *plus* tem a ver com a qualidade técnica do serviço prestado.

Já nos cargos em comissão, além do comprometimento com as diretrizes e princípios que regem a Administração Pública, existe uma fidelidade às diretrizes estabelecidas pelo nomeante em razão da estreita e pessoal confiança por este depositada no comissionado para o preenchimento do cargo²⁰.

É necessário entender que, para determinadas atribuições de direção, chefia e assessoramento, as convicções e entendimentos pessoais ultrapassam as questões técnicas e devem ser realizadas de acordo com as orientações e ordens do hierárquico superior. Nas funções de confiança *stricto sensu* as ordens superiores estão direcionadas ao *modus operandi*, sendo consideradas não ordenamentos, mas instruções que impulsionam o serviço público, tornando-os mais eficientes.

Nos cargos comissionados, os ditames tem a ver com o mérito do comando a ser executado, uma vez que seus ocupantes, de certa forma, tornam-se a extensão do nomeante. Portanto, a relação de confiança é muito mais pessoal, pois a expressão do comportamento e dos atos praticados se encontram diretamente relacionados às ordens do nomeante, destituindo os comissionados de vontade própria quando houver divergência de opinião sobre o comando a ser executado. Obviamente,

19 BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: uma abordagem constitucionalmente adequada. **Revista TCEMG**, jan/mar 2012. p. 47.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 475.

excetuam-se os casos de requerimentos ilegais ou ilícitos que não devem ser executados, seja qual for a função de confiança exercida ou ocupada.

Logicamente que os cargos comissionados devem ser preenchidos por aqueles que, além da confiança pessoal, detêm conhecimento técnico que possa contribuir com o nomeante em atribuições de direção, chefia ou assessoramento. A mera escolha por atributos puramente pessoais destoa de qualquer legalidade e pode constituir burla ao ingresso no serviço público, assim como o desvio de atribuições para realização de atividades que sejam idênticos à atividade fim exercida pelos servidores efetivos. Nesse ponto é necessário que não haja confusão de interpretação. Toda atividade inclui a realização de etapas que podem ser exercidas por diversos servidores, efetivos ou não. É apenas na exclusiva parte em que a diferenciação se caracteriza de modo definitivo que devemos analisar a realização ou não de atividade fim por servidor efetivo para caracterização ou não do desvio.

Diferencia ainda as funções de confiança em razão da precariedade e temporariedade. Ambos são de livre nomeação e exoneração *ad nutum*, ou seja, a qualquer tempo e, em regra, sem qualquer motivação. Porém, nas funções de confiança *stricto sensu* a destituição da função não implica demissão do cargo, pelo que o servidor, por ser efetivo, não perde essa qualidade, voltando ou sendo realocado para o exercício do cargo anterior. Já nos cargos comissionados, a exoneração implica o afastamento definitivo do serviço público, seja por perda total da utilidade do cargo exercido, seja pela perda total da confiança inicialmente estabelecida quando da nomeação que, no entender do nomeante, constitui em falta pessoal grave.

Em suma, comparativamente, podemos indicar as semelhanças e diferenças entre funções de confiança *stricto sensu* e cargos em comissão:

Quadro comparativo	
Funções de confiança <i>stricto sensu</i>	Cargos em comissão
São exercidas	São preenchidas
Exclusivamente por servidores efetivos. Com concurso público	Preenchidas por qualquer pessoa, sem concurso público, ressalvado o percentual previsto em lei para servidores de carreira
Não ocupam o quadro de servidores uma vez que são exercidos por servidores já efetivos	Ocupam o quadro de servidores da estrutura administrativa
Destinam-se a atribuições de direção, chefia ou assessoramento	Destinam-se a atribuições de direção, chefia ou assessoramento
São de livre nomeação e exoneração	São de livre nomeação e exoneração
A exoneração implica no afastamento do exercício da função e não do cargo	A exoneração implica no afastamento definitivo do serviço público
Escolha por critério de confiança primeiramente profissional e depois pessoal	Escolha por critério de confiança primeiramente pessoal e depois profissional
As atribuições são de responsabilidade profissional em relação ao Órgão.	As atribuições são de responsabilidade profissional e pessoal (em relação à execução do serviço em nome do superior hierárquico)
A remuneração implica num <i>plus</i> ao do cargo exercido	A remuneração é própria, fixada em relação ao cargo ocupado
Sendo função permanente, a exoneração do nomeado não implica na extinção da função	A exoneração do cargo não implica na sua extinção por integrar a estrutura da Administração

5 DA IMPORTÂNCIA DA MANUTENÇÃO DAS FUNÇÕES DE CONFIANÇA *STRITO SENSU* E DOS CARGOS COMISSIONADOS

Conforme já exposto, os cargos em comissão consubstanciam-se em um complexo unitário de competência, que corresponde a verdadeiras unidades na organização funcional da Administração, com denominação, retribuição e atribuições próprias de direção, chefia e/ou assessoramento, para ser provido por titular na forma estabelecida legalmente, ocupando lugar no quadro funcional.

Diante da utilização feita no Brasil do concurso público e das características que diferenciam a manutenção do servidor público do particular, não há que se renegar a um segundo plano os cargos comissionados na estrutura de pessoal dos órgãos públicos.

A Emenda Constitucional 19/98 manteve no inciso II do art. 37 da CF a necessidade de exigência legal para previsão dos cargos comissionados, conforme se verifica do quadro anterior, o que significa que a sua criação e modificação dependem de aprovação legislativa, não podendo ser realizado por outra espécie normativa de natureza inferior.

Isso porque os cargos comissionados, assim como os demais, integram a estrutura do órgão na contagem dos postos de trabalho à disposição para preenchimento.

Não se pode olvidar o fato dos comissionados, pelo dever de lealdade ao órgão e a estrita confiança que gozam do nomeante, em sua maioria, sentirem-se no dever de mostrar muito mais eficiência, esforçando-se ainda mais para justificar o porquê de serem merecedores do cargo que ocupam. Cada dia, portanto, é dia de teste, em que situações de insubordinação, expressa ou velada, são mínimas, uma vez que a demissão pode ser aplicada

ad nutum. Isso muitas vezes justifica o fato dos comissionados atenderem sobremaneira o código de disciplina e ética do órgão por representarem, mais que a instituição a que são vinculados, o nomeante que lá os colocou.

É comum aos concursados, passado o estágio probatório, e atingido a condição de efetivos, portanto, estáveis, deixarem de apresentar o mesmo desempenho que os motivavam a buscar o aperfeiçoamento e a eficiência na execução de seu serviço. Passado esse período, ultrapassada a barreira da instabilidade, é natural do ser humano acomodar-se, já que não há mais a pressão da avaliação contínua de seu desempenho para o alcance da tão esperada estabilidade.

Nesse período do estágio probatório, o nomeado por concurso é submetido a uma bateria de quesitos importantes para o desenvolvimento de sua atividade no órgão: pontualidade e assiduidade, disciplina e zelo profissional, iniciativa e presteza, qualidade e produtividade do trabalho, relacionamento interpessoal, temperamento e caráter, capacidade de relacionamento e atendimento ao público, respeitabilidade e subordinação, lisura e honestidade, conhecimento e capacidade de aperfeiçoamento, são alguns dos itens em avaliação nesses três anos.

Ao encerrar esse período o nomeado passa a ser efetivo, “tirando um peso” de suas costas por conseguir atingir uma avaliação satisfatória de seus superiores. Esquece-se, no entanto, que as mesmas qualidades almejadas na época do estágio probatório deveriam ser contínuas, e não apenas uma exigência de apenas três anos de duração. O que tem ocorrido em alguns casos é que todos os quesitos do estágio probatório acabam no transcurso da atividade por serem abandonados parcialmente, não importando manter a eficiência que outrora lhe concedera a estabilidade.

Não é o caso dos comissionados, seja para que idade for e o tempo de experiência que desfrute. Para eles, todos os dias são dias de avaliação contínua enquanto se mantem no órgão vinculado, e diuturnamente precisam mostrar e provar seu valor, pois gozam da confiança do nomeante que pode exigir com mais rigor eficiência e presteza em sua atividade, para não tornar possível uma demissão *ad nutum*. Na maioria das vezes não tem direito a remoção, cedência, abonos, ou até mesmo aos descansos previstos em lei, como licenças e compensação pelos dias trabalhados em eleição por estarem trabalhando em função de confiança, e como tal, imprescindível para o desempenho das atividades do próprio nomeante.

Nas épocas de greve do serviço público, dela não participam os comissionados que continuam a permanecer em suas fileiras, mantendo operante várias atividades estatais e essenciais.

Sob outro aspecto, não se vê com tanta frequência comissionados falando mal do órgão onde exercem sua atividade ou de seus superiores, ao contrário dos concursados que, sob o manto da intocabilidade, se veem abertamente criticando o próprio local de trabalho ou seus superiores, sem que disso merecidamente resultasse em reprimenda ou em processo ético e/ou disciplinar.

Essa é a realidade no serviço público no Brasil em muitos dos órgãos da Administração Pública, direta ou indireta. É injusto, portanto, endemonizar os comissionados diante da realidade em que vive o serviço público no país. Justo e importante é o papel que podem prestar os comissionados, quando o cargo é preenchido de modo a privilegiar tanto a confiança quanto o profissionalismo.

Nessa esteira, temos exemplo do próprio Supremo Tribunal Federal que, por meio do Projeto de Lei nº. 5382/2013,

encaminhado ao Congresso Nacional, objetivou a criação de 33 (trinta e três) cargos em comissão e 90 (noventa) funções de confiança com a justificativa de que o Tribunal havia promovido reorganizações administrativas que aceleraram o processamento judicial, aumentando o número de processos afetos a cada Ministro e, tendo tal modernização demandado a lotação de mais servidores nos Gabinetes para realização de análise processual, de pesquisa doutrinária e de jurisprudência, de seleção de acórdãos e de todas as outras questões decorrentes da atividade interna dos Gabinetes, necessitava do trabalho de servidores cada vez mais instruídos e capacitados para o trabalho, para a melhoria da prestação jurisdicional e alcance de resultados mais céleres para a sociedade.

Assim considerado pelo Poder Legislativo Federal, foi aprovada a Lei 13.029, de 24 de setembro de 2014, criando os cargos e funções acima mencionados, condicionados à expressão autorização em anexo próprio da lei orçamentária anual, e com dotação específica e suficiente para os provimentos autorizados, nos termos do §1º do art. 169 da CF.

Portanto, muito embora o concurso público seja, constitucionalmente, a forma de ingresso mais democrática, ela não significa que o modelo escolhido pelo Poder Público seja o mais eficiente. A menção na Constituição Federal pelo modelo de “provas” ou “provas e títulos”, de maneira aberta, sem mencionar os requisitos mínimos de acesso e manutenção ao cargo, tornou a porta de entrada no serviço público uma disputa, na sua maioria, de memorização, e não de raciocínio, ou pior, em que não se mede a aptidão para o serviço a ser desenvolvido.

Com a indústria criada em torno dos concursos públicos, “concurseiro” tornou-se quase que uma profissão. Há centenas,

senão milhares de brasileiros que não se dizem mais bacharéis em Direito, em Contabilidade, em Engenharia, em Pedagogia, em Psicologia; mas sim “concurseiros” profissionais. Daqueles que escolhem o serviço público não por ser reconhecidamente a profissão que melhor se encaixe em seu perfil profissional, mas porque oferece condições remuneratórias irredutíveis e estabilidade quase que intocável. Basta que se observe o direito de greve dos servidores públicos que não ficam sujeitos a desconto ou a perigo de demissão sem justa causa, bem como pela rara existência, quase nula, de casos de processos éticos ou disciplinares que resultem em demissão do servidor público.

Tal binômio, irredutibilidade salarial e proteção do trabalho, é que, na sua maioria, tornam atrativo o serviço público, e não o idealismo da atividade que se presta a desenvolver.

É fácil, portanto, defender a legitimidade e legalidade da regra concursal, sem se levar em conta a eficiência do modelo estatal de seleção e de manutenção no serviço público que deveria ser mais longa (com provas de múltipla escolha, escritas, orais, psicológicas, técnicas, aplicadas de maneira contínua e rigorosa), como exigido dos comissionados que, além da instabilidade de emprego, lhe são ordenados a capacitação e o aperfeiçoamento intelectual, muitas vezes às suas expensas.

Há instituições de ensino que angariam, mediante concurso, doutores ou pós-doutores entre servidores de seu quadro, mas que não possuem vocação nenhuma para sala de aula. Assim, ainda que não consigam desenvolver a contento o raciocínio e a técnica em seus alunos, embora a transmissão do conhecimento seja um dos objetivos na contratação de professores, os doutores não perderão seus empregos. Isso porque, além da transmissão do conhecimento, a contribuição pela pesquisa e por novos co-

nhcimentos também fazem parte de suas funções. Isto é uma das características que distingue a estabilidade no serviço público da iniciativa privada, já que neste se exige o integral desempenho das atividades para a qual o funcionário foi contratado.

Não se está aqui a levantar a bandeira pelo fim dos concursos. Longe disso. Defende-se incondicionalmente o concurso como regra para o ingresso no serviço público, mas não como único e incondicional meio para tanto, diante do quadro e da realidade que se apresenta.

O que se quer por à reflexão é que, no modelo estatal amplamente adotado pelo Poder Público na seleção e manutenção de servidores, tanto concursados quando comissionados tem sua importância e sua função, não se podendo afirmar que concursado seja muito mais eficiente ou mais capacitado que comissionado, e vice-versa.

O ingresso de servidores públicos exclusivamente por concurso não é símbolo de eficiência, assim como por cargos em comissão também não o são, se encobertos aqueles por uma simples prova de informação e de memorização, e estes pelo manto do clientelismo puro e pessoal em sua escolha.

Destarte, tanto cargos comissionados quanto funções de confiança tem sua importância na estrutura da Administração Pública.

Conforme verificado acima, ambos têm características semelhantes e distintas que tornam o seu exercício e ocupação imprescindíveis à Administração Pública, obviamente, se bem nomeados pelos gestores. Os históricos de apadrinhamentos por simples critério pessoal, tanto para funções de confiança *stricto sensu* como para cargos comissionados devem continuar a ser rechaçados e eventuais desvios de atribuições também devem ser repelidos. De igual forma, o excesso desproporcio-

nal na criação de cargos em comissão e o desrespeito aos percentuais mínimos de acesso pelos servidores efetivos também devem ser combatidos.

No entanto, querer abolir integralmente os cargos em comissão significa comprometer o funcionamento da Administração Pública que necessita de pessoas da confiança pessoal do nomeante e que possam refletir a opinião deste, uma vez que muitas de suas atitudes são realizadas em seu nome.

6 CONCLUSÃO

As regras de ingresso no serviço público, principalmente no século XX, sofreram inúmeras alterações.

Principalmente durante e logo após a ditadura militar, o serviço público não era atrativo para a maioria da população, uma vez que reinava a baixa remuneração e a inexistência de uma carreira com planos de cargos definidos por lei. Assim, o serviço privado era mais atraente, seja pela oferta, seja pelas melhores condições de trabalho apresentadas. Aliado a isso, o mercado de trabalho para as mulheres era muito escasso, uma vez que elas mais se dedicavam aos afazeres domésticos e raramente o serviço público era mantido pelo trabalho feminino, exceto em cargos de menor complexidade.

Com a nova era republicana e a expansão da independência feminina houve a necessidade da democratização do acesso ao serviço público. Aliado a isso, a profissionalização, a impessoalidade, a remuneração e a estruturação em carreiras mais consolidadas e regulamentadas foram fatores que contribuíram para a modificação das regras de ingresso na Adminis-

tração Pública, antes viciada em apadrinhamentos e em escolhas meramente pessoais.

A remuneração e a estabilidade, principalmente no Brasil, que de tempos em tempos vivencia uma crise política e/ou econômica, atraíram sobremaneira o interesse pelo serviço público.

O agigantamento das funções públicas, a necessidade da tomada de decisões pelo gestor, e sendo impossível a sua onipresença, tornam os cargos comissionados essenciais para a própria eficiência do Estado. Não fossem eles, não seria possível, por exemplo, aos diversos Tribunais e Procuradorias pelo país darem conta de decidir tantos processos ou emitir tantos pareceres. De igual forma, não seria possível para a Administração Pública direcionar suas ações em prol da eficiência do setor público.

Logicamente, a maior parte da máquina estatal precisa ser conduzida por servidores permanentes e que possam dar continuidade ao serviço público sem que a troca de gestão implique a modificação ou paralisação da atividade estatal.

No entanto, uma parcela do funcionalismo público necessita ser preenchida por servidores em cargos em comissão, uma vez que o nomeante precisa se assegurar de que as ordens e entendimentos pessoais sejam cumpridos por pessoas de sua confiança. Para tanto, a Constituição Federal acertadamente destinou essas vagas para atribuições de direção, chefia ou assessoramento, justamente para que, por meio dessas atividades, muitas vezes de cunho decisório, pudessem ser realizadas por terceiros, que agem muitas vezes em nome daquele que os nomeou.

Dessa forma, tanto os servidores efetivos que exercem funções de confiança *stricto sensu* quanto os servidores precários que exercem cargos em comissão têm um importante e primordial papel a desempenhar a bem do serviço público, que possa

ser, tanto quanto possível, impessoal, por meio do acesso por concurso público, quanto por ingresso por escolha pessoal e técnica do nomeante, como dos cargos comissionados.

REFERÊNCIAS

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

BORGES, Maria Cecília. Das funções de confiança *stricto sensu* e dos cargos em comissão: uma abordagem constitucionalmente adequada. **Revista TCEMG**, jan/mar 2012.

BUENO, Eduardo. **Capitães do Brasil**. São Paulo: Objetiva, 2006. (coleção Terra Brasilis, v. III)

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. v. III. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime jurídico dos servidores públicos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed.

São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Servidores públicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

Necessidade de controle dos benefícios tributários

Need to control tax benefits

Michel André Bezerra Lima Gradvohl¹

RESUMO

Instrumentos na busca de atração de investimentos que promovam desenvolvimento econômico e social, os benefícios tributários não têm sido objeto do mesmo nível de atenção que outros elementos das finanças públicas. O ordenamento jurídico brasileiro apresenta normas claras quanto ao acompanhamento dos efeitos desses benefícios sobre o desejado equilíbrio fiscal, além de determinar a motivação dos atos que concedem vantagens tributárias as quais podem trazer efeitos maléficos para a sociedade, tais como aumento da desigualdade e da corrupção. Sendo de natureza fiscal ou extrafiscal, os objetivos a serem alcançados através de benefícios tributários precisam ser dispostos em metas claras, facilmente aferíveis e em conformidade com os valores afirmados pela Constituição de 1988. A efetiva fiscalização, pela sociedade e órgãos de controle, do deferimento e execução dos benefícios tributários é fundamental para que estes sejam utilizados para o bem comum.

Palavras-Chave: Benefícios tributários. Efeitos maléficos. Metas. Fiscalização.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Conselheiro do Contencioso Administrativo Tributário do Estado do Ceará. Auditor Fiscal da Receita Estadual do Ceará. E-mail: michel.andre07@gmail.com

ABSTRACT

Instruments on the search of attraction of investments that promote economic and social development, tax benefits have not been object of the same level of attention as other elements of the public finances. The Brazilian legal order presents clear norms on the monitoring of these benefits' effects on the wanted fiscal balance, besides setting the motivation of the acts that grant tax advantages which may bring malefic effects to the society, such as the increase of inequality and corruption. Being of fiscal or extra fiscal nature, the objects to be reached through tax benefits need to be organized in clear goals, easily measured and in conformity with the values affirmed by the Brazilian Constitution of 1988. The effective monitoring by the society and the control agencies, by the approval and the execution of tax benefits is fundamental for these to be used for the common good.

Keywords: Tax benefits. Malefic effects. Goals. Monitoring.

1 INTRODUÇÃO

Os benefícios tributários têm sido utilizados pelos diversos entes estatais como instrumento para seu desenvolvimento econômico e social.

Várias são as críticas ao seu uso. A mais comum é por serem deferidos em desacordo com a Constituição, sobretudo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em razão de não ter o apoio unânime dos membros do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), gerando uma "guerra" fiscal entre os entes.

O fato é que muitos empreendimentos têm buscado regiões brasileiras menos desenvolvidas, com menor mercado consumidor e infraestrutura mais precária em razão, principalmente, das vantagens tributárias. Não se pode negar sua importância para essas regiões.

Contudo, esses benefícios também são concedidos pelos entes mais desenvolvidos da federação brasileira. Nos últimos anos, seu uso está em franco crescimento. O volume de recursos envolvidos em todas as situações é de grande monta, repercutindo em diversas frentes.

Ademais, em momentos de crise econômica, como o atual no Brasil, sobretudo as que são causadas ou reforçadas por graves desequilíbrios das contas públicas, a gestão das despesas e das receitas públicas adquirem importância ainda maior, não devendo ser elidido nenhum aspecto relevante das finanças públicas.

Apenas esses pontos parecem já ser suficientes para justificar a urgência de aprofundar os estudos sobre os benefícios tributários, no sentido de verificar diversas nuances que podem influenciar o uso eficiente dessa importante ferramenta de desenvolvimento e de diminuição das disparidades regionais.

2 CONCEITOS INICIAIS

Apesar de não haver um significado único para cada termo ou expressão nas línguas contemporâneas, é possível estabelecer seu significado em determinado contexto.

Para que haja uma completa compreensão do tema aqui abordado, faz-se necessário compreender bem as distinções entre expressões que podem até mesmo ser utilizadas coloquialmen-

te como sinônimos, mas cujas peculiaridades as perfazem diferentes. Referimo-nos às expressões “benefício fiscal”, “benefício tributário”, “benefício creditício”, “incentivo tributário” e “alívio tributário” em sua aplicação pelo direito tributário e financeiro.

2.1 Benefícios fiscais e benefícios tributários

A Constituição Federal, mais precisamente a Subconstituição Financeira, no artigo 165, § 6º, estabelece que o “projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”, denotando haver diferenças entre esses três modelos de benefícios fiscais.

Benefícios financeiros são, conforme o Tribunal de Contas da União (TCU) (s/d), “desembolsos realizados por meio de equalizações de juros e preços, bem como assunção de dívidas decorrentes de saldos de obrigações de responsabilidade do Tesouro Nacional, cujos valores constam do Orçamento do Ente”.

Quanto aos benefícios creditícios, estes são gastos realizados por meio de programas oficiais de crédito, constituídos por meio de fundos ou programas, oferecendo uma taxa de juros menor que a oferecida no mercado comercial ou mesmo abatimento no valor principal do mútuo realizado. Conforme o TCU (s/d), de modo geral esses recursos são destinados ao financiamento de atividades produtivas voltadas para o desenvolvimento regional e social, bem como para apoio a determinados setores da economia.

No que se refere aos benefícios tributários, a Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011, (BRASIL, 2011, s/p) os define

em seu artigo 89, §2º, como

gastos governamentais indiretos decorrentes do sistema tributário vigente que visem atender objetivos econômicos e sociais, explicitados na norma que desonera o tributo, constituindo-se exceção ao sistema tributário de referência e que alcancem, exclusivamente, determinado grupo de contribuintes, produzindo a redução da arrecadação potencial e, conseqüentemente, aumentando a disponibilidade econômica do contribuinte.

Isso mostra que são de maneira geral renúncias de receitas tributárias².

Apesar de todos os modelos de benefícios fiscais elencados proverem repercussão na atividade financeira do Estado e da sociedade, neste trabalho o foco principal será nos benefícios tributários, o que não elide a possibilidade de algumas das situações e conclusões aqui dispostas serem aplicadas, realizadas as devidas adaptações, aos demais modelos de benefícios fiscais.

A expressão “benefícios tributários” possui significado amplo, englobando todo e qualquer tratamento diferenciado que propicie menor ônus tributário a um contribuinte ou responsável. Esse favorecimento pode ocorrer tanto na obrigação tributária principal quanto nas obrigações acessórias.

Os incentivos tributários e os alívios tributários são espécies de benefícios tributários, mas não encerram todo o conjunto destes. Existem benefícios tributários *stricto sensu* que se apresentam como meras compensações por uma situação inicialmente desigual e desfavorecida do destinatário da nor-

2 Conforme a Lei Complementar nº 101/2000, art. 14, § 1º, a renúncia de receitas “compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondem a tratamento diferenciado”.

ma concessiva, como exemplifica a isenção do imposto de renda a quem é portador de moléstia grave, nos termos da Lei nº 7.713/1988 (BRASIL, 1988).

2.2 Incentivos tributários

Estes benefícios são estreitamente vinculados ao conceito de extrafiscalidade que pressupõe função não apenas arrecadatória aos tributos - a função fiscal - em determinadas situações. A função extrafiscal dos tributos é, em sucinta definição, interferir em outros domínios, tais como o econômico e o ambiental, buscando incentivar um comportamento dos seus destinatários que deve resultar em determinados objetivos específicos. Pode ocorrer que a atividade extrafiscal acabe por resultar no aumento da arrecadação do tributo, mas esse é um efeito colateral, não essencial nas decisões de conceder o incentivo.

Portanto, segundo a doutrina dominante (BOMFIM, 2015), a nota de distinção desta espécie de benefício tributário costuma ser a definição de resultados específicos a serem atingidos através do favor tributário.

2.3 Alívio tributário

Refere-se à redução geral de exigências tributárias então vigentes decorrente, por exemplo, de redução das alíquotas de determinado tributo ou de anistia de multas até determinado valor. Essa espécie de benefício tributário não busca, necessariamente, beneficiar a determinado contribuinte, ou grupo de contribuintes, nem estimular um comportamento específico.

3 OBJETIVOS DOS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS

Como já referido, os incentivos tributários são concedidos buscando influenciar o comportamento da sociedade, ou parte dela. Por exemplo, uma norma que concede isenção de ICMS nas aquisições de equipamentos de mini e micro geração de energia solar tem como objetivo aumentar a geração de energia elétrica por meio dessa fonte, que por ser renovável é de relevante interesse para a sustentabilidade da sociedade. É verdade que pode haver algum aumento de arrecadação desse tributo através do incremento dos serviços de transporte desses equipamentos e da comercialização de energia elétrica, mas essa não é a motivação para o surgimento desse benefício tributário.

Contudo, não se pode deixar margem para confusões. Não é somente nos casos de incentivos tributários que existem objetivos a serem alcançados. Qualquer benefício tributário precisa ter objetivos, sejam de natureza fiscal ou extrafiscal, ou ambos.

Não é conforme o sistema constitucional brasileiro, pautado na democracia e na república, na transparência e na eficiência do Estado, na igualdade e no Estado social - o qual exige uma elevada receita pública -, na proporcionalidade e na razoabilidade, que haja discriminações, ou meras renúncias, tributárias a esmo, sem objetivos a serem almejados, ainda que este seja o incremento indireto da arrecadação.

A propósito, é importante ressaltar que o alívio tributário também pode resultar em aumento indireto da arrecadação. A redução da alíquota de determinados tributos, sobretudo os de alta representatividade na composição de custos das atividades econômicas, pode ter como resultado aumento da formalização de agentes econômicos que antes atuavam à margem da

lei, resultando que, apesar de cada agente ter a obrigação de pagar menor valor do tributo do que na legislação anterior, o conjunto dos agentes propiciará uma arrecadação superior à da situação pretérita.

É clara a necessidade de a administração tributária realizar sempre uma gestão estratégica dos tributos. As ações e seus objetivos precisam estar conciliados na busca de propiciar o melhor para a sociedade.

Não necessariamente o melhor será sempre o aumento da arrecadação³. Em um Estado social, como é o Brasil a partir da Constituição de 1988, e extremamente desigual, como tem sido esse país desde a colonização, é muito importante consolidar uma sociedade harmônica, produtiva, sustentável e com todos os seus membros sendo efetivamente autônomos. Assim, em situações nas quais as atividades que levam à consecução desses objetivos são realizadas de modo mais eficiente - inclusive com menores custos - pela atuação direta da sociedade, a atitude mais inteligente do Estado pode ser fomentar, inclusive tributariamente, essas atividades privadas realizadas por cidadãos, empresas e organizações não governamentais, ao invés de buscar os recursos necessários para realizá-las.

3 Em um Estado fiscal, todos temos o dever fundamental de pagar tributos. Para a sociedade civil, na visão individual de cada um de seus membros, pagar tributos - diminuir o seu patrimônio ou sua renda - parece nunca ser o melhor. Mas os direitos têm custos, inclusive os direitos de liberdade. Em diversas situações, as atividades necessárias para prover, ou proteger, a todos os direitos fundamentais somente podem ser realizadas pelo Estado, que precisa dispor dos recursos para tal fim. O problema maior - ou podemos dizer a injustiça maior? - se dá quando a sociedade, de maneira generalizada, tem o sentimento de que está contribuindo bem mais do que está recebendo do Estado.

4 BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS PODEM GERAR DESIGUALDADE

A justiça tributária se realiza, a princípio, com cada pessoa física ou jurídica contribuindo, ainda que de maneira compulsória, na forma exigida pela lei⁴. Mas mesmo a legislação tributária, por vezes, não concretiza valores consagrados constitucionalmente.

A Constituição de 1988 definiu em seu artigo 145, §1º, que o tratamento isonômico no direito tributário deve ocorrer precipuamente pela aplicação da capacidade contributiva - deve contribuir de maneira mais efetiva para o custeio das atividades estatais quem tem maior riqueza expressa através do patrimônio, renda ou consumo, na medida da diferença, entre os contribuintes, das suas expressões de riqueza. Nesse sentido, a concessão de qualquer benefício tributário deveria, a princípio, ter sempre o objetivo de consolidar um sistema tributário pautado na progressividade.

Contudo, essa não é regra geral. Na realidade, o sistema tributário brasileiro é, se considerado de maneira global, regressivo - mesmo que em várias situações efetivamente ele seja progressivo - e contribui para a perpetuação das desigualdades sociais (MARTINS, 2009)⁵.

E os benefícios tributários também podem contribuir para o incremento da desigualdade. São diversas as formas de isso acontecer.

Imagine-se a situação hipotética de uma isenção do

4 A circunstância de pessoas na mesma situação contribuir efetivamente de forma diversa em razão de sonegação de tributos, além de poder ser caracterizado como crime, constitui injustiça no que concerne também à igualdade concorrencial.

5 Em outro estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) se afirma que de maneira geral o Estado brasileiro contemporâneo contribui para o incremento das desigualdades sociais através dos salários que paga, da previdência pública e pelo volume proporcionalmente pequeno dos tributos diretos cujos efeitos positivos seriam completamente anulados pelas transferências regressivas do Estado (MEDEIROS; SOUZA, 2013).

ICMS para determinada empresa, totalmente verticalizada - por exemplo, no ramo têxtil, uma empresa que produza algodão, fabrique fio, teça tecido ou malha e faça o acabamento deles - e com volume de produção muito grande em relação à produção regional total.

O benefício tributário pode ser justificado pelos empregos diretos e indiretos que a empresa vai gerar. Mas será que a concorrência desigual gerada por essa isenção - os concorrentes locais além de terem, a maioria pelo menos, um ganho de escala menor que o gigante incentivado, ainda terão custos tributários bem maiores (em torno de 17% no caso do ICMS) — não irá causar o fechamento de diversos estabelecimentos e, conseqüentemente, o desemprego de muitos?

A captação de grandes empreendimentos tem sido o motivo da assim denominada “guerra fiscal” entre os entes estatais. Não seria de admirar que o exemplo hipotético seja realidade em alguns estados. O fechamento de empresas de menor porte em razão da concorrência tributariamente injusta com empreendimentos incentivados é a princípio fator de concentração de renda e riqueza.

Talvez fosse melhor incentivar tributariamente empresas que de fato fomentassem o surgimento de uma nova cadeia produtiva ou que incrementassem atividades econômicas já existentes na região, empregando de preferência cidadãos locais com a devida qualificação.

Não se está olvidando que mesmo na situação hipotética de desigualdade concorrencial descrita existem vários benefícios para a sociedade e que pode-se mesmo alegar numa visão estreita que se está isentando um imposto que não existiria de qualquer forma se a empresa não estivesse operando.

Ademais, o tratamento tributário diferenciado por parte de entes estatais localizados em regiões menos desenvolvidas social e economicamente podem de fato estar no caminho de realizar um dos objetivos fundamentais da Constituição de 1988, presente no artigo 3º, inciso III: reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Mas o ideal, considerando, também, o princípio federativo, é que empreendimentos novos fossem atraídos para as regiões menos desenvolvidas, e não que fossem encerradas as operações de estabelecimentos em um estado mais desenvolvido para realizá-las em outra região que apresenta custos mais baratos para a empresa, inclusive de mão de obra, sobretudo tributários, que compensam eventuais custos logísticos maiores.

Há de se observar que os benefícios tributários são por vezes tão relevantes que compensam determinados ramos econômicos a adquirir produtos em fornecedores que se localizam próximos dos clientes do adquirente, transportá-los⁶ para um centro de distribuição posicionado a milhares de quilômetros desses estabelecimentos e retorná-los para a região de origem no momento de sua distribuição e comercialização.

Não resta dúvidas que benefícios tributários são muitas vezes necessários, ou mesmo fundamentais, para incentivar o desenvolvimento social e econômico de regiões com baixos índices de desenvolvimento humano (IDH). Mas há de se observar que por vezes os benefícios são concedidos sem considerar essa condição. Por exemplo, no estado do Rio de Janeiro

6 Há de se observar, caso a caso, se o transporte é realizado efetivamente ou se ocorre apenas a remessa simbólica para o centro de distribuição. Situações que se enquadrem no segundo caso seriam ainda mais relevantes para o incremento da desigualdade, pois a geração de empregos, por exemplo, seria muito pequena em comparação com a realização efetiva das atividades econômicas. O retorno para a sociedade seria, basicamente, o aumento da arrecadação, o que não invalida, a princípio e numa visão meramente econômica, o retorno do benefício concedido.

62% (sessenta e dois por cento) das renúncias fiscais estaduais previstas nas Leis Orçamentárias Anuais de 2015 e 2016 foram concedidas para empreendimentos localizados na região metropolitana da cidade do Rio de Janeiro (OBSERVATÓRIO DOS BENEFÍCIOS, 2016) - área com maior IDH do estado. Em casos como esse parece haver um descompasso com o objetivo constitucional de diminuir as desigualdades regionais.

De qualquer forma, faz-se necessário avaliar caso a caso, mesmo que apenas com um olhar para as questões locais, os efeitos sobre a desigualdade dos benefícios tributários concedidos. Nesse caso, é imprescindível considerar a teoria da justiça de Rawls e seus princípios da diferença (RAWLS, 1993, p. 64) - segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais são justas apenas quando a desigualdade leva a uma situação melhor que a igualdade inicial, sobretudo para os que resultarem nas posições inferiores - e da oportunidade justa (Ibid., p. 65) - segundo o qual as desigualdades econômicas e sociais somente podem existir se as diversas posições estiverem acessíveis a todos em condições iguais de oportunidades.

5 BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS PODEM CONTRIBUIR PARA O DESEQUILÍBRIO FISCAL

O princípio do equilíbrio orçamentário está consagrado na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) no artigo 4º, inciso I, alínea "a". Assim, a despesa fixada não pode ser maior que a receita prevista. O desígnio desse princípio é elidir o aumento desordenado e não sustentável dos gastos governamentais e evitar o déficit orçamentário. Ou melhor, já que o setor público não

deve objetivar o lucro, sua despesa total deve ser equivalente à sua receita total.

No Brasil, em quase todos os exercícios financeiros, esse princípio é atendido apenas formalmente nas Leis Orçamentárias Anuais (LOAs), tendo que o equilíbrio é mantido, na realidade, às custas das operações de crédito (PALUDO, 2012, p. 21) - que são, em verdade, empréstimos que escondem o déficit corrente existente e aumentam o endividamento do Ente Público⁷ - nelas contidas e autorizadas.

Deve-se buscar o equilíbrio nas contas públicas com gestão eficiente tanto das despesas quanto das receitas. As despesas totais⁸ precisam ter seu crescimento controlado e adequado ao ritmo de crescimento, ou à diminuição, das receitas.

As receitas públicas necessitam de um olhar ainda mais cuidadoso, tendo em vista a alta carga tributária inerente a Estados que, como o Brasil, fizeram a opção por forte participação estatal na concretização dos direitos fundamentais sociais (Estado Social) e se estruturaram para serem financiados pelos recursos oriundos de parcela do patrimônio e da renda de seus

⁷ É certo que a teoria econômica de Keynes preceitua que, em momento de crise econômica, o Estado pode elevar seus gastos inclusive ao nível de apresentar déficits orçamentários. Mas o objetivo dessa elevação deve ser substituir os investimentos privados em formação de capital fixo que se contraem devido à recessão econômica. Essa situação de déficit deve ser realizada de modo a fomentar o reinício do crescimento econômico e perdurar apenas enquanto o setor privado não retoma o nível necessário de investimento, sendo que essa retomada do crescimento deve prover ao Estado os recursos necessários para o reequilíbrio das contas públicas. No Brasil, os déficits, inclusive os nominais - que são os mais importantes, na nossa opinião -, se perpetuam, perpassando inclusive pelos momentos de crescimento econômico.

⁸ Insistimos em afirmar que o controle deve ocorrer sobre as despesas totais, ou seja, os custos do serviço da dívida pública - juros e amortização do principal - também precisam estar sob controle. Não o controle de tabelar juros ou atitude semelhante, mas o controle de sempre tê-los em consideração quando da análise do resultado das contas públicas. No Brasil, isso não é comum, sendo que normalmente governos e mídia apenas fazem referência ao superávit primário - antes do pagamento dos juros e amortização da dívida pública. Entretanto, essa atitude parece desconforme com a determinação legal de equilíbrio orçamentário e com a razoabilidade. Tecendo uma breve comparação, seria impossível uma família conseguir equilibrar suas despesas com suas receitas se ela desconsiderar os gastos com juros do cartão de crédito e do cheque especial.

cidadãos e empresas (Estado Fiscal)⁹.

Além da responsabilidade inerente a qualquer gestor de recursos de terceiros e das obrigações do administrador público decorrentes do princípio constitucional da república - que exige uma prestação de contas clara e transparente de uma gestão eficiente dos recursos públicos -, deve-se ter em mente que a capacidade de contribuição de uma sociedade possui limites¹⁰. A fonte de recursos fiscais não é inesgotável.

A necessidade de equilíbrio fiscal, com os limites não apenas jurídicos, mas sobretudo econômicos, da capacidade contributiva, impõem que qualquer renúncia de receita deve ter seus efeitos cuidadosamente analisados e demonstrados antes de ser concretizada. Em compasso com essa constatação, no já transcrito artigo 165, §6º, em relação ao orçamento público, a Constituição Federal impõe que “o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia”.

A partir do conhecimento de seus efeitos sobre a receita e a consecução das metas fiscais, há de se verificar a necessidade de efetivar compensações ou, na impossibilidade desta, evitar deferir a renúncia fiscal, conforme prevê a LRF em seu artigo 14:

Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra

9 É interessante perceber que nos estados financiados pela renda advinda de seu próprio patrimônio - como ocorre atualmente em diversos Estados árabes que obtêm receita suficiente para suas despesas da exploração de jazidas de petróleo - a carga tributária é muito pequena e a democratização da sociedade também. Os tributos parecem ser, como já manifestaram os revolucionários estadunidenses do século XVIII, o preço da participação das “pessoas comuns” nas decisões da sociedade.

10 A teoria econômica da curva de Laffer busca explicar esse fenômeno demonstrando que o excesso de exação mina a atividade produtiva e interfere de forma prejudicial na arrecadação de tributos, fomentando o aumento da economia informal e a elevação do nível de sonegação fiscal. (OLIVEIRA JUNIOR, 2012, p. 177 *et seq*).

renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições:

I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;

II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado.

§2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso.

Entretanto, o que se observa atualmente é que benefícios tributários - como isenções - ou creditícios - como financiamentos de tributos e posterior abatimento do valor financiado por meio de fundos ou programas - para atrair novas empresas ou ampliar as já existentes, não são consideradas efetivas renúncias, sob o argumento de que não se pode renunciar a receita tributária que ainda não existe. Dessa forma, não se adotam medidas compensatórias que possibilitariam o crescimento da arrecadação e nem são apresentadas análises sobre as metas fiscais.

Há de se observar que o crescimento demográfico e o desenvolvimento social e tecnológico¹¹ repercutem no aumento das demandas ao Estado - sobremaneira ao Estado Social - e em seus custos que deveriam ser suportados a princípio pelo desenvolvimento econômico gerador de novos recursos públicos, restando claro o efeito deletério, ao menos em médio prazo, da ausência de estudos adequados e de medidas compensatórias para o equilíbrio das contas públicas.

Na prática, já se verifica que benefícios tributários deferidos de maneira excessiva e pouco eficiente têm contribuído para a construção de desequilíbrios fiscais, como no estado do Rio de Janeiro, que decretou, em junho de 2016, estado de calamidade pública no âmbito da administração financeira, onde o Observatório dos Benefícios (2016, p. 30), após apresentar dados e análises sobre os efeitos das renúncias fiscais nesse Ente Federado nas Leis Orçamentárias de 2015, afirma que “a crise fiscal do Estado manifesta-se de forma mais acentuada do que nos municípios que foram afetados pela redução de receitas relacionadas pelo petróleo, e provavelmente a razão maior para tamanho desequilíbrio se encontra nos patamares cada vez mais elevados de renúncia tributária”.

Os números da renúncia tributária são relevantes. No estado do Rio de Janeiro, em 2015 a renúncia tributária foi na ordem de R\$ 9,3 bilhões, recursos equivalentes a 50% do orçamento estadual desse mesmo ano com a função educação (OBSERVATÓRIO DOS BENEFÍCIOS, 2016, p. 31).

Em outro exemplo, cálculos apontam que as desonerações

11 Por exemplo, a evolução das diversas tecnologias aplicadas à área de saúde, com novos e mais eficazes exames e tratamentos, ao mesmo tempo que contribui em larga escala para que se viva cada vez mais e com melhores condições de saúde também eleva em regra geral seus custos. A pesquisa não se deve voltar apenas a desenvolver tecnologias mais eficazes. Deve-se buscar também maior eficiência econômica.

referentes a receitas vinculadas à previdência social atingiram o patamar de R\$ 62 milhões em 2015 e a Lei Orçamentária Anual de 2016 as estima em R\$ 55 milhões (DIEESE, 2016). Para se ter uma referência, o valor estimado para o déficit do regime geral da previdência social em 2017 é na ordem de R\$ 181,2 bilhões (CONORF; CONOF, 2016).

Relevantes também são os efeitos do desequilíbrio fiscal para o aumento da desigualdade. Essa relação decorre de alguns fatos.

Primeiro, em países com elevados índices de miséria e pobreza, como é o caso do Brasil, a dependência dos mais pobres e miseráveis dos serviços públicos gratuitos - que são historicamente muito afetados pela contração nas despesas adotada como caminho para diminuir déficits fiscais - é imensa, ao passo que as classes média e alta têm a possibilidade de proverem autonomamente saúde, alimentação, moradia e educação¹².

Segundo, os micros, pequenos e médios empreendimentos também sofrem em maior intensidade que os grandes empreendimentos com outro efeito¹³ decorrente do desequilíbrio fiscal: o encarecimento do custo dos financiamentos, sendo aqueles muito mais dependentes de crédito do que estes que além disso têm acesso a maior número de fontes de financiamento, inclusive internacionais, e recebem uma avaliação de risco de inadimplência menor que dos demais empreendimentos - o que também influencia no valor dos juros cobrados em financiamentos. A diferença nos custos financeiros leva a diferenças inversamente

12 Essa circunstância é particularmente perversa em relação à educação. Sendo essa a porta para um futuro com maior autonomia para qualquer pessoa, sua falta compromete tanto o presente quanto o futuro não apenas dos pobres e miseráveis, mas de toda a sociedade que terá que custear diversas necessidades de seus concidadãos.

13 A doutrina discute se é realmente causa ou efeito. Considerando que, como já apontado anteriormente, o déficit fiscal normalmente considerado é o primário que exclui as despesas com pagamento de juros da dívida pública, entendemos que os juros têm maior importância como efeito.

proporcionais na rentabilidade dos empreendimentos e na renda decorrente destes.

Terceiro, a inflação, outro efeito que decorre comumente de persistentes desequilíbrios fiscais, atinge com muito maior intensidade aqueles que não possuem acesso à proteção em instituições financeiras. Assim, em períodos inflacionários, a perda proporcional de poder aquisitivo da parcela mais pobre da população é tão maior que das classes mais elevadas quanto maior for a inflação.

5.1 Refis

Um adendo especial merecem os programas de refinanciamento, anistia e remissão de débitos providos pelos diversos entes federativos, não somente pelos valores dos benefícios, mas, principalmente, pelos modelos e frequência com que são realizados.

Os valores de créditos inscritos nas dívidas ativas dos diversos entes federados são imensos. O percentual de sucesso na execução dessa dívida é irrisório. Fundados nesses fatos, tanto a União como Estados e Municípios têm adotado programas temporários para estimular a diminuição do estoque da dívida ou pelo menos evitar seu crescimento.

O método adotado comumente é o de aumentar o número máximo de parcelas para quitação dos débitos, a anistia (total ou parcial) de multas e a remissão de débitos - sobremaneira os de pequenos valores que, teoricamente, não compensam os custos de administração, cobrança e execução.

Não há espaço aqui para analisar todos os aspectos relevantes desses programas, mas faz-se necessário abordar, ainda que sucintamente, ao menos um ponto: a frequência com que

ocorrem e os efeitos desse fato.

Na última década, praticamente todos os anos nas empresas, nos escritórios de contabilidade e de advocacia tributária, e mesmo nas administrações tributárias surgem rumores de que será deferido novo refis por algum, ou vários, ente(s) federado(s). De fato, essa expectativa se justifica, tendo em vista a elevada frequência em que ocorrem esses programas.

O efeito é perverso. Os contribuintes simplesmente são estimulados, ainda que indiretamente, a não pagar seus tributos em dia. Para que pagar com pontualidade valores tão relevantes para os custos das empresas - as pessoas físicas normalmente têm seus tributos retidos na fonte - se as multas e juros serão perdoados, ainda que parcialmente? É a fonte de financiamento mais barata do mercado.

Mesmo que o débito seja inscrito quase que imediatamente na dívida ativa, sua execução costuma - por diversos fatores que vão da estrutura e funcionamento da administração pública e do poder judiciário, perpassando pelo comportamento dos advogados - ser baixa e pouco eficiente. É possível que nem haja execução fiscal antes de ser aberto o prazo para aderir ao próximo Refis.

Quanto maior a empresa, menor será seu custo marginal para postergar o pagamento de tributos tendo em vista a estruturação permanente de setores jurídicos ou de contratos com escritórios de advogados especialistas e as taxas em valores muitas vezes fixos, quando existem, para poder impugnar administrativamente os créditos lançados por meio de autos de infração. A desigualdade agradece mais uma vez. Além disso, sobressai o efeito de desigualdade na concorrência empresarial, desta feita entre contribuintes que são pontuais em seus pagamentos e os que se beneficiam dos programas de recuperação tributária su-

portando menor ônus tributário que aqueles.

Em resumo, a inadimplência tributária, em alguns casos, compensa. O perigo desse pensamento se consolidar é maior à medida que esses programas de refinanciamento forem mais frequentes. O ideal é impor limites tanto para a frequência com as quais esses programas são criados como para a frequência com a qual cada contribuinte possa aderir ao benefício¹⁴.

6 BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS PODEM TER ORIGEM ESPÚRIA

A corrupção é um mal que assola todos os países. Está tanto nas relações públicas quanto nas privadas. O combate a esse mal deve ser algo permanente e realizado por cada indivíduo em sua esfera de atuação. No Brasil, onde a percepção da corrupção é elevada, é imprescindível uma adequação cultural a essa realidade.

Para combater a corrupção, é necessário entender suas diversas formas de ocorrência. E o deferimento de benefícios tributários parece estar incluído entre elas. A pouca atenção que a sociedade, a mídia e mesmo alguns órgãos de controle têm geralmente dado ao tema incentiva o uso de benefícios tributários para fins outros que os fiscais e os extrafiscais.

Em recente depoimento (FILHO, 2016) em delação premiada, importante executivo de um dos maiores grupos empresariais do Brasil informa que esse grupo empresarial agiu influenciando na tramitação de sete medidas provisórias, entre 2005 e

¹⁴ Seria razoável haver uma diferença entre esses prazos. Por exemplo, o Refis poderia ser deferido pelo ente a cada dez anos, mas o contribuinte que se beneficiar de um programa somente poderia aderir a outro após quinze anos.

2014, que deferiam benefícios tributários, entre elas quatro¹⁵ que estão atualmente em vigor e que, juntas, representariam renúncia fiscal na ordem de R\$ 140 bilhões.

Caso essas informações venham a ser confirmadas, além de questões ética, criminal e arrecadatória envolvidas, aumenta sobremaneira a necessidade urgente de melhor fiscalizar a concessão de benefícios fiscais.

Se ressalta a influência de mais essa possível nuance dos benefícios tributários sobre a desigualdade. No momento em que as decisões sobre recursos públicos não se pautam pelo bem comum, nem que apenas de forma indireta a concentração de renda e de patrimônio tende a aumentar pelo acesso eminentemente desarrazoado a recursos que são de todos.

7 A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Na era do pós-positivismo, onde os valores e as tarefas definidas constitucionalmente atingem relevância sem par na história do constitucionalismo, é preponderante que todos os atos administrativos apresentem uma motivação consistente, sobretudo quando afetarem direitos fundamentais de terceiros (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 108 e 383; DI PIETRO, 2005, p. 200; SILVA, 2006, p. 23-51).

Nesse sentido, assevere-se que os atos administrativos desacompanhados de uma motivação razoável se configuram anuláveis (ARAÚJO, 2012, p. 197) e que o administrador público está vinculado não somente ao ato realizado, mas também às

15 Leis nº 11.941/2009, 12.249/2010, 12.715/2012 e 13.043/2014.

motivações apresentadas.

Se o dever de motivação dos atos administrativos há muito já conseguiu conquistar a doutrina e a jurisdição na Espanha, Itália, Alemanha e no berço da *common law* (FREITAS, 2009, p. 57), a era da motivação, principalmente a vinculada aos princípios constitucionais, no Brasil ainda está trilhando o caminho para ser assegurada (Ibid., p. 50). Urge buscar sua consolidação.

Ressalte-se que nessa nova era, o mérito continua a ser insindicável — desde que não seja utilizado pelo administrador como anteparo para o descumprimento de seus deveres democráticos e republicanos (Ibid., 2009, p. 50).

O que sempre será sindicável é a razoabilidade e adequação das motivações às determinações constitucionais e legais. Portanto, é sempre imprescindível a presença das motivações do ato administrativo, como bem afirma Adilson Dallari (2006, p. 7-8):

A discricionariedade não é nem um cheque em branco, nem uma palavra mágica. O Poder Judiciário pode e deve julgar a licitude de atos praticados no exercício de competência discricionária, para decretar as nulidades do ato praticado com desbordamento dos limites da discricionariedade. [...] Se o ato praticado não for devidamente motivado, se não for precedido de motivação explícita, não haverá como se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A falta de motivação é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação da nulidade do ato. Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder. A forma mais segura para desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato.

Não se pode ignorar que existem atos administrativos vin-

culados, por exemplo, o lançamento tributário. Mas deve-se entender que mesmo esse ato administrativo não está vinculado apenas à legalidade, mas à totalidade do ordenamento jurídico e às suas molas mestras: os princípios constitucionais (MACHADO, 1999, p. 14), que exigem uma administração impessoal, eficiente, eficaz, transparente, proba, democrática e republicana.

Conclui-se que jamais o agente público poderá deixar de motivar os atos vinculados (FREITAS, 2009, p. 56). Impõe-se a quem decide a obrigação de dialogar com as partes interessadas através dos argumentos (SUNDFELD, 2006, p. 46-47). Há que se enfrentar as tensões do pluralismo democrático e respeitar as decisões democraticamente estabelecidas na Constituição e nas Leis - inclusive as do democrático processo orçamentário.

O caminho ainda é longo, mas já de algum tempo são claros os sinais de que, no Brasil, o dever de motivação nos atos administrativos, sejam estes quais forem, está se consolidando.

Na legislação infraconstitucional, o art. 50 da Lei 9.784/1999¹⁶ (BRASIL, 1999) densificou uma obrigação que já tinha raízes constitucionais. O Poder Judiciário tem afastado as fundamentações vazias, baseadas, por exemplo, no conceito aberto de interesse público sem caracterizar no que consta esse interesse no caso concreto¹⁷. E a doutrina brasileira vem avan-

16 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

17 PROCESSO OBJETIVO - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORÇAMENTÁRIA. Mostra-se adequado o controle concentrado de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. LEI ORÇAMENTÁRIA - CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO - IMPORTAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO DE PETRÓLEO E DERIVADOS, GÁS NATURAL E DERIVADOS E ÁLCOOL COMBUSTÍVEL - CIDE - DESTINAÇÃO - ARTIGO 177, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDE-

çando na compreensão do compromisso do administrador com o dever de motivar todas as duas decisões, entendendo que “a validade formal de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório depende de uma motivação, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem entender” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 258).

Além de toda a disciplina constitucional sobre o tema, não faltam outros fundamentos para que o dever pleno de motivação administrativa siga o caminho de sua consolidação no Brasil. Em resumo, porque somente uma motivação razoável e adequada é capaz de elidir o personalismo na administração, aproximando o público do privado e afastando o administrador da má gestão — arrecadação e aplicação — dos recursos públicos.

Dessa forma, resta caracterizada a necessidade de sempre ser razoavelmente motivado todo ato que deferir benefício tributário.

8 A NECESSIDADE DE CONTROLAR OS BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS

Pelo antes exposto, já se verificou que as vantagens tributárias podem trazer, e ter como origem, situações maléficas para a sociedade.

Buscando elidir essas situações, a Constituição Federal, em seu artigo 150, §6º, quando impõe que a concessão de be-

RAL. É inconstitucional interpretação da Lei Orçamentária nº 10.640, de 14 de janeiro de 2003, que implique abertura de crédito suplementar em rubrica estranha à destinação do que arrecadado a partir do disposto no §4º do artigo 177 da Constituição Federal, ante a natureza exaustiva das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II do citado parágrafo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2925, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 19/12/2003, DJ 04-03-2005 PP-00010 EMENT VOL-02182-01 PP-00112 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p. 52-96)

nefícios tributários somente seja possível por meio de lei, exige na realidade a participação da sociedade, ao menos por meio de seus representantes, no deferimento daqueles.

O objetivo é evidente. Como os recursos pertencem a todos e todos devem contribuir de maneira equitativa, inclusive financeiramente, para o bem comum, a qualquer pessoa deve ser possível participar das decisões sobre tratamentos diferenciados no dever fundamental de pagar tributos.

Contudo, a participação da sociedade não se deve restringir ao deferimento dos benefícios tributários, mas se estender ao controle do exercício desses benefícios.

Para que seja possível a participação da sociedade e das instituições de controle do exercício das atividades financeiras do Estado - órgãos de controle interno, Ministério Público, Tribunais de Contas, Poder Legislativo e Poder Judiciário - é essencial, como a qualquer ato administrativo, que o deferimento seja razoavelmente fundamentado.

Ainda em compasso com a atual configuração do ordenamento jurídico brasileiro, a motivação de deferimento, manutenção ou extensão de benefício tributário precisa ser clara, transparente, acessível, compreensível e aferível. Nesse sentido, os objetivos a serem alcançados, sejam eles fiscais ou extrafiscais, precisam ser quantificados. Deve-se estabelecer metas¹⁸.

Quanto mais simples a aferição das metas, quanto mais objetivas forem elas, quanto mais adequados estiverem os objetivos aos valores constitucionalmente definidos, mais eficazes poderão ser os controles e os seus efeitos.

Entretanto, não é essa a cultura brasileira. Muitas vezes as

¹⁸ É evidente que o dever de estabelecer metas claras, transparentes, acessíveis, compreensíveis e aferíveis também se estende ao Poder Legislativo quando edita normas concedentes de benefícios tributários.

normas de direito financeiro em nosso país são tratadas como meras formalidades. Passos burocráticos necessários à realização da despesa pública. À sociedade brasileira falta um espírito de orçamento público. A consciência de que os recursos geridos pela administração pública são de todos e que não é conforme o ordenamento jurídico brasileiro que ocorram distinções não razoáveis na forma como cada cidadão e cidadã contribuem para o bem comum.

A ainda pouca atenção que a população defere às decisões em finanças públicas costuma se concentrar nas despesas. Críticas ao mau uso - desvio de finalidades, serviços públicos inexistentes ou ineficientes - transbordam nas mídias sociais, nas conversas informais e nas manchetes jornalísticas. As manifestações nas ruas que têm ocorrido desde junho de 2014 pedem serviços “padrão Fifa” e o fim dos desvios dos recursos públicos.

Esse comportamento não é inteiramente criticável, sobretudo porque muitos não percebem quanto pagam de tributos embutidos em diversos produtos e serviços e muito mais facilmente podem verificar a indisponibilidade de serviços públicos, porém é incompleto. A cidadania exige participação popular no controle das despesas e das receitas públicas.

Talvez uma maior atenção social à gestão da receita pública acabe por ser um dos efeitos benéficos da atual crise política e econômica brasileira. Já há um debate público sobre relevantes questões de receita. Tributos sobre grandes fortunas e sobre distribuição de lucros aos sócios de empresas, adequado nível de tributação das doações e das heranças, são temas abordados nas rodas - e redes - sociais e na academia com a percepção dos efeitos desses sobre a desigualdade social.

É chegado o momento de também dar atenção aos bene-

fícios tributários. Apesar de pouco perceptível no dia a dia, seus efeitos, como demonstrado, são relevantes. Não podem ser deixados à margem. Urge justificá-los e controlá-los, com a constante atualização de objetivos e metas, com o máximo apoio da população e das diversas ciências, tais como as econômicas, atuariais, ambientais, energética e do direito.

Como incentivo, relate-se que os primeiros frutos do que aqui se defende já começam a surgir. No estado do Rio de Janeiro onde a atual crise apresenta contornos ainda mais dramáticos, foi extinta, em dezembro de 2016, em votação unânime na Assembleia Legislativa, redução do ICMS sobre diversos bens usados para a produção de petróleo, vigente desde 2008, e o Tribunal de Contas do Estado determinou ao governador do estado que conclua estudos com vistas a avaliar a pertinência da continuidade de todo os benefícios e incentivos fiscais concedidos a qualquer título, no âmbito do estado do Rio de Janeiro, revisando, caso entenda adequado, a manutenção das referidas renúncias¹⁹.

São notícias alvissareiras que sugerem um caminho que pode ser importante para conseguir diminuir as desigualdades no Brasil.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto nessas breves linhas, conclui-se que os benefícios tributários, espécie dos benefícios fiscais, ao propiciar um menor ônus tributário apenas para um ou parte dos contribuintes, buscando atingir objetivos fiscais ou extrafiscais, precisam ser bem controlados pela sociedade e seus diversos ór-

19 Processo TCE-RJ nº 113.423-3/14. fls. 378.

gãos de controle, sendo um dever da administração pública e do Poder Legislativo prover os meios para que isso de fato ocorra.

Além de deferir os meios financeiros e materiais às instituições de controle, é necessário que todos os atos concessivos de vantagens tributárias sejam motivados, demonstrando a necessidade de sua existência, e sejam estabelecidas metas claras, o mais facilmente aferíveis possível e sempre em conformidade com as determinações constitucionais e os motivos apresentados pelo concedente.

A possibilidade de benefícios tributários gerarem desigualdade através, por exemplo, da construção de situações de concorrência empresarial injusta, de criação líquida negativa de empreendimentos e de empregos - tanto considerando uma comparação entre regiões diferentes do Brasil quanto tendo apenas um olhar geográfico mais estreito - e de serem deferidos em localidades que já possuem IDH dentre os mais elevados deveria ser fundamento suficiente para que a sociedade exija as condições para uma boa fiscalização do deferimento, da execução e, se for o caso, da extensão de benefícios tributários.

O volume de recursos envolvidos nas operações de benefícios tributários pode representar importante parcela dos atuais desequilíbrios orçamentários no Brasil, assim como a corrupção pode utilizar o deferimento de benefícios tributários para realizar seus propósitos espúrios. Seus efeitos, caso existam, são significativos para o incremento da desigualdade. Ambos os casos precisam ser evitados por questões econômicas, éticas e jurídicas.

É certo que as receitas públicas necessitam de um olhar ainda mais cuidadoso em momentos de crise econômica e em sociedades com alta carga tributária, como o Estado Social brasileiro. A capacidade de contribuição de uma sociedade tem li-

mites, assim como a de cada cidadão. Não é razoável que parte considerável dos contribuintes já esteja na eminência de atingir o limite máximo de sua possibilidade de contribuir com recursos para a manutenção dos serviços públicos e que outros possam abster-se dessa responsabilidade sem um controle eficiente e democrático das necessárias motivações e condições impostas ao seu deferimento e utilização.

Apesar de ainda pouco perceptíveis para a maioria da população brasileira, os efeitos dos benefícios tributários são relevantes e não podem ser marginalizados. Urge justificá-los e controlá-los, com a constante atualização de objetivos e metas, com o máximo apoio da população e das diversas instituições de controle. O ordenamento jurídico brasileiro, como já se verificou, assim impõe.

Este é apenas um estudo inicial sobre a necessidade de controle mais efetivo sobre os benefícios tributários que não pretende esgotar qualquer aspecto aqui abordado. Questões como a relação da capacidade tributária, da corrupção e do desequilíbrio fiscal com os benefícios tributários merecem maior aprofundamento. Não há dúvidas da necessidade de serem desenvolvidos, considerando as contribuições das ciências jurídicas, econômicas, atuariais e sociais, métodos os mais claros possíveis para a definição de objetivos e metas que possibilitem um acompanhamento constitucionalmente adequado dos benefícios tributários.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. D. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOMFIM, D. **Extrafiscalidade**: identificação, fundamentação, limitação e controle. São Paulo: Noeses, 2015.

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

_____. **Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988**. Altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7713.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **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_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Institui o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento de Infraestrutura da Indústria Petrolífera nas Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste - REPENEC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Lei/L12249.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei nº 12.249, de 11 de junho de 2010**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm>.

Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei nº 12.465, de 12 de agosto de 2011.** Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2012 e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12465.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012.** Altera a alíquota das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários devidas pelas empresas que especifica e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei nº 13.043, de 13 de novembro de 2014.** Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13043.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (Senado Federal); CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA (Câmara dos Deputados). **Informativo conjunto**. Brasília: Congresso Nacional, n. 1, set. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/orcamento-brasil/estudos/2016/inf-01-2016-projeto-de-lei-orcamentaria-anual-para-2017-pln-18-2016>>. Acesso em 18 dez. 2016.

DALLARI, A. Controle do desvio de poder. In MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. & LIMA, Liana Maria Taborda (Coords.). **Abuso de poder do Estado na atualidade**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DIEESE. **Nota Técnica**. São Paulo: DIEESE, n. 163, out. 2016, p. 7. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/notatecnica/2016/notaTec163Previdencia.pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2016.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FILHO, C. **Anexo pessoal**. Disponível em: <<http://www.poder360.com.br/wp-content/uploads/2016/12/Delacao-Claudio-Melo-Odebrecht-dez2016.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2016.

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

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, H. B. Motivação dos atos administrativos e o interesse público. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 3, p. 14, 1999.

MARTINS, M. M. Sistema tributário injusto. **Desafios do desenvolvimento**. Brasília, DF: IPEA, ed. 56, ano 6, 2009. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1240:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 05 dez. 2016.

MEDEIROS, M.; SOUZA, P. **Gasto público, tributos e desigualdade de renda no Brasil**. Brasília, DF: IPEA, 2013. (Texto para discussão n. 1844). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1844b.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2016.

OBSERVATÓRIO DOS BENEFÍCIOS. **Relatório de 28 de junho de 2016**. Disponível em: <<http://s3-sa-east-1.amazonaws.com/apublica-files-main/wp-content/uploads/2016/11/24072311/Relatório-Observatório-dos-Benef%C3%ADcios.pdf>>. Acesso em 11 dez. 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, R. F. **A análise econômica do direito e o uso da curva de Laffer na efetivação do direito fundamental à vedação do confisco tributário**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2012.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LFR**. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Lisboa: Presença, 1993.

SILVA, V. A. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e sua eficácia das normas constitucionais. **Revista de direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51, 2006.

SUNDFELD, C. A. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A & C: Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 6, n. 23, jan. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28699>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2925/DF**. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/?>>. Acesso em: 09 maio 2008.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Macroavaliação governamental**. Brasília: TCU, s/d. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/comunidades/macroavaliacao-governamental/areas-de-atuacao/renuncia-de-receita/>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Processo TCE-RJ nº 113.423-3/14**. fls. 378. Disponível em <http://www.tce.rj.gov.br/web/guest/consulta-a-processos/-/processo/113423-3/2014/visualizar?p_auth=nqLDEZC5>. Acesso em: 18 dez. 2016.

Auditoria de PPP: O Controle Exercido pelo Tribunal de Contas de Portugal *versus* A Fiscalização Exercida pelo Tribunal de Contas da União do Brasil

PPP's Auditing: The control exercised by Portugal's Audit Court versus the examination carried out through the Brazilian Audit Court

João Gustavo de Paiva Pessoa¹

RESUMO

O instituto das Parcerias Público-Privadas (PPP), concebido desde os anos 1960 em solo norte-americano, desenvolveu-se sobremaneira a partir dos anos 2000 especialmente no Brasil e em países da Europa. Em Portugal foi institucionalizado em 2003, enquanto no Brasil legitimou-se essa modalidade de contratação a partir de 2004. Este artigo tem como objetivo principal discorrer sobre a auditoria realizada pelas Instituições Superiores de Auditoria dos citados países buscando efetuar uma comparação no que toca à espécie de controle *a priori*. Ademais, como objetivo secundário, buscou-se demonstrar a importância dos estudos do *Value for Money*, bem como do *Public Sector Comparator* no âmbito das contratações através de PPP. Para tanto, utilizou-se como método de estudo a pesquisa em fontes bibliográficas

¹ Graduado em Ciências Contábeis pela Universidade Federal do Ceará, especialista em Auditoria Governamental pela Universidade de Fortaleza e mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. E-mail: gustavo@tce.ce.gov.br

físicas e no meio digital, além da pesquisa jurisprudencial sobre o tema, que juntas tornaram possíveis a revisão da literatura. Como resultado, foi possível inferir que o controle prévio está previsto em ambos os ordenamentos jurídicos, porém em escalas diferenciadas. Enquanto em Portugal o visto prévio possui o condão de proibir as eventuais contratações irregulares, no Brasil o controle *a priori* restringe-se à distribuição de recomendações e orientações para a melhoria do processo, tornando, desse modo, o controle prévio mais frágil. Verificou-se, por fim, que no Brasil o foco das auditorias em PPP está voltado para o controle concomitante, conforme disciplina a Instrução Normativa nº 52/2007, do Tribunal de Contas da União.

Palavras-Chave: Parcerias Público-Privadas. Instituições Superiores de Auditoria. *Value for Money*. *Public Sector Comparator*. Controle Prévio.

ABSTRACT

The Public Private Partnerships' (PPP) institute, designed since the 60's of the XX century in the United States, has greatly been developed since the 2000's especially in Europe and in Brazil. In Portugal it was institutionalized in 2003, while in Brazil it was legitimized from 2004. This article aims to discuss about the government supervision carried out by the Supreme Audit Institutions of Brazil and Portugal aiming to compare performances with regard to the previous control. Furthermore, as secondary objective, it was tried to demonstrate the importance of Value for Money and the Public Sector Comparator related to the contracting through PPP. Therefore, it was used as study method the research in bibliographic sources, available in books and in internet, besides the jurisprudential research about the subject that combined made the literature revision possible. As achieved results, it was possible to infer that the

previous control is on the law in both countries, but in different ways. While in Portugal the prior visa has the objective to prohibit irregular procurement, in Brazil the previous control only recommend and advice the improvement of the process, fact weakens the previous audit. At last, it was verified that in Brazil the focus of PPP's audit is on concomitant control, according to the Brazilian regulation.

Keywords: Public Private Partnerships. Supreme Audit Institutions. Value for Money. Public Sector Comparator. Previous Control.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno das Parcerias Público-Privadas (PPP) desenvolveu-se em decorrência da necessidade de racionalização dos recursos públicos, assim como pela busca da eficiência na prestação de serviços públicos e construção de obras públicas com acepção de partilha de riscos entre os parceiros privados e públicos.

O movimento das PPPs foi impulsionado nos Estados Unidos, no decorrer do século XX, destacando-se as experiências na área da educação e aquelas que remontam aos anos 1960 na área do urbanismo (CABRAL, 2009).

Martins (2014, p. 330) complementa ao afirmar:

Alguns autores adiantam que o termo parceria público-privada terá tido origem nos Estados Unidos, aparecendo inicialmente relacionado com a assunção conjunta, pelos sectores público e privado, dos custos dos programas educacionais, e depois, nos anos 50 do século XX, para abranger um fenômeno similar para serviços de utilidade pública, mas o seu

uso tornou-se mais generalizado nos anos 60 com o emergir de *joint ventures* público-privadas para remodelações urbanas.

De acordo com Cabral (apud POMBEIRO, 2009 p. 13), uma PPP é definida como “toda e qualquer forma de colaboração entre o sector público e sector privado [...] que tenha por objeto uma atividade em benefício da coletividade”.

Para Mazza (2012, p. 405), as PPPs são “um instrumento contratual concebido para incentivar o investimento privado no setor público, por meio da repartição objetiva dos riscos entre o Estado (parceiro público) e o investidor particular (parceiro privado). Trata-se de um tipo peculiar de contrato de concessão”.

Cabral (2009) elenca as características do contrato resultante de uma PPP:

Longo prazo, com o desenho, a construção, o financiamento e funcionamento da obra ou serviço; que prevê a remuneração, seja através do Estado ou diretamente pelos utentes; e a quem pertence propriedade do bem ou serviço após o término da parceria.

Pombeiro (2003) ressalta que a PPP consubstancia-se numa relação contratual entre pelo menos uma entidade pública e outra privada para o provimento de necessidades públicas com a gestão de riscos partilhada. O autor também chama atenção para o fato de a entidade privada com fins lucrativos buscar lucro, enquanto aquela sem fins lucrativos almeja ganhos de *Value for Money* (VFM). Já a entidade pública estaria em busca de ganhos de VFM relativamente ao *Public Sector Comparator* – PSC (Comparador do Setor Público).

De acordo com Sarmiento (2010), *Value for Money* é uma

das principais ferramentas para os administradores públicos para mensurar o benefício de um projeto através de uma PPP versus o procedimento de aquisição tradicional, pois provém o sector público com uma simples metodologia de estimar custos, benefícios e riscos envolvidos no projeto, podendo ser aplicada em diferentes países e realidades. O VFM consubstancia-se, portanto, na avaliação custo-benefício que os gestores devem medir para saber se o projeto de PPP é mais vantajoso comparado a uma contratação habitual.

Já o PSC pode ser visto como uma das abordagens de avaliação do VFM. Segundo Sarmiento (2010), o comparador do setor público também é fundamentado em estimativas completas de custos, receitas e riscos, estabelecidas em termos de fluxo de caixa, depois descontado o valor dos pagamentos para o parceiro privado. O Comparador do Sector Público é, então, a diferença financeira entre as duas formas de concepção (tradicional e PPP) para o mesmo projeto.

Martins (2014, p. 347) demonstra a importância da utilização das duas ferramentas. Nas palavras do autor, é ainda essencial a avaliação e comparação do modelo PPP com outras alternativas, nomeadamente para a realização de infraestruturas. A esse nível tem de demonstrar e fundamentar as vantagens da utilização do esquema PPP/PFI relativamente a outros tipos contratuais. Nessa equação surge o Comparador do Sector Público a exigir uma prévia comparação entre projetos a executar ou com financiamento público ou com financiamento privado, e a Relação Qualidade-Preço (*Value for Money*).

No Brasil, tanto o VFM como o PSC ainda não são amplamente utilizados, conforme os moldes europeu ou norte-americano, como parâmetros que guiem os ordenadores de despesa

na tomada de decisão que repercute de forma positiva ou negativa na escolha de um projeto através de PPP.

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu o regime jurídico das PPPs em solo brasileiro, subsidiada ainda pelas Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei de licitações e contratos) e nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das concessões e permissões), distinguiu concessão patrocinada e administrativa² e previu em seu art. 10 que as PPPs devem ser precedidas de procedimento licitatório na modalidade concorrência, a mais rigorosa possibilidade prevista no ordenamento pátrio (BRASIL, 1993, 1995, 2004). Para tanto, a abertura da licitação deve estar condicionada a estudo técnico que demonstre a **conveniência e oportunidade** que justifiquem a opção, sem citar designadamente a utilização de métodos como o VFM e o PSC como ferramentas que auxiliem na decisão dos gestores.

Conforme Grilo e Alves (2012, p. 6), a Lei nº 11.079/2004 condiciona a abertura da licitação à demonstração da conveniência e oportunidade do fornecimento dos serviços mediante PPP. Embora essa exigência legal seja aproximadamente equivalente ao conceito de Análise de Mérito do Projeto (*Value for Money*) adotado no exterior, os governantes brasileiros ainda carecem de metodologias de verificação do mérito do projeto em PPP, aplicáveis ao contexto nacional.

Como consequência dessa ausência de instrumentos (VFM e PSC, por exemplo), que conjugados promovem a transparência e buscam assegurar a legitimidade das eventuais opções por contratação via PPP, o controle das despesas públicas, a vistoria ou inspeção exercidos pelos órgãos de controle, in-

2 De acordo com o art. 2º da Lei 11.079/2004, a Concessão Patrocinada é aquela que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada pelos utentes, contraprestação pecuniária pelo parceiro público, enquanto a Concessão Administrativa é aquela em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta do bem ou serviço.

terno ou externo, restam prejudicados no Brasil, haja vista as escolhas balizarem em critérios subjetivos ou pouco objetivos (conveniência e oportunidade).

O objetivo deste artigo será demonstrar as realidades existentes em Portugal e no Brasil no tocante às práticas adotadas pelas suas Instituições Supremas de Auditoria (ISA), notadamente o Tribunal de Contas de Portugal (TDC) e o Tribunal de Contas da União (TCU), destacando as principais iniciativas adotadas em ambas as nações com a intenção de compará-las, nomeadamente no que tange ao visto prévio (controle a *priori*) instituído em Portugal, mas que é utilizado sob outro prisma pelo TCU ou pelos Tribunais de Contas Estaduais em terras brasileiras.

Este trabalho dividido em quatro seções inclui, além dessa breve introdução, a seção seguinte que abordará especificamente a tutela realizada pelo TDC no controle das PPPs em Portugal, destacando-se a utilização do visto prévio quando da análise do *Value for Money* e do Comparador do Setor Público.

A seção 3 abordará a metodologia utilizada pelo Tribunal de Contas da União no Brasil, com base na legislação vigente e na sua jurisprudência. Por fim, a seção 4 traz os resultados alcançados após a análise dos apontamentos expostos ao longo deste artigo.

2 AUDITORIA DE PPP EM PORTUGAL

O regime das Parcerias Público-Privadas foi instituído em Portugal através do Decreto-Lei nº 86, de 26 de abril de 2003, que subordinava a PPP à análise do VFM confrontando as opções possíveis utilizando o Comparador do Setor Público.

Martins (2014, p. 373) ilustra que, no início, nem referência à partilha de riscos, nem a transferência significativa e efetiva de riscos faziam [...] O artigo 2º do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio, viria a introduzir algumas alterações a essa noção, designadamente com a introdução de risco no conceito.

Nesse contexto, destaca-se que o Tribunal de Contas de Portugal (TDC) é o órgão supremo de fiscalização das despesas públicas do País e está previsto nos artigos 209º e 214º da Constituição da República Portuguesa (CRP). Conforme salienta Tavares (1998, p. 22), “ao longo da História, foi surgindo a necessidade, na generalidade dos Estados, de criar um órgão de controlo financeiro externo e *independente* (relativamente a todas as entidades fiscalizadas) [...] Esta é característica fundamental que apresentam os Tribunais de Contas”.

O TDC é um órgão colegiado e constitucional, ao lado de outros tribunais, como o Tribunal Constitucional e o Supremo Tribunal Administrativo, sendo, portanto, um órgão de soberania ao qual devem ser aplicados os princípios da independência e da exclusiva sujeição à lei, da coadjuvação, da fundamentação, da obrigatoriedade, da prevalência das decisões e da publicidade (TAVARES, 1998, p. 36).

Sua organização está disciplinada ao longo da Lei nº 981997 (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC) que lhe delega em seu artigo 1º a competência para a fiscalização das receitas e das despesas públicas, além da apreciação da boa gestão financeira. Portanto, em matéria de PPP o órgão nacional incumbido pela sua fiscalização configura-se no aludido Tribunal. Ademais, a lei estabelece como garantidas da sua independência o autogoverno, a inamovibilidade e a irresponsabilidade dos seus juízes e a exclusiva sujeição destes

à lei (TAVARES, 1998, p. 37).

Para realizar isso, o TDC possui jurisdição em todo o território português, conforme consagrado no artigo 214º da CRP, abrange toda a ordem jurídica nacional e engloba a Administração Pública central, regional, autônoma e local, como instituição de controle externo, tendo em vista que o Poder Executivo é o responsável pelo controle interno (Ministro das Finanças e Ministro setorial da área temática). Além disso, dispõe das práticas expedidas pela Intosai (TAVARES, 1998), de acordo com o previsto em *Linhas de Orientações (Guide Lines)* e *Procedimentos para o Desenvolvimento de Auditorias Externas a PPP* (2008), de autoria do TDC, que devem ir ao encontro daquelas previstas em sua Lei de Organização e Processo.

Ademais, ao efetuar o desiderato constitucional da fiscalização, o TDC pode utilizar as modalidades de fiscalização prévia (controle *a priori*), sucessiva (controle *a posteriori*) e concomitante (CABRAL, 2009), no que se relaciona ao momento da investigação, estabelecidas nos artigos 44º a 50º da Lei nº 98/1997.

De acordo com Tavares (1998), o sistema de Tribunais de Contas adotado em Portugal, Brasil, Espanha, França e Itália, por exemplo diferentemente daquele estabelecido através Auditorias Gerais no contexto dos países anglo-saxônicos, privilegiam o controle *a posteriori* (sucessivo) e em alguns casos a fiscalização prévia.

Nas palavras de Cury (2012), o controle prévio é aquele que antevê a conclusão do ato, como requisito para sua eficácia, enquanto o sucessivo ou posterior designa-se como aquele cujo objetivo é a revisão dos atos já praticados, com o intuito de corrigir, desfazer ou confirmar. A terceira espécie, concomitante, largamente utilizada pelos países que possuem Auditorias

Gerais como Estados Unidos e Canadá (TAVARES 1998, p. 32), acompanha a sequência dos atos, pois incide sobre a atuação administrativa desde o momento da sua origem até seu término.

A Lei nº 98/1997 legitima ao TDC a fiscalização prévia (TAVARES, 1998) foco deste trabalho, em seus artigos 44º a 48º, ao permitir ao Tribunal a apreciação anterior das condições de realização de uma contratação através de Parceria Público-Privada. No que concerne às auditorias de PPP, Pombeiro (2003, p. 252) esclarece:

O âmbito e objeto de uma auditoria PPP/PFI tanto podem ser específicos e pontuais como genéricos [...] Em geral o núcleo central deste tipo de auditorias não é a certificação de valores e contas como sucede nas auditorias financeiras ou contabilísticas. É antes a avaliação das decisões tomadas por diversas entidades nas circunstâncias concretas em que ocorreram. A apreciação sobre o processo da decisão, o seu racional, a sua regularidade, a sua prudência e o bom senso.

Desse modo, percebe-se a importância do visto prévio do TDC diante das decisões a serem tomadas pela Administração Pública quando da realização de uma PPP. A investigação através da análise do custo-benefício indicado através do *Value for Money*, assim como pela análise por meio do Comparador do Setor Público, configura-se como elemento essencial para o sucesso da empreitada. Pombeiro (2003, p. 253) assinala que:

O objetivo comum das auditorias das 'SAI – Supreme Audit Institutions' ou ISA [...] aos contratos PPP/PFI é o de concluir sobre a regularidade, transparência, fundamentação e bom-senso das sucessivas decisões e sobre a realização ou não de VFM para o parceiro público.

Nesse sentido, a atuação do TDC merece destaque no papel do controle exercido sobre as despesas advindas de PPP. Vale ressaltar que o artigo 48º, da Lei nº 98/1997, estabelece que os atos e contratos sujeitos à fiscalização prévia do Tribunal que possuam valor superior a atualmente 350.000 euros devem necessariamente obter o visto prévio, ou declaração de conformidade, sob pena de não produzirem efeitos.

Desse modo, como já descrito por serem contratos de longo prazo, as PPPs normalmente ultrapassam esse valor e, assim, devem ser submetidas previamente ao crivo do TDC.

Cabe destacar a figura do visto preliminar tácito, previsto no art. 85º da LOPTC, cujo ato ou contrato é considerado visado ou declarado conforme se o TDC não tiver decidido pela recusa do visto no prazo de 30 dias após o registro de sua entrada na Corte de Contas.

Desde os anos 2000, o TDC vem implementando sistematicamente e incrementando as auditorias de PPP com fulcro em práticas bem-sucedidas adotadas internacionalmente. Destacam-se na atuação do Tribunal a auditoria da concessão da Lusoponte (Relatório de Auditoria nº 31/2000), a auditoria à gestão das PPP – Concessões rodoviárias (Relatório de Auditoria nº 10/2008), e a mais recente auditoria da Regulação de PPP no setor das águas (Relatório nº 3/2014).

Os aludidos relatórios levaram o TDC a sistematizar uma metodologia, disposta em *Guide Lines*, com base nas resoluções emitidas pela Intosai. Segundo Cabral (2009, p. 210):

O reconhecimento da importância das auditorias realizadas pelo TC foi desde cedo feito notar. E desde cedo se procurou identificar, tomando por base as boas práticas internacionais em matéria de auditoria pública, os princípios e objetivos que devem nortear

a realização das mesmas. Tendo, designadamente, por referência o modelo de apreciação do VFM [...] adoptou-se um modelo multipilar de autoria [...].

Desse modo, a autora cita os pilares que devem compor uma auditoria de PPP realizada pelo TDC: O primeiro pilar deve compreender a análise dos objetivos do projeto, no qual deve conter a determinação da melhor forma parceria; o segundo pilar deve conter a verificação dos processos de contratação mais adequados, com destaque para o planeamento integral do projeto e o controle dos custos; o último o pilar deve possuir a crítica na qual verifica-se que o melhor contrato possível foi aquele selecionado.

As *Guide Lines* do TDC, de 2008, resumizam as boas práticas adotadas em solo português. De acordo com o documento,

esta óptica de intervenção traduziu uma apreciação substantiva do modelo contratual, até porque o que estava em causa eram dinheiros e valores públicos, cuja utilização estava subordinada a princípios de transparência e responsabilização, no sentido em que a opção Parceria Público Privada deverá justificar o *Value for Money*, isto é, evidenciar vantagens acrescidas em relação à opção tradicional de financiamento direto, por via do Orçamento do Estado [...] (PORTUGAL, 2008, s/p).

No que tange especificamente à efetividade do controle prévio nas PPPs estabelecido pela LOPTC e tendo em vista que esse tipo de controle se encontra em outro patamar de aplicabilidade quando se compara à tutela prévia utilizada no Brasil, cabe ilustrar o Acórdão nº 24/2012, de 13 de julho de 2012, Processo nº 282, proferido pelo TDC. Naquela oportunidade, o Tribunal negou o visto prévio à entidade empresarial muni-

cipal Lamego ConVida (LCONVIDA), pertencente à Câmara Municipal de Lamego, que pretendia contratar através de PPP a Sociedade Anônima LRENOVA para a exploração do pavilhão multiuso daquele município. Ressalte-se que a LCONVIDA detinha 49% do capital da LRENOVA à época dos fatos.

O pretenso contrato seria firmado entre LCONVIDA e LRENOVA no valor de € 33.483.050,00, por um prazo de 24 anos, para a construção e exploração de um pavilhão multiuso destinado a acolher eventos periódicos ou ocasionais. Contudo, de acordo com o TDC,

não se conhecendo quaisquer estudos relativos aos custos e benefícios das possíveis soluções a adotar, a LCONVIDA decidiu lançar um concurso público para a seleção da empresa privada que deveria integrar a parceria, tendo em vista a concessão, financiamento, construção, gestão e exploração do pavilhão [...] Nas peças do procedimento não se vislumbra qualquer indicação sobre o modelo pretendido para a gestão da exploração do pavilhão multiusos (TDC, 2012, p. 25).

Portanto, ao TDC não foi verificado o *Value for Money* da operação, fato este que, aliado a outras ocorrências detectadas no Processo, levou a Corte de Contas à negativa do visto e, assim, a não realização da contratação, protegendo o Erário (municipal) da eventual má utilização dos recursos públicos. Fundamentando sua decisão, a Egrégia Corte afirmou que

a decisão de proceder à constituição de uma parceria público-privada deve assentar em ponderada avaliação dos custos e benefícios dessa solução face às demais que a lei permite no âmbito da contratação pública. **Tal avaliação deve assentar em estudos consistentes quanto à economia, eficácia e efi-**

ciência da solução. [...] no processo [...] nada consta que fundamente a decisão tomada pela LCONVIDA de lançar um procedimento para a formação da parceria [...] Nada no processo se diz mais em termos de fundamentação, que permita saber-se se a ponderação e a avaliação de custos e benefícios entre a solução da parceria e outras soluções foram feitas (TDC, 2012, p. 39, grifo meu).

Pombeiro (2003) salienta que as auditorias atinentes aos processos de contratação via PPP possuem essencial importância no que tange ao momento de sua realização. De acordo com o autor:

Não sendo a auditoria concomitante, a primeira auditoria deve realizar-se **antes ou logo após a adjudicação do contrato** [...] Esperar pelo fim significa afastar a possibilidade de introduzir correções e evitar a repetição de erros para casos semelhantes [...] quanto mais cedo se efetuar a auditoria mais prospectiva ela será, isto é, mais terá de concluir sobre a bondade das decisões tomadas (regularidade, economia, eficiência e eficácia) [...] (POMBEIRO, 2003, p. 259, grifo meu).

Diante do exposto, resta evidente a importância que o TDC possui no contexto das auditorias sobre as contratações realizadas pela Administração Pública em Portugal, sejam a nível nacional ou a nível local, pois resguarda os cofres públicos ao evitar que os recursos sejam pretensamente empregados ineficientemente. Vale ressaltar, por fim, que além da atuação prévia da Corte, existem as auditorias concomitantes e posteriores que subsidiam os julgadores a emitirem pareceres contrários ou favoráveis. Conforme cita Pombeiro (2003, p. 259), além da fiscalização prévia, “devem efetuar-se pelo menos três outras

auditorias: uma no fim da fase de construção/produção de ativos, outra quando o projeto esteja em velocidade cruzeiro e a terceira próxima do seu termo”.

Após essa apertada apresentação sobre como o instituto das PPPs é encarado e auditado em Portugal, focalizando-se na questão da auditoria prévia, cuja atenção deve ser voltada para a análise da Relação Qualidade-Preço, traduzida no *Value for Money*, assim como na utilização do *Public Sector Comparator*, a próxima secção abordará o tema no âmbito das contratações efetuadas no Brasil, destacando, para tanto, a atuação do Tribunal de Contas da União, mormente no que tange à metodologia de fiscalização utilizada na análise das PPPs.

3 AUDITORIA DE PPP NO BRASIL

No Brasil, a Lei 11.079/2004 institui o regime de licitação e contratação pública através de Parcerias Público-Privadas no âmbito das Administrações Públicas Federal, Estaduais, Municipais e Distrital. O diploma, conforme já destacado, distinguiu a PPP patrocinada da administrativa e estabeleceu que os contratos provenientes de PPP deveriam ser superiores a R\$ 20.000.000,00, com duração superior a 5 anos e inferior a 35 anos. Ademais, o artigo 5º da aludida Lei prevê a repartição de riscos entre os parceiros envolvidos, inclusive no que tange a casos fortuitos, de força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Cabe destacar também que a legislação impôs a criação de uma sociedade de propósito específico antes da celebração do contrato, que deve implantar e gerir o objeto da parceria.

O artigo 10 impõe que para que se promova a contrata-

ção via PPP deve existir a abertura de certame licitatório, na modalidade concorrência, contendo a autorização de autoridade competente fundamentada em estudo técnico capaz de demonstrar a conveniência e a oportunidade da aquisição.

Nesse sentido, é possível inferir que a análise do *Value for Money* em terras brasileiras consubstancia-se na evidencição da conveniência e oportunidade que, conjugadas, deflagram a Análise do Mérito em PPP no Brasil. Grilo e Alves (2012, p. 9) informam:

A Análise do Mérito do Projeto constituirá, portanto, uma referência para a demonstração, por meio de estudo técnico fundamentado, previamente à abertura da licitação, da conveniência e da oportunidade da contratação mediante PPP, em observância às diretrizes do artigo 10 da Lei nº 11.079/2004.

Os autores dissertam ainda que

[...] para fins de demonstração da conveniência e da oportunidade do projeto, ou Análise do Mérito do Projeto, o estudo técnico mencionado no item I do art. 10 da Lei de PPP deve ser apresentado como uma análise *ex ante* do custo provável da execução dos serviços da forma tradicional vis-à-vis o custo provável do fornecimento dos serviços mediante PPP. Tal estudo é, pois, elemento central para instituir a decisão de se fazer ou não a PPP (GRILLO; ALVES, 2012, p. 9).

Portanto, verifica-se na legislação brasileira a exigência de estudo técnico que balize a contratação através de parceria público-privada. Apesar de incipiente, comparando-se à larga experiência internacional, esse estudo serve como justificativa para a escolha da parceria entre entidades privadas e públicas.

Contudo, a lei foi silente no que concerne à fiscalização a ser realizada a cabo dos Tribunais de Conta da União, Estaduais, Municipais e Distrital. A única menção proposta está cristalizada em seu artigo 15, que estabelece que compete aos ministros e às agências reguladoras (autoridades reguladoras independentes), em suas respectivas áreas temáticas, submeter o edital ao órgão gestor das PPP no País, além de proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar contratos advindos dessa modalidade.

Apesar disso, o TCU e demais tribunais encontram no art. 113 da Lei 8.666/1993 a legitimidade para proceder à fiscalização prévia das contratações mediante PPP. O § 2º do aludido artigo dispõe que até o último dia anterior à data do recebimento das propostas os Tribunais de Contas, além dos órgãos de controle interno, possuem a prerrogativa de solicitar o edital do certame e podem obrigar a administração responsável a adotar medidas corretivas pertinentes.

Ante o exposto, percebe-se que no Brasil, diferentemente de Portugal, o grau de controle prévio é limitado, haja vista a possibilidade de corrigir as peças do procedimento concorrencial. Os tribunais, portanto, não possuem a legitimidade de impedir que uma contratação ocorra, mas apenas orientam a melhoria do procedimento.

Corroborando o argumento exposto, o Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2001, p. 235) ensina:

No sistema brasileiro, a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamental, mediante controle externo do Tribunal de Contas é, de regra, exercida *a posteriori*, e não *a priori*. Salvo exceção expressa não tem apoio constitucional qualquer controle prévio sobre atos ou contratos da Administração direta

ou indireta, nem sobre a conduta de particulares que tenham gestão de bens e valores públicos.

As exceções à utilização ao controle *a priori* consubstanciam-se no já citado comando da Lei 8.666/1993, bem como em inciso da Constituição da República Federativa de 1988 que permitiu ao TCU a sustação, e não a anulação, de ato impugnado, fato este que reforça o entendimento da fiscalização anterior aos atos localizar-se em um patamar abaixo daquele exercido pelo TDC em Portugal, fragilizando a eficácia do controle das despesas no País.

Conforme Tavares (1998), o poder de fiscalização prévia no Brasil existiu até 1967, quando o País controlado pela ditadura militar optou por abolir o instituto previsto na Constituição Federal de 1946.

Cury (2012) lembra que o controle “apriorístico” estava previsto na primeira Constituição Republicana do Brasil, promulgada em 1891, mas restou criticada por supostamente paralisar a Administração, dificultando as suas atividades. Após citar a ressalva da atual constituição, o autor cita que

a resistência ao alargamento do exame apriorístico dos atos administrativos foi, contudo, excepcionada textualmente na Lei nº 8.666 [...] que, no seu artigo 113, § 2º, prescreve que os Tribunais de Contas poderão solicitar [...] cópia do edital de licitação já publicado, obrigando [...] a adoção de medidas corretivas (CURY, 2012, p. 67).

Tendo em vista a limitação inerente do controle *a priori* praticado pelas Cortes de Contas no Brasil, o TCU diante do instituto das PPPs, relativamente recente no País, regulamentou através da Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007,

ações fiscalizatórias a serem exercidas pelo Tribunal no mister da auditoria da licitação, contratação e execução contratual advindas das aludidas parcerias. Vale salientar que assim como ocorre no âmbito do TDC o TCU segue as orientações expedidas pela Intosai, organismo internacional que parametriza e converge normas e práticas de auditoria realizadas pelas Instituições Supremas de Auditoria das nações.

Mediante essa instrução normativa, o TCU dispôs que o acompanhamento dos processos de PPPs deve ser concomitante, sendo realizado em cinco estágios. O primeiro está relacionado com a análise dos estudos de viabilidade técnica e financeira que abrangem a conveniência e a oportunidade das contratações, isto é, a Análise do Mérito do Projeto. O segundo estágio serve para averiguar se houve a convocação para consulta pública, se o edital foi previamente aprovado pelo CGP e se as eventuais impugnações dos editais foram apresentadas.

No terceiro estágio, o TCU analisa os questionamentos e esclarecimentos que foram porventura enviados aos participantes da licitação, enquanto no quarto estágio verifica-se a fase de julgamento das propostas. Por fim, o quinto estágio audita a conformidade o ato de adjudicação, a constituição da sociedade de propósito específico e o contrato da PPP assinado.

A Instrução Normativa 52/2007 também regula que ficam as unidades técnicas autorizadas a realizar diligências para o saneamento de eventuais falhas e que ao decorrer a assinatura do contrato o Ministro Relator do processo de fiscalização deve receber concomitantemente, em até 20 dias, informação quanto à adequação do termo contratual às diretrizes da licitação.

No que concerne à execução contratual, essa instrução normativa dispõe que cabe ao órgão de controle a fiscalização

do fiel cumprimento das normas contidas nas cláusulas contratuais, além de avaliar a gestão da entidade adjudicante. Cabe destacar que o CGP deve encaminhar anualmente ao TCU o relatório de desempenho das PPPs para possibilitar o monitoramento dos contratos ao Pretório órgão fiscalizador.

Para ilustrar a atuação concomitante da Corte de Contas brasileira em fiscalização de PPP, cabe evidenciar o Acórdão TCU nº 3079/2010 – Plenário, no qual se abordou a auditoria do segundo estágio de uma PPP para projeto de irrigação do Pontal do município de Petrolina, Pernambuco, de responsabilidade do Ministério do Planejamento e Gestão, do Ministério da Integração Nacional, do Ministério da Fazenda, da Agência Nacional de Águas e da Companhia de Desenvolvimento do Vale do São Francisco e do Parnaíba.

No julgado, a Corte Superior destacou que “dada a previsão da IN nº 52 [...] durante o primeiro estágio de acompanhamento coube à 4ª Secretaria de Controle Externo (4ª Secex) manifestar-se acerca dos estudos e impacto ambiental e o respectivo licenciamento” (BRASIL, 2010, s/p). No que se refere ao segundo estágio de acompanhamento, o TCU afirmou que “ao serem analisados o edital e a minuta do contrato, verificou-se que as normas legais vigentes foram satisfatoriamente contempladas [...] Restaram ressalvas, no entanto, em relação ao compartilhamento de ganhos econômicos e penalidades previstas para o concessionário” (Ibidem). Por fim, o Tribunal prolatou o que segue:

ACORDAM os Ministros Tribunal de Contas da União [...] em: 9.1 aprovar o segundo estágio de acompanhamento da parceria público-privada do Projeto de Irrigação Pontal. 9.2 determinar ao Ministério da Integração Nacional que não assine o con-

trato de concessão patrocinada [...] antes da publicação da resolução da Agência Nacional de Águas que estabelece penalidades aplicáveis nos casos de inexecução parcial ou total do contrato. 9.3 Alertar o Ministério da Integração Nacional e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, sempre que a demora na realização de licitação e contratação de parceria público-privada superar 18 meses desde a realização dos estudos ou da avaliação anterior, há necessidade de revisão do estudo de viabilidade [...] (BRASIL, 2010, s/p).

Desse modo, verifica-se que no Brasil pode-se afirmar que o controle prévio, ferramenta eficaz no controle das contas de Portugal por parte do TDC que possui a prerrogativa de recusar o visto prévio ou não declarar a conformidade quando verificadas inconformidades, situa-se em um nível menos rígido, tendo em vista que a maioria das ações no que tocam às PPPs congregam-se no controle concomitante e posterior. Ademais, infere-se do Acórdão supra do TCU que as determinações, alertas e recomendações possuem caráter pedagógico e não repressivo, tendo em vista que a preocupação concerne no fato de correção das imperfeições detectadas. Apenas em caso de descumprimento de suas determinações, o TCU atua repressivamente aplicando penalidades cabíveis previstas em lei aos interessados.

Infere-se assim que a opção do legislador constitucional e ordinário enfraquece a atuação das Cortes de Contas do País, pois o controle *a priori* é encarado no Brasil como mais um mecanismo de engessamento das ações governamentais, o que vai de encontro à tendência mundial de acompanhamento das PPPs em todas as suas fases, inclusive naquela que se antecede ao desembolso de recursos públicos.

4 CONCLUSÃO

A atuação das Instituições Superiores de Auditoria no desiderato constitucional da fiscalização dos recursos públicos pelas Cortes de Contas tanto de Portugal como do Brasil é atividade fundamental para a garantia do estado democrático de direito. A constatação do *Value for Money* e a avaliação do Comparador do Setor Público pelos órgãos de auditoria são ações que atestam que essas ferramentas subsidiam verdadeiramente a tomada de decisão por parte dos administradores públicos.

Conforme destacado neste trabalho, o Tribunal de Contas português possui larga experiência no contexto das auditorias no âmbito das Parcerias Público-Privadas, fato este que culminou com a publicação de suas *Guide Lines* sobre auditoria de PPP em 2008. Descreveu-se também os tipos de controle utilizados pelo TDC, cristalizados em sua Lei de Organização e Processo, com foco no crivo prévio implementado e em pleno vigor no Estado português.

Demonstrou-se também a vertente de controle *a priori* utilizada no Brasil quando do controle das verbas públicas, identificando que no Brasil, diferentemente da espécie adotada em Portugal, a fiscalização prévia pode ser considerada como mais branda, haja vista a impossibilidade de o Tribunal de Contas da União não autorizar a assunção das despesas previamente, mas tão somente lhe cabe emitir recomendações, alertas e orientações no que tange ao aperfeiçoamento de falhas detectadas no exame do edital das licitações.

Além disso, verificou-se que a Corte de Contas brasileira concentra as atividades no controle concomitante no que se cinge especificamente ao controle das despesas oriundas

de PPP, tendo em vista a expedição da Instrução Normativa 52/2007, o que corrobora o entendimento de que a fiscalização prévia não recebe atenção especial como a conferida ao Tribunal de Contas português.

Portanto, à luz dos resultados alcançados é possível concluir que a atuação do TDC no controle a priori pode ser considerada mais eficaz e mais robusta que aquela praticada no Brasil, pois em território português é indispensável que se demonstre através dos estudos de *Value for Money*, conjugado com o Comparador do Setor Público, que a alternativa mais viável para atingir o interesse público mediante obra ou serviço público seja efetivado através de PPP, quando no Brasil a análise da oportunidade e da conveniência da licitação nessa modalidade parece não ser tão objetiva.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1.

_____. 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção 1.

_____. Instrução Normativa nº 52, de 4 de julho de 2007. Tribunal de Contas da União. Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 jul. 2007. Seção 1.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3079/2010, TC 009.724/2008-7. Conselheiro Relator: Aroldo Cedraz. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. Ministério da Integração Nacional. Ministério da Fazenda. Agência Nacional de Águas. Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba, Brasília. Data da sessão: 17/11/2010.

CABRAL, M. N. **As parcerias público-privadas**. Coimbra: Almedina, 2009.

CURY, M. N. **A competência fiscalizatória prévia do Tribunal de Contas nas licitações públicas**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em <<http://bit.ly/2nVKxIE>>. Acesso em: 3 maio 2015.

GRILO, L. M.; ALVES, R. T. **Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos de PPP no Brasil**. São Paulo, 2012. Disponível em <<http://bit.ly/2mwRhtt>>. Acesso em: 2 maio 2015.

MARTINS, L. L. **Empreitada de obras públicas: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato pú-**

blico (em especial, o equilíbrio econômico-financeiro). Coimbra: Almedina, 2014.

MAZZA, A. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTUGAL. Lei nº 98, de 26 de agosto de 1997. Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas. **Diário da República**, n. 196, 26 ago. 1997. I Série – A.

_____. **Decreto-Lei n. 86, 26 de abril de 2003**. Define normas aplicáveis às parcerias público-privadas. Disponível em: < http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1237&tabela=leis >. Acesso em: 20 abr. 2014.

PORTUGAL. Tribunal de Contas da União. **Linhas de orientação (Guide Lines) e procedimentos para o desenvolvimento de auditorias externas a PPP**. Lisboa, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/2nbHqX0>>. Acesso em: 30 abr. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 24/2012 – 1º S/SS. Processo n. 282. Conselheiro Relator: João Figueiredo. Lamego ConVida – Gestão de Equipamentos Municipais. Câmara Municipal de Lamego. Lamego Renova – Construção e Gestão de Equipamentos S/A. Lisboa. Data da sessão: 13 jul. 2012.

POMBEIRO, A. A. **As PPP/PFI: parcerias público privadas e a sua auditoria**. 2. ed. Lisboa: Áreas, 2003.

SARMENTO, J. M. Do Public-Private Partnerships create value

for money for the public-sector? The Portuguese experience. **OECD Journal on Budgeting**, Paris, v. 10, n. 5, p. 1-27, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/portugal/48168959.pdf>>. Acesso em: 1º maio 2015.

TAVARES, J. F. F. **O Tribunal de Contas: do visto em especial**. Coimbra: Almedina, 1998.

As organizações sociais e a apropriação do saldo remanescente: há controle *a posteriori*?

Social organizations and the appropriation of the remaining balance: is there ex post control?

Liliana Costa de Oliveira¹

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar o controle existente sobre a suposta utilização do saldo financeiro remanescente apropriado, pelo cumprimento das metas pactuadas nos contratos de gestão firmados pelas Organizações Sociais (OS), no âmbito do estado do Ceará. As questões de fundo deste estudo são: apresentação de um breve histórico sobre a instituição do Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais; descrição de como, hoje, se dá, legalmente, a apropriação dos saldos remanescentes; e destaque para a ausência de divulgação desses valores apropriados – de prestação de contas dos saldos financeiros apropriados e de transparência do processo. Este estudo discute as falhas na legislação cearense, apontando seus problemas e a falta de acompanhamento *a posteriori* por parte das contratantes e instituições de controle, bem como a pouca transparência no que se refere ao destino dado aos supostos recursos apropriados. A metodologia de pesquisa é do tipo bibliográfica e qualitativa, com técnicas de análise comparada e documental. Entre as conclusões, destaca-se que não há um procedimento unificado no âmbito do esta-

¹ Contadora pela Universidade Estadual do Ceará (UECE) e Especialista em Administração de Recursos Humanos pela Universidade Vale do Acaraú – UVA. E-mail: liliana.oliveira27@yahoo.com.br

do do Ceará no que tange à apropriação dos saldos financeiros remanescentes dos contratos firmados, tampouco um acompanhamento estruturado da utilização, de acordo com a lei, desses recursos, muito menos penalizações para os atos comprovados divergentes dos fins a que se destinam os referidos recursos.

Palavras-Chave: Organizações Sociais. Contrato de Gestão. Prestação de Contas. Transparência.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the existing control over the supposed use of the remaining financial balance, for the fulfillment of the goals agreed in the management agreements signed by the Social Organizations (OS) in the state of Ceará, Brazil. The main issues of this study are: presentation of a brief history about the foundation of the State Program of Incentive to Social Organizations; description of how the appropriation of the remaining balances happens, legally, nowadays and highlight the absence of disclosure of these appropriated amounts – from the presentation of the remaining financial balances that were appropriated to the transparency of the process. This study discusses the flaws in the legislation of Ceará, pointing out its problems, the lack of ex post control by the contractors and the control institutions, as well as the lack of transparency regarding the destination of the supposed appropriated resources. The research used bibliographic and qualitative methodologies, with techniques of comparative and documentary analysis. Among the conclusions, it is worth noting that there is no unified procedure, in the state of Ceará, regarding the appropriation of the remaining financial balances of the contracts signed, as well as a structured follow-up of the use, in accordance with the law, of these resources, much less penalties for proved acts that diverge from the purposes inten-

ded initially to those resources.

Keywords: Social Organizations. Management Agreement. Accountability. Transparency.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO

De acordo com o Relatório de acompanhamento dos contratos de gestão (CEARÁ, 2016), referente ao 1º semestre de 2016 – elaborado pela Coordenadoria de Cooperação Técnico-Financeira (Cotef), da Secretaria do Planejamento e Gestão (Seplag), no âmbito do Governo do Estado do Ceará –, foram celebrados vinte contratos de gestão, com repercussão financeira de R\$ 754.255.188,86.

Além de outros dados, o supracitado relatório apresenta a evolução dos contratos de gestão firmados entre o estado do Ceará – que, até o momento, qualificou como Organização Social (OS) seis entidades civis de direito privado sem fins lucrativos. O relatório traz que de 2007 até junho de 2016, ou seja, menos de nove anos, houve um crescimento de mais de duas vezes (2,22) no número de contratos firmados e de quase dez vezes (9,93) no volume de recursos contratados.

Contudo, pelo relatório acima mencionado, não se tem o real valor que foi utilizado nas metas e nem o que foi apropriado pelas OS para ser utilizado em suas atividades, como reza o artigo 9º, da Lei nº 15.356, de 4 de junho de 2013 (CEARÁ, 2013b). Também não há citação, pela coordenadoria em tela, se há, até o momento, prestação de contas do saldo apropriado, ou seja, não se sabe se houve o controle a posteriori por parte das contratantes e da própria Seplag.

O objetivo deste artigo é analisar o controle existente, atualmente, sobre a suposta utilização do saldo financeiro remanescente apropriado, pelo cumprimento das metas pactuadas nos contratos de gestão firmados pelas OS, no âmbito do estado do Ceará.

Para sua consecução, partiu-se de um levantamento teórico acerca do surgimento e caracterização das supramencionadas OS, dos princípios que as regem, do que diz a legislação regulamentadora quanto à forma de apropriação dos saldos financeiros remanescentes e, finalmente, da prestação de contas dos saldos em comento, ou seja, do acompanhamento a posteriori, por parte dos contratantes, dos órgãos de controle, da sociedade e demais interessados. Destaca-se que tal acompanhamento faz-se necessário para que se possa tornar transparente a utilização dos saldos e se garanta a boa e regular utilização dos recursos públicos.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Conceitos iniciais

É de suma importância, antes de qualquer imersão no estudo, esclarecer alguns conceitos que se farão necessários ao melhor entendimento da temática em comento, a começar por OS – que, de acordo com Eurico de Andrade Azevedo é:

Uma qualificação, um título, que se outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a realização de seus fins, que devem ser

necessariamente de interesse da comunidade. (AZEVEDO, 1999, p.124)

Dito isso, poderão ser qualificadas como OS, pelo poder Executivo, de acordo com o artigo 1.º da Lei Estadual nº 12.781/97, as:

Pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, ao trabalho e à educação profissional, à ação social e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesta Lei. (CEARÁ, 1997)

De acordo com Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt:

Com o objetivo de alcançar melhores resultados na Administração Pública, criaram-se novos instrumentos no âmbito do Direito Público, para conferir maior autonomia aos entes administrativos ou estabelecer parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos. Dentre tais medidas, sobressai o contrato de gestão. (BITTENCOURT, 2005)

Para a Lei Federal nº 9.637/98 (BRASIL, 1998a), em seu artigo 5º, contrato de gestão é o:

“instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no artigo 1º”.

De acordo com o *Manual do contrato de gestão*, elaborado pela Seplag:

O Contrato de Gestão é uma espécie de ajuste criado pela Lei Federal 9.637, de 15/05/98, que reúne características dos contratos e convênios tradicionais. Sua principal finalidade é a disponibilização de recursos públicos para entidades do Terceiro Setor, que obtenham para tanto, a qualificação de Organizações Sociais (OS). (CEARÁ, [200-?], p. 6)

Ainda de acordo com Marcus Vinícius Corrêa Bittencourt:

Desde 1991, inúmeros decretos, como o Decreto nº 137/91 (Programa de Gestão das Empresas Estatais), tratavam do contrato de gestão na área federal. A intenção principal era liberar as pessoas administrativas da Administração Indireta de certos controles decorrentes do regime de direito público, caso atingissem determinadas metas previamente estipuladas. Conforme, entretanto, esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quanto a esses contratos com entes da Administração Indireta, “tendo sido a matéria disciplinada apenas por meio de decreto, os poucos contratos de gestão celebrados na esfera federal acabaram sendo impugnados pelo Tribunal de Contas, já que as exigências de controle ou decorrem da própria Constituição ou de leis infraconstitucionais, não podendo ser derogadas por meio de decreto ou de contrato”.

Com a Emenda Constitucional nº 19/98, o contrato de gestão passou para a alçada constitucional com previsão no art. 37, § 8º: “a autonomia gerencial, orçamentária e financeira da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: I – o prazo de duração do contrato; II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; III – a remuneração do pessoal”.

Diante desse panorama, pode-se separar três situa-

ções distintas frente ao instituto contrato de gestão:
a) contrato entre o Poder Público e entidades da Administração Indireta; b) “contrato” entre órgãos;
c) contrato entre o Poder Público e “organizações sociais”. (BITTENCOURT, 2005)

Dito isso, faz-se necessário destacar a diferença entre o contrato de gestão e o contrato administrativo, que, segundo Hely Lopes Meirelles (2001), é todo acordo de vontades, firmado livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. Em princípio, todo contrato é negócio jurídico bilateral e comutativo, ou seja, ele é realizado entre pessoas que se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Pressupõe como pacto consensual, liberdade e capacidade jurídica das partes para se obrigarem validamente; como negócio jurídico, requer objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei. O autor complementa que é o ajuste que a administração, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria administração.

Como indica Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), o termo contrato administrativo tem sido utilizado de forma imprópria e muito infeliz, proporcionando equívocos, pois estão radicalizadas situações jurídicas muito distintas, como: a) contratos em que os poderes reconhecíveis ao poder público advêm diretamente das disposições legais e por isso não lhe poderão ser negados mesmo que as cláusulas contratuais não os estabeleçam; b) “contratos” em que os poderes de instabilização da relação jurídica existiriam independentemente de qualquer previsão contratual ou normativa explícita. É o que se passa com as concessões de serviço público ou de utilização do domínio público.

Tais figuras também divergem de convênio administrativo

que, segundo a enciclopédia livre Wikipédia (CONVÊNIO, 2016):

Na administração pública brasileira, se refere a acordos firmados entre uma entidade da administração pública federal e uma entidade pública estadual, distrital ou municipal da administração direta ou indireta ou entidades particulares sem fins lucrativos, para realização de objetivos de interesse comum entre os participantes (chamados de partícipes). [...] No âmbito federal, o tema é parcialmente regulado pelo Decreto 6.170/2007, que trata exclusivamente dos convênios onerosos. A matéria também é regulada pela Portaria nº 127/2008 que dá outros pormenores sob a ótica do Tesouro Nacional. A formação de um convênio é uma das formas possíveis de disciplinar a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

Portanto, não se trata de um contrato, e sim de um acordo, pois não é vinculante nem possui partes com interesses conflitantes.

Esclarecidos os conceitos acima, retornamos ao tema contrato de gestão. No âmbito do estado do Ceará, o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais foi instituído por meio da Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997, que dispõe sobre a qualificação das OS cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à educação profissional, à ação social, à saúde e ao esporte, e regulamentado por decreto.

Posteriormente, em 2008, o leque das atividades foi ampliado e foram incluídas as áreas do turismo, defesa do consumidor e esporte, por meio da Lei nº 14.158, publicada em 1º de julho.

Em 2013, as Leis nº 15.356 e 15.408, de 12 de junho e 12 de agosto, respectivamente, alteraram alguns dispositivos da

Lei nº 12.781/97 que, mais à frente, comentaremos.

2.2 Princípios constitucionais e legislação aplicável às OS

De acordo com Oliveira (2016), como inovação em relação às constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 regulamenta um capítulo específico para a organização da administração pública, e determina no artigo 37 que a administração pública direta e indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Esses são considerados os princípios da Administração Pública explícitos e aos quais nos deteremos durante a nossa explanação:

a) da legalidade: é um dos mais importantes para a administração pública e tem como núcleo basilar o disposto no artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1998), que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, o administrador público deve fazer as coisas sob a regência da lei imposta e só pode fazer o que a lei lhe autoriza;

b) da impessoalidade: a imagem de administrador público não deve ser identificada quando a administração pública estiver atuando. Outro fator é que o administrador não pode fazer sua própria promoção, tendo em vista seu cargo, pois esse atua em nome do interesse público. Além disso, ao representante público é proibido o privilégio de pessoas específicas, posto que todos devem ser tratados de forma igual;

c) da moralidade: o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1994) analisou o princípio da moralidade administrativa e ma-

nifestou-se afirmando que “o agente público não só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César”;

d) da publicidade: de acordo com Justen Filho (2014), o princípio da publicidade impõe que todos os atos do procedimento sejam previamente levados ao conhecimento público, que a prática de tais atos se faça na presença de qualquer interessado e que o conteúdo do procedimento possa ser conhecido por qualquer um;

Para Moraes (2002), a regra, pois, é que a publicidade somente poderá ser excepcionada quando o interesse público assim determinar, prevalecendo esse em detrimento do princípio da publicidade.

e) da eficiência²: o administrador tem o dever de fazer uma boa gestão, devendo trazer as melhores saídas, sob a legalidade da lei, bem como as mais efetivas. Com esse princípio, o administrador obtém a resposta do interesse público e o Estado possui maior eficácia na elaboração de suas ações. Esse princípio foi inserido após a Emenda Constitucional nº 19/98, relativo a Reforma Administrativa do Estado.

No que se refere à Constituição Estadual (CEARÁ, 2016, p. 16), os princípios acima elencados estão instituídos no inciso IV do artigo 14, que assim dispõe:

O estado do Ceará, pessoa jurídica de direito público interno, exerce em seu território as competências que, explícita ou implicitamente, não lhe sejam vedadas pela Constituição Federal, observados os seguintes princípios: [...] IV – respeito à legalidade, impessoalidade, à moralidade, à publicidade, à eficiência e à probidade administrativa.

2 Este princípio foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19, publicada no Diário Oficial da União, de 5 jun. 1998.

Do exposto, cabe portanto esclarecer o que se compreende por probidade administrativa. Ainda de acordo com Oliveira (2016), que nos traz o conceito de Barboza (2013), probidade administrativa é a caracterização atribuída pela Lei nº 8.429/1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa (LIA), a determinadas condutas praticadas por agentes públicos e, também, por particulares que nelas tomem parte.

O termo improbidade, segundo a mesma autora, é empregado em outros textos legais, como, por exemplo, no Novo Código Civil, em seu artigo 422, que diz que a **conclusão** e a **execução dos contratos** estão sujeitas aos princípios de probidade e boa-fé (grifos nossos).

Da mesma forma, a Lei nº 8.666/93 estabelece, alinhando-se ao sistema da LIA, conforme artigo 3º, que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com, entre outros, o princípio da probidade administrativa.

Ademais, e ainda mais recente, a supracitada autora ainda cita a Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que estabeleceu hipóteses de inexigibilidade que visem à proteção da probidade administrativa e da moralidade no exercício do mandato.

Por fim, segundo a Lei estadual nº 15.408, de 12 de agosto de 2013, em seu artigo 18, que alterou o caput do artigo 18 da Lei nº 12.781/97:

Art. 18. A Organização Social deverá dispor de regimento próprio, contendo os procedimentos a serem adotados para fins de aquisição de materiais, obras, serviços e empregados, com a utilização de recursos provenientes do Contrato de Gestão, observados os princípios da **legalidade**, da impessoalidade, da **moralidade**, da eficiência, da **transparência**, da isonomia e da publicidade. (grifos nossos) (CEARÁ, 2013c)

Dito isso, cabe-nos enfatizar que, a utilização de recursos provenientes dos contratos de gestão devem obedecer ao conjunto dos princípios acima mencionados e, a observação a um não exclui a obrigatoriedade de observação aos demais; ou seja, não é porque uma conduta ou ato é legal, atende à lei, que o(a) mesmo(a) é moral ou muito menos transparente. A organização social deve, portanto, observar a todos os princípios e não somente a um deles.

Se, conforme artigo 13 da Lei nº 12.781/97, às OS que celebrarem contrato de gestão poderão ser destinados recursos públicos e bens públicos necessários ao cumprimento de seus objetivos, e esses recursos, de acordo com o seu parágrafo 3º, recebidos pela OS, por meio do contrato de gestão, serão aplicados, exclusivamente, em despesas necessárias à execução das metas previstas no referido contrato, há de se entender que a destinação está bem definida, qual seja, os recursos destinam-se ao cumprimento das metas.

Contudo, sobre o assunto em comento, no que diz respeito à apropriação do saldo financeiro remanescente, a mesma Lei estadual nº 15.356/13, em seu artigo 13, parágrafo 5º estabelece que:

Art. 13 [...].

§ 5º Atestado o cumprimento das metas estabelecidas no Contrato de Gestão pela Comissão de Avaliação prevista no art. 10 desta Lei, os saldos financeiros remanescentes **poderão** ser apropriados pela organização social, hipótese em que devem ser aplicados integralmente no desenvolvimento de suas atividades. (grifo nosso) (CEARÁ, 2013b)

Vê-se, portanto, que há uma possibilidade dos recursos destinados primordialmente à aplicação nas metas pactuadas

terem nova destinação, ou seja, há uma desvirtuação no rumo dos recursos. Isso está na lei, é legal, porém há que se indagar se tal aplicação é moral e transparente.

3 OBJETIVO DO ESTUDO

Com base no que estabelece o parágrafo 5º do artigo 13, da Lei nº 15.356/13, citado anteriormente, e de acordo com o *Relatório de acompanhamento dos contratos de gestão* (CEARÁ, 2016), referente ao 1º semestre de 2016, que apresenta, entre outros tópicos, a evolução, nos últimos 8 anos; o volume de recursos financeiros contratados entre o estado do Ceará e as organizações sociais; como se deu a alocação desses recursos por secretaria, por OS, por fontes e por componentes de despesa. Além disso, traz uma descrição das atividades desenvolvidas pela Cotef, quais sejam: a análise de contratos e aditivos e o acompanhamento das avaliações dos contratos de gestão.

Como se vê, a coordenadoria supramencionada faz um trabalho prévio e concomitante à execução dos contratos de gestão, no âmbito do estado do Ceará. Utilizando-se do Sistema de Controle dos Contratos de Gestão (SCCG), o acompanhamento dos processos de avaliação dos contratos se dá por meio da inclusão, pelos contratantes, dos documentos referentes à avaliação dos contratos.

Tais avaliações são realizadas pelas comissões de avaliação, conforme preconiza o artigo 10 da Lei nº 15.356/13:

Art.10. A execução dos contratos de gestão, de que trata esta Lei, será fiscalizada e avaliada por Comissão de Avaliação composta por 3 (três) represen-

tantes do órgão ou entidade supervisora da área da atividade fomentada, designados por ato formal do Secretário de Estado ou autoridade competente.

§1º À Comissão de Avaliação incumbirá:

[...].

III – avaliar os relatórios apresentados pela organização social;

IV – elaborar e encaminhar ao Secretário relatório conclusivo da avaliação procedida;

[...].

§2º A Organização Social apresentará à Comissão de Avaliação, mensalmente, relatório pertinente à execução do Contrato de Gestão, contendo comparativo das metas propostas com os resultados alcançados e a correspondente execução financeira.

§3º A Comissão de Avaliação realizará avaliação trimestral dos resultados alcançados e encaminhará ao Secretário de Estado do órgão ou entidade contratante, ao Conselho de Administração e ao Conselho Fiscal relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

§4º Diante de fatos supervenientes que venham comprometer resultados esperados com a execução do Contrato de Gestão, a Comissão de Avaliação poderá propor a revisão de quantidades e valores das metas estabelecidas.

§5º A revisão de metas, de que trata o parágrafo anterior, deve ser autorizada previamente pelo Secretário ou autoridade competente do órgão ou entidade supervisora, e formalizada por meio de Termo Aditivo. (CEARÁ, 2013b)

Nota-se, do exposto, que o trabalho da comissão encerra-se com a elaboração do relatório de avaliação final, e tal relatório está limitado ao cumprimento ou não das metas pactuadas. Os demais atos, referentes à apropriação do saldo financeiro remanescente, não são mencionados, deixando um *gap* no processo de encerramento dos contratos de gestão.

Com base na legislação, e nos manuais mais adiante des-

critos, e na evolução considerável, nos últimos 9 anos, no volume de recursos financeiros contratados entre o estado do Ceará e tais OS, passando de 75 milhões, em 2007, para mais de 750 milhões, até junho de 2016, este trabalho tem como objetivo analisar o controle existente, atualmente, sobre a utilização do saldo financeiro remanescente apropriado, pelo cumprimento das metas pactuadas nos contratos de gestão firmados pelas OS, no âmbito do estado do Ceará, apresentar as lacunas existentes na legislação estadual em vigor, no que se refere às exigências de prestação de contas dos saldos supracitados, por parte das OS, dando transparência à apropriação de tais saldos.

4 CONTROLE DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Outro ponto de grande relevância, tratado por Rachel Zolet (2011), que não se pode deixar de lembrar e que se refere ao tratamento jurídico conferido às OS, é a carência de previsão legal com relação ao controle exercido pela administração pública, no que toca à destinação dos recursos públicos auferidos por tais entidades.

É de se ressaltar que os recursos destinados às OS para a execução do contrato de gestão não ficam consignados no orçamento da União, mas sim constituem receita própria das entidades beneficiadas. Desse modo, a execução do contrato de gestão não se sujeita aos ditames da execução orçamentária, financeira e contábil governamentais.

Ainda no que diz respeito ao controle administrativo das receitas despendidas com os serviços públicos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 935) pontua que:

No Estado de Direito, a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir-se que desgarre de seus objetivos, que desatenda as balizas legais e ofenda interesses públicos ou dos particulares. Assim, são concebidos diversos mecanismos para mantê-la dentro das trilhas a que está assujeitada. Tanto são impostos controles que ela própria deve exercitar, em sua intimidade, para observar ou corrigir comportamentos indevidos praticados nos diversos escalões administrativos de seu corpo orgânico central, como controles que este mesmo corpo orgânico exercita em relação às pessoas jurídicas auxiliares do Estado (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mistas e fundações governamentais).

Assim, é de se vislumbrar que, conforme menciona SILVA (2011, p. 24), não é dado ao Estado expender recursos públicos de forma livre, sem se submeter à prestação de contas, afinal, em observância aos princípios constitucionais que lhe são impostos, assujeita-se a um rigoroso controle de gastos, tanto em relação à Administração direta como no que toca às entidades da Administração indireta.

Nessa ótica, a supramencionada autora traz à tona a discussão sobre a aplicabilidade do controle de gastos públicos às organizações sociais, haja vista que, muito embora estas não se enquadrem na categoria de entes da Administração Pública indireta, utilizam-se de bens, recursos e pessoal concedidos pelo Estado, na consecução de atividades de interesse público.

Nesse prisma, a autora em tela nos apresenta a opinião de Ferrari:

Quando as Organizações Sociais estiverem usando, arrecadando, guardando, gerenciando ou administrando valor pelo qual a União ou entidade estatal

responda, devem, obrigatoriamente, se submeter ao controle interno e externo, devendo atentar para o disposto no art. 12, da Lei nº 9.637/98, pois neste são previstos os repasses possíveis de serem realizados pelo Poder Público para as entidades qualificadas como Organizações Sociais.

Todavia, SILVA (2011, p. 25) ainda destaca que não obstante a existência de previsão legal quanto à obrigatoriedade de as organizações sociais prestarem contas das verbas públicas recebidas, há de se ponderar que, conforme anteriormente exposto, os idealizadores da Reforma do Estado conceberam a atividade das organizações sociais com base em um controle de resultados, ou seja, com a avaliação de desempenho das entidades, das metas atingidas, como forma de controle de sua atuação.

Ademais, ainda conforme SILVA (2011, p. 25), pelas palavras de Claudia Costin, por esse mecanismo, “controlam-se os resultados da ação pública, e não o cotidiano da gestão”, com o que “diminui-se a burocracia e os gastos a ela relacionados e permite-se aos usuários dos serviços e aos cidadãos em geral saber como está sendo empregado o dinheiro empregado o dinheiro público e a efetividades a eles prestado”.

A mesma autora ainda menciona que, conforme Rachel Zolet (2011), há quem cogite a inaplicabilidade do controle administrativo nos termos ora explicitados, sendo aplicável, por seu turno, exclusivamente, o controle periódico dos resultados estabelecidos no contrato de gestão.

No entanto, SILVA (2011, p. 25) nos traz a discordância de Ferrari para tal entendimento, ao asseverar que:

Em sendo as Organizações Sociais instrumentos criados pela Reforma do Estado, para que este possa, por meio de simples atividade de fomento, tornar

efetivo o interesse público, inadmissível conceber que sejam submetidas apenas ao controle finalístico de suas condutas, diante da atual crise política brasileira e as reiteradas notícias de corrupção.

SILVA (2011, p. 25-26) ainda acrescenta, a despeito de tais discussões, que conforme entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União na decisão nº592/1998, as contas anuais das Organizações Sociais de fato devem ser submetidas a julgamento da Corte de Contas. Da mencionada decisão, há de se transcrever o seguinte trecho do relatório que motivou o voto do Ministro Relator Benjamim Zymle:

De acordo com o disposto da Lei das OS, os gestores dos recursos dos contratos de gestão se encontram sob a jurisdição dessa Corte de Contas não apenas quando derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, situação, aliás, na qual se enquadram todos que de alguma forma utilizam ou gerenciam recursos públicos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, entidades públicas ou privadas, consoante comando constitucional inscrito no inciso II do art. 71 c/c o parágrafo único do art. 70 da Carta Magna. Mas também, esses gestores, por força da literalidade do comando legal acima transcrito, estão submetidos à fiscalização do TCU quanto a legalidade, legitimidade e economicidade de todos seus atos de gestão que envolvam recursos públicos. Ou seja, o controle externo a ser exercido sobre os contratos de gestão abarca, por imposição legal, o conjunto de atos de natureza financeira, orçamentária e patrimonial praticados pelos responsáveis na execução dos referidos contratos, no que diz respeito a recursos públicos, quanto a sua regularidade e legalidade. Além disso, em vista do comando constitucional contido no art. 70 da CF, a competência desta Corte inclui a fiscalização do aspecto operacional da gestão, o controle finalístico

dos serviços públicos, natureza indubitável dos serviços a serem prestados pelas OS.

Por fim, SILVA (2011, p. 25) conclui que o ordenamento jurídico acabou por impor a tais organizações o mesmo controle a que se submetem as demais entidades que laboram com recursos públicos, a fim de garantir a estrita observância das disposições constitucionais, embora a intenção dos idealizadores da reforma do aparelho do Estado fosse a submissão do contrato de gestão apenas a controle de resultados.

5 PROBLEMA

Em conformidade com o Decreto nº 32.143, de 27 de janeiro de 2017 (CEARÁ, 2017) – que aprovou o regulamento da Seplag, do estado do Ceará –, a Cotef é responsável por assessorar as secretarias nas negociações de operações de crédito, cooperações técnicas e/ou financeiras, **contratos de gestão** e parcerias público-privadas e, mais especificamente em seu artigo 20, inciso VIII, coordenar a padronização de procedimentos para o gerenciamento de operações de crédito, interno ou externo, oneroso ou não oneroso, **contratos de gestão** e parcerias público-privadas (grifos nossos).

No âmbito dessa padronização, há instrumentos elaborados e disponibilizados pela supracitada secretaria para orientar as contratantes quando das negociações, assinaturas e gerenciamento dos contratos de gestão.

Um dos principais instrumentos é, além do Manual do contrato de gestão ([200-?]b), o *Manual de avaliação dos contratos de gestão* ([200-?]a), ao qual nos deteremos, em especial, nes-

te capítulo. Tal manual apresenta as principais instruções acerca da sistemática de avaliação dos contratos de gestão e dispõe:

Na Avaliação Final, a Comissão deverá apurar se realmente todas as metas contratadas foram 100% executadas. Caso contrário, os recursos referentes à execução destas metas deverão ser devolvidos ao Tesouro Estadual, através de Documento de Arrecadação Estadual – DAE. (CEARÁ, [200-?]a)

Contudo, conforme mencionamos no Capítulo 2, o artigo 9º da Lei nº 15.356, de 12 de junho de 2013 estabelece que:

Atestado o cumprimento das metas estabelecidas no Contrato de Gestão pela Comissão de Avaliação prevista no art. 10, os saldos financeiros remanescentes **poderão** ser apropriados pela organização social, hipótese em que devem ser aplicados integralmente no desenvolvimento de suas atividades. (grifo nosso) (CEARÁ, 2013b)

Dito isso, destaca-se outro problema, e talvez o mais importante deste estudo, que seja a falta de padronização dos procedimentos de como deve ser a prestação de contas, por parte das organizações em baila, para os recursos apropriados que devem ser utilizados integralmente no desenvolvimento das atividades das OS (CEARÁ, 2013b).

Cabe-nos, então, retornar ao conteúdo dos documentos/relatórios elaborados pela Cotef e destacar que não há menção a valores apropriados pelas OS que firmaram contratos de gestão, nem se houve prestação de contas de tais valores e suas respectivas aprovações.

Considerando que os recursos supostamente apropriados são recursos públicos, tal apropriação, sem transparência

à sociedade, aos órgãos de controle e demais interessados no acompanhamento de sua destinação – que era, inicialmente, específica, com publicidade dada por meio de uma publicação do contrato –, não deveria ser realizada sem a devida divulgação e respectiva prestação de contas de sua real aplicação.

Vale destacar, ainda, o contido no artigo 1º da Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009, que deu nova redação ao artigo 48 da Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 48. omissis

Parágrafo único. A transparência será assegurada também mediante:

I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;

II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público. (BRASIL, 2009)

Portanto, não se vê, devidamente explícito, na legislação a forma de apropriação desses saldos, não se vê embasada a forma que se deve dar à avaliação do pleito de apropriação, nem os critérios a serem utilizados, nem os documentos necessários e comprobatórios que atestem a economia gerada, nem os modelos de comparativos entre os valores previstos inicialmente e os valores realizados que justifiquem a apropriação, nem se há um limite, em percentual do total do contrato, para a apropriação. Muito menos, não se tem a definição dos responsáveis pela realização da avaliação que justifique a entrega dos recursos públicos que não foram utilizados no cumprimento das metas pactuadas.

Como se vê, após o encerramento dos contratos, embora havendo uma possível apropriação de saldo, ou seja, de recursos públicos que anteriormente tinham destinação específica (metas pactuadas), não há, claramente publicado, um acompanhamento *a posteriori* da utilização desse saldo por parte das contratantes. Ademais, não se encontram nos relatórios, manuais ou na legislação atual, exigências explícitas de dar a conhecer, de forma acessível, ao cidadão, conforme dispõe o Código de Ética e de Condutas da Administração Pública Estadual (CE-ARÁ, 2013a), quanto, em quê e quando foi utilizado o saldo financeiro remanescente apropriado.

Por fim, considerando a evolução apresentada até junho de 2016, na celebração de vinte contratos de gestão, em onze secretarias, com repercussão financeira de R\$ 754.255.188,86, é imprescindível se ter o real valor apropriado pelas seis instituições contratadas e se tal valor foi integralmente utilizado no desenvolvimento das atividades das OS, como preconiza a lei.

6 CONCLUSÕES

Da análise da legislação atual no que se refere às OS, no âmbito do estado do Ceará, apresentou-se a existência de uma grande lacuna no que diz respeito à forma de apropriação dos saldos financeiros remanescentes dos contratos de gestão e à falta de procedimento na prestação de contas quando da utilização desses recursos.

Da mesma forma, destaca-se a inexistência de imputações de sanções aplicáveis às OS que, por ventura, venham a utilizar esses saldos com propósitos diferentes daqueles desti-

nados ao desenvolvimento de suas atividades.

Entende-se que, em se tratando de dinheiro público, dizer que foi eficiente não comprova a economia de recursos. Cumprir as metas com um total de recursos inferior ao que foi previsto não gera o direito de apropriar-se do saldo. Seria sim, essencial, a exigência de documentos mínimos, como, por exemplo, planos de trabalho detalhados por centro de custos, devidamente subsidiados por uma ajuda memória, comprovando os estudos de mercado realizados à época da celebração dos contratos, demonstrando os gastos previstos com custeio com pessoal, operacional e demais gastos, comparando-os com os preços efetivamente praticados.

Além disso tudo, destaca-se a carência de publicidade do valor total de saldo financeiro remanescente apropriado anualmente, por contrato firmado, e de determinação do prazo para a prestação de contas desse valor.

Por fim, e considerando que para a formalização e publicação de um contrato de gestão este deverá ser submetido à apreciação da Seplag, sem prejuízo da atuação do órgão de controle interno, entendemos que, da mesma forma, o mesmo deveria ocorrer quando da solicitação de apropriação do saldo remanescente por parte das OS. Assim, o ato de autorização da apropriação deixaria de ser um ato simples e se tornaria um ato composto.

Dessa forma, dar-se-ia maior transparência ao processo de apropriação dos saldos remanescentes, que nada mais são que recursos públicos estaduais, os quais merecem ampla e total transparência quando de sua utilização, apropriação, guarda, gerenciamento, administração ou qualquer outra forma que se possa, no contexto, denominar.

Ademais, instituindo um decreto, o governo do estado

poderá regulamentar tais procedimentos estabelecendo, dentre outros, os critérios a serem utilizados para aprovar a apropriação dos saldos financeiros remanescentes, os documentos comprobatórios que atestem a economia gerada, definindo, inclusive, os responsáveis pela avaliação do pleito de apropriação do saldo em epígrafe, bem como determinando o prazo para publicação do ato de autorização de apropriação, tornando o estado do Ceará um pioneiro na temática transparência na aplicação dos recursos dos contratos de gestão.

A apropriação dos saldos financeiros remanescentes deve ser tratada com a mesma prudência e mesmo rigor de análise que se tratam os processos de celebração/assinaturas dos contratos. Os recursos são públicos e a sociedade deve, portanto, saber quanto, quando e a quem foi “doador” e o que foi feito desses recursos.

Se não há, por livre e espontânea iniciativa das entidades, uma publicidade da utilização dos recursos remanescentes dos contratos de gestão em estudo, faz-se urgente e necessária a instituição de instrumentos, com abrangência estadual, que regulamentem os processos de prestação de contas dos saldos financeiros remanescentes dos contratos de gestão sob responsabilidade das OS, estabelecendo a forma, os prazos, as verbações, as penalidades e demais documentos necessários ao regular cumprimento das exigências constitucionais.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. Organizações Sociais. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.

51-52, p. 1-260, jan./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/biblioteca.htm#Revista%C2%A0>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

BARBOZA, M. N. (Coord.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da lei nº 8.429/1992**. 2. ed. rev. e atual. Brasília, DF: ESPMU, 2013.

BITTENCOURT, M. V. C. **Contratos de gestão**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, VIII, n. 21, maio 2005. Disponível em: <<http://bit.ly/2n7RPTs>> Acesso em: 20 fev. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 jun. 1998. Seção 1, p. 1. Disponível em: <<http://bit.ly/1bJYlGL>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

_____. Lei complementar nº 131, de 27 de maio de 2009. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 maio 2009. Seção 1, p. 2.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou

função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Seção 1, p. 8269.

_____. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 maio 1998a. Seção 1, p. 8.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 160.381-SP. Recorrentes: M & S Consultoria Integrada S/C Ltda e outros. Recorrido: Carlos Alberto Mazer. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça da União**, Brasília, DF, 12 ago. 1994.

_____. Tribunal de Contas da União. **DC-0592-63/98-P**. Relator Benjamin Zymle. Brasília, DF, 2 de setembro de 1998b. Disponível em: <<http://bit.ly/2nHtre0>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BUGARIN, P. S. O TCU e a fiscalização dos contratos de gestão. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 10, p. 1-21, jun./ago. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/2n8qEYU>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

CEARÁ. **Constituição do Estado do Ceará, 1989**. Fortaleza: INESP, 2016. 182p.

_____. Decreto nº 31.198, de 30 de abril de 2013. Institui o Código de Ética e Conduta da Administração Pública Estadual, e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 2 maio 2013a.

_____. Decreto nº 32.143, de 27 de janeiro de 2017. Aprova o regulamento e dispõe sobre a distribuição e a denominação dos cargos de provimento em comissão da Secretaria do Planejamento e Gestão (Seplag). **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 31 jan. 2017.

_____. Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 30 dez. 1997.

_____. Lei nº 14.158, de 1º de julho de 2008. Altera os artigos 1º e 5º da Lei n.º 12.781, de 30 de dezembro de 1997. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 1 jul. 2008.

_____. Lei nº 15.356, de 4 de junho de 2013. Altera dispositivos da Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997, que institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 12 jun. 2013b.

_____. Lei nº 15.408, de 12 de agosto de 2013. Altera disposi-

tivos da Lei nº 12.781, de 30 de dezembro de 1997, que institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências, **Diário Oficial do Estado**, Fortaleza, 27 ago. 2013c.

_____. Secretaria do Planejamento e Gestão. **Manual de avaliação dos contratos de gestão**. Fortaleza: Seplag, [200-?]a.

_____. Secretaria do Planejamento e Gestão. **Manual do contrato de gestão**. Fortaleza: Seplag, [200-?]b.

_____. Secretaria do Planejamento e Gestão. **Relatório de acompanhamento dos contratos de gestão 2016: 1º semestre de 2016**. Fortaleza: Seplag, 2016.

CONVÊNIO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2nCMc2o>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

COSTIN, C. Novos paradigmas de gestão. In: PEREIRA, L. C. B. (Org.). **Nação, câmbio e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 235-252.

DI PIETRO, M. S. Z. **Contratos de gestão: contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais**. [19-?]. Disponível em: <<http://bit.ly/2o5pXyB>>. Acesso em: 1 mar. 2016.

FERRARI, P. N.; FERRARI, R. M. M. N. **Controle das organizações sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, L. C. Organizações sociais: princípios constitucionais x legislação do estado do Ceará – existe transparência no que diz respeito à apropriação do saldo remanescente? In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CONTABILIDADE, 20., 2016, Fortaleza. **Anais eletrônicos...** Brasília, DF: Conselho Federal de Contabilidade, 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2mQ-TwmG>>. Acesso em: 24 jan. 2017.

SILVA, Patrícia Alessandra Conchon Ribas e. Terceiro setor e o princípio da eficiência, Maringá, 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2mZmlgK>>. Acesso em: 09 nov.2016.

ZOLET, R. Contrato de gestão entre o poder público e organizações sociais: instrumento de fuga do regime jurídico administrativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2792, 22 fev. 2011. Disponível em: <<http://bit.ly/2nhbF08>>. Acesso em: 28 out. 2016.

A Invalidade do Ato Administrativo no Direito Europeu

The Invalidity of the Administrative Act in European Law

Denise Andrade Araújo¹
Francisco das Chagas Jucá Bomfim²

RESUMO

Este trabalho trata do direito administrativo europeu enquanto direito administrativo comunitário, abordando o relacionamento entre o direito administrativo e o Estado, o qual é enfraquecido em face da internacionalização e transcendência do princípio da legalidade. Dispõe sobre os efeitos da consolidação de um ordenamento jurídico comunitário, que exige crescente colaboração entre Administração comunitária e Administrações nacionais, inclusive em relação aos procedimentos administrativos e à natureza dos respectivos atos. Aborda aspectos relativos à invalidade do ato administrativo comunitário, destacando-se a admissibilidade dos particulares ao recurso de anulação, que é o principal instrumento no controle de legalidade do sistema jurídico comunitário, à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

Palavras-Chave: Direito Comunitário. Direito Administrativo Europeu. Ato Administrativo Comunitário. Invalidade. Anulação.

1 Especialista em Contabilidade Pública pelo Centro Universitário 7 de Setembro. Auditora de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. E-mail: denise_araujo@yahoo.com

2 Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade do Porto – Portugal. Professor da Universidade de Fortaleza (Unifor). E-mail: franciscojuca@hotmail.com

ABSTRACT

This paper deals with European administrative law as a Community administrative law, addressing the relationship between administrative law and the State, which is weakened in the face of internationalization and transcendence of the principle of legality. It provides for the effects of the consolidation of a Community legal order, which requires increased cooperation between the Community administration and national administrations, including administrative procedures and the nature of their acts. It addresses aspects relating to the invalidity of the Community administrative act, highlighting the admissibility of individuals to the annulment action, which is the main instrument in the control of legality of the Community legal system, in light of the principle of effective judicial protection.

Keywords: Community Law. European Administrative Law. Community Administrative Act. Invalidity. Annulment.

1 INTRODUÇÃO

O surgimento do direito administrativo está estreitamente relacionado ao surgimento do próprio Estado, somente vindo a consolidar-se com a instituição do Estado de Direito.

O direito administrativo passa por mudanças, as quais conduzem à discussão sobre a possibilidade de existir direito administrativo sem Estado ou para além dele.

Nesse contexto de mudanças começa a se construir um novo direito administrativo, o direito administrativo comunitário europeu.

Neste trabalho serão abordadas as características desse

novo direito administrativo, bem como do ato administrativo comunitário, destacando-se alguns aspectos da sua invalidade, inclusive quanto à legitimidade dos particulares ao recurso de anulação à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO EUROPEU

O surgimento do direito administrativo remonta ao surgimento do próprio Estado. Ainda ao tempo em que a figura do Estado não havia se constituído com a fisionomia atual, havia normas que pretendiam regular a relação jurídica entre o poder e os integrantes das sociedades de modo geral.

Na Idade Média não havia ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo, uma vez que na época das monarquias absolutas todo o poder pertencia ao soberano, sendo a lei à sua própria vontade.

Assim, o Direito Administrativo somente veio a consolidar-se como ramo jurídico autônomo a partir da instituição do Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes. Nesse sentido, esclarece Carvalho Filho (2008, p. 7):

O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública, e por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro norma-

tivo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso pode-se considerar que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo.

É possível afirmar que o Direito Administrativo nasceu das revoluções que acabaram com o Antigo Regime absolutista que vinha da Idade Média.

Sobre o assunto, cabe mencionar a doutrina de Mannori (apud ANTUNES, 2008, p. 22): “O direito administrativo surge, precisamente, quando o Estado assume a forma histórica de ordenamento jurídico geral. Nem antes, nem depois”.

E ainda o que diz Burdeau (apud ANTUNES, 2008. p. 22):

Isto sucede primeiro na Inglaterra e nos Estados Unidos e, depois na Europa da Revolução Francesa. É com este último modelo de Estado e de ordenamento jurídico que se criam as bases para o nascimento do direito administrativo, com destaque para o princípio da legalidade especial, qual princípio ontológico deste ramo de direito público.

O Direito Administrativo pode ser entendido como um produto da Europa continental pós-revolucionária, ressaltando-se que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder.

Ao comparar o desenvolvimento do Direito Administrativo na Inglaterra e na França, observa-se que ocorreu de forma diferenciada. Na Inglaterra, a separação entre Administração e Política não se mostrou efetiva, diferentemente do que pode ser percebido na França.

Além disso, na Inglaterra não se observou uma dialéti-

ca entre Parlamento e Governo que propiciasse ao Parlamento editar normas de controle do Executivo e da Administração, e assim favorecer o desenvolvimento do direito administrativo. Enquanto na Inglaterra prevalecia a ideia de poder privado, na França prevalecia a ideia de poder público.

O entendimento de Antunes (2008, p. 27) é no seguinte sentido:

Como há dois modelos de Estado de Direito, também há dois modelos de direito administrativo. Um modelo mais substantivo e executivo e outro mais judiciário, ditados por eventos históricos igualmente distintos. Numa palavra, trata-se de espécies do mesmo gênero, que se vêm a encontrar a nível supranacional no direito administrativo comunitário.

O direito administrativo contribui diretamente para a constituição da doutrina geral do Estado, sendo este o centro da ciência jurídica enquanto pessoa coletiva pública universal, o princípio de todas as coisas. Segundo Costa (apud ANTUNES, 2008, p. 28): “O Estado é uma metarealidade, ontológica e axiológica-normativa. O Direito (público) não encontra apenas o Estado, representa-o, imagina-o e personifica-o”.

No plano interno, a personalidade jurídica do Estado se confunde com a personalidade jurídico-pública da Administração. Assim sendo, traz-se à discussão a possibilidade de existir direito administrativo sem Estado ou para além dele.

As transformações de nosso tempo provocam mudanças no direito administrativo que passa a não ter como única referência o Estado, em face de sua europeização ou internacionalização.

Segundo König (apud ANTUNES, 2008, p. 36), os principais sintomas dessa mudança no direito administrativo, eviden-

ciada pela perda do centro-Estado, são os seguintes:

- hiperponderação dos interesses no procedimento administrativo, com efeitos constitutivos ao nível do ato administrativo (final);
- uso abusivo do direito privado, com consequências nefastas ao nível de tipicidade dos atos – privatização na forma de atividade da Administração;
- desconstrução das estruturas administrativas para iludir a legalidade das decisões (exemplo novo: as fundações universitárias, as fundações públicas de direito privado, fundações centauro) – privatização na forma de organização;
- privatização (orgânica e substantiva) do direito administrativo que coloca o problema da reserva constitucional do direito administrativo e da (sua) Administração;
- perda de centralidade da Administração por atos, com a consequente privatização da interpretação e qualificação jurídica do ato administrativo.

As mudanças crescentes em relação à utilização de instrumentos privados no exercício da função pública fazem surgir uma nova forma de administração pública, inclusive podendo acarretar alterações no tocante à interpretação jurídica do ato administrativo.

A Administração Pública incorpora um neoliberalismo extremo que a leva a desonerar-se de tarefas fundamentais. Além disso, os objetos da interpretação do ato administrativo são a atividade procedimental e os princípios que a regem. Nesse contexto, a interpretação qualificatória tradicional e nacionalista do ato administrativo revela-se insuficiente em face da sua crescente europeização. Assinala Antunes (2008, p. 40): “O direito administrativo europeu desenvolve também aqui, ao invés do que é comum pensar-se, um papel importante na fixação de barreiras-limite à contratualização-privatização da interpre-

tação jurídica do ato administrativo”.

Essa transformação pela qual passa o direito administrativo indica uma crise dos princípios que o fundamentam, quais sejam: o princípio da estadualidade e o princípio da legalidade.

A construção de um novo direito administrativo cabe ao direito administrativo europeu no sentido de buscar uma harmonização entre ordenamentos jurídicos nacionais a partir da tipicidade imposta pelo princípio da legalidade.

Para Duarte (apud NETO, 2010, p. 4), o direito administrativo europeu alberga: “O conjunto de regras e princípios que regem a execução das normas comunitárias, assegurada pela administração comunitária, pelas administrações nacionais ou em regime de coadministração”.

O direito administrativo europeu encontra sua origem na recepção a nível supranacional dos princípios de um direito comum aos vários Estados fundadores, especialmente os princípios gerais do direito administrativo e de sua atividade.

O Tratado de Maastricht representa uma evolução na consolidação de um ordenamento jurídico geral, sendo um significativo marco no processo de unificação europeia, além de ter reconhecido a cidadania europeia e a plurisubjetividade jurídica.

Dessa forma, o ordenamento jurídico europeu se reveste de características de ordenamento jurídico geral, portanto, comunitário, o qual possui como elemento constitutivo: o interesse público comunitário.

Nesse aspecto, elucida Antunes (2008, p. 58): “O interesse público comunitário joga, assim, duas funções principais: a de limitar os poderes estaduais e de fonte de legitimação da ação pública comunitária. Em suma, fundamento e limite do poder administrativo comunitário”.

A atividade pública comunitária somente pode ser legitimada a partir do interesse público comunitário que a fundamenta.

Também é importante ressaltar que a integração dos direitos administrativos nacionais a nível supranacional requer alteração da natureza das entidades administrativas. A integração europeia exige que a administração local, quando da aplicação do direito comunitário, perca sua autonomia. Nesse sentido, cabe rever o artigo 182 da Constituição da República Portuguesa, que dispõe: “O Governo é o órgão de condução da política geral do país e o órgão superior da administração pública” (PORTUGAL, 1976, s/p).

A aplicação do direito comunitário faz surgir uma condução de administração que não mais pertence ao poder local.

Cabe ainda distinguir a ordem jurídica global de ordenamento jurídico geral. Há transformações do direito administrativo que não têm origem comunitária, como é o caso da aplicação de procedimento administrativo comum por instituições internacionais. Não é possível haver ordenamento jurídico geral sem uma forma de legitimação do poder. Essa legitimação encontra-se presente no direito comunitário.

A convergência entre direito nacional e direito europeu se efetiva por meio da fixação de princípios comunitários, aos quais as administrações locais se submetem na execução do direito supranacional. Trata-se de uma execução indireta.

Além disso, a convergência pode ocorrer a partir da alteração da legislação local, a fim de harmonizá-la com o direito comunitário. Como exemplo cabe citar a alteração do Código dos Contratos Públicos, no âmbito do direito português.

Relativamente ao fenômeno emergente do direito administrativo europeu, diversas são as posições doutrinárias. Regis-

tra-se a seguir o posicionamento de Antunes (2008, p. 69):

Creio que entre a floresta de opiniões doutrinárias se pode afirmar, em sentido genérico, que o direito administrativo europeu engloba o conjunto de princípios e de normas comuns existentes na Europa comunitária, filtrados pelo Tribunal de Justiça, a par de uma norma própria e autónoma que disciplina direta e crescentemente a Administração comunitária e as respectivas relações jurídicas com os particulares.

Nesse sentido, o direito administrativo nacional regula as relações entre a Administração local e seus cidadãos, mas de forma condicionada pelo direito comunitário, que disciplina as relações entre Administração comunitária e cidadãos europeus (dos Estados-membros). Parecem coexistir os direitos administrativos nacionais com o direito administrativo supranacional, este comum a todos os Estados-membros.

Esclarece Antunes (2008, p. 72):

Os dois “tipos de ordenamento” estão em comunicação entre si através de três vias. Na primeira, a União europeia impõe verticalmente uma centralização, reduzindo ou anulando as diferenças entre os direitos administrativos nacionais; a segunda opção consiste em incentivar a assimilação-convergência ou aproximação das duas ordens jurídicas (nacionais e supranacionais); a terceira revela que a União aceita as assimetrias, permitindo aos cidadãos desfrutá-las de diversas formas.

A União Europeia utiliza três opções com recurso a meios diversos: a primeira, através da harmonização; a segunda, através do mútuo reconhecimento; e a terceira, através da “escolha do direito” ou (melhor) através do princípio da equivalência (entre os direitos administrativos estaduais).

A emergência do direito administrativo europeu evidencia um enfraquecimento da relação entre direito administrativo e Estado, em face da internacionalização do direito administrativo e transcendência do princípio da legalidade.

Evidencia-se uma tendência do direito administrativo europeu constituir-se em ordenamento dos ordenamentos, em que o ordenamento europeu assimila os ordenamentos nacionais.

3 O ATO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO

A existência de um ordenamento jurídico geral começou a ganhar força a partir do Ato Único Europeu e do Tratado de Maastricht, considerando o alargamento das atribuições das instituições comunitárias.

Na lição de Neto (2010, p. 5):

A ampliação da competência comunitária pelo Ato Único Europeu e a consequente grande expansão da função reguladora da economia, que passou a ser executada diretamente pela Comunidade, em coordenação com as autoridades nacionais, fizeram crescer seu aparato gestor; por consequência, ampliou-se a importância das garantias procedimentais e da tutela judicial, florescendo, desta vez com mais força, uma segunda “atmosfera administrativa”, o que impulsiona o desenvolvimento de um Direito Administrativo Europeu.

Tal impulso teve uma primeira característica marcante: o ativo papel do Tribunal de Justiça europeu, não apenas na aplicação das normas jurídicas comunitárias, mas verdadeiramente na edificação das bases do que se pode chamar Direito Administrativo Europeu, mediante intensa atividade de criação jurídica, chegando-se a falar em uma função quase legislati-

va. O protagonismo da função judicial no âmbito da União Europeia, tendo fundado as bases de um ordenamento jurídico comunitário, faz revelar o papel da jurisprudência no campo do Direito Administrativo.

A consolidação de um ordenamento comunitário gera maior nível de complexidade da organização administrativa comunitária, exigindo uma crescente colaboração entre Administração comunitária e Administrações nacionais.

Nesse contexto, também são afetados os procedimentos administrativos e a natureza dos respectivos atos. Sobre os atos administrativos comunitários, elucida Chiti (apud ANTUNES, 2008, 78):

Os atos administrativos em função comunitária são atos administrativos que têm uma natureza híbrida. Ainda que procedentes de procedimentos administrativos internos, eles enquadram-se no âmbito de políticas comunitárias e são concebidos (ou influenciados) por normas e princípios gerais de direito comunitário.

Quanto ao procedimento administrativo, cabe mencionar Cassese (apud NETO, 2010, p. 7):

Para além da função de garantia dos cidadãos nas relações que travam com as Administrações Públicas nacionais e comunitária, na aplicação do Direito Administrativo Europeu, o procedimento administrativo possui a função de padronização da atuação administrativa e de garantia de alguma legitimidade da atuação administrativa comunitária, compensando, mesmo que apenas parcialmente, a pouca eficácia que os meios tradicionais – controle parlamentar e responsabilidade ministerial – têm tido no âmbito da União Europeia.

Os procedimentos administrativos se revestem de característica composta, considerando a requerida articulação do direito comunitário com os direitos nacionais. A distinção entre execução direta e indireta tende a perder relevância em face do fortalecimento da Administração comum, inerente ao ordenamento jurídico europeu.

Explica Antunes (2008, p. 82):

A nova complexidade de um ordenamento jurídico de fins gerais teve igualmente como contrapartida um revigoramento da Administração central da Comunidade, até aí bastante modesta. Neste sentido, é emblemático o crescimento explosivo do número de Direções-Gerais postas ao serviço da Comissão.

Esse cenário fez surgir a institucionalização de organismos de composição mista, chamada pela doutrina de fenômeno da comitologia e das agências europeias. Esses organismos, que não necessariamente fazem parte da Administração comunitária em sentido orgânico, visam facilitar as relações entre Comissão e Conselho no exercício de funções executivas.

O nível de integração entre Administração comunitária e Administrações nacionais é estabelecido pelo direito que regula os procedimentos compostos, o qual permite compreender se os atos administrativos, no âmbito desses procedimentos, devem ser considerados comunitários ou nacionais.

Segundo a expressão de Giannini (apud ANTUNES, 2008, p. 84), diversas figuras jurídicas de composição surgiram como forma de interligação administrativa entre a esfera supranacional e as esferas nacionais. Cassese (apud ANTUNES, 2008, p.85), por sua vez, indica três modelos fundamentais de composição organizativa: coadministração, integração descen-

trada e concerto regulamentar europeu.

O modelo de coadministração caracteriza-se pela cooperação entre Administrações comunitárias e nacionais a fim de alcançar o interesse público comunitário. O sistema de integração descentrada, por sua vez, requer um ordenamento também descentrado da matéria, prevê a institucionalização de administrações setoriais e independentes, as agências europeias dotadas de personalidade jurídica. Segundo Finke (apud ANTUNES, 2008, p. 86): “Essas agências europeias desenvolvem, pela sua função técnica, um papel relevante na normalização e homogeneização do direito administrativo comunitário”.

Alguns autores entendem a integração descentrada como uma evolução da coadministração, considerando o exercício das funções normatizadas da agência, que também exerce função reguladora.

Em relação ao concerto regulamentar europeu, trata-se de uma organização comum que relaciona autoridades administrativas nacionais, Administração central comunitária e organismos de composição mista, para determinados setores.

Antunes (2008, p. 87) destaca:

De fato, tem emergido recentemente, em fase ainda embrional, um particular sistema comum, destinado a criar formas avançadas de colaboração (networks) entre autoridades administrativas independentes comunitárias e nacionais. Veja-se o caso da nova disciplina comunitária em matéria de produtos alimentares.

Os procedimentos administrativos compostos envolvem tanto Administrações nacionais como a Administração comunitária de uma mesma forma, a qual apresenta valor normativo. Segundo Antunes (2008, p. 88): “Os procedimentos adminis-

trativos compostos têm o mérito de conseguir a integração das várias Administrações (nacionais e supranacionais) numa composição normativo-procedimental única”.

Nesse contexto, o ato administrativo observa um alargamento em relação aos efeitos jurisdicionais. Considerando que o procedimento administrativo composto pode ter fases comunitárias, nacionais ou híbridas, cabe identificar a jurisdição competente para impugnar atos procedimentais eivados de vícios. Em face da ausência de norma para regular essa questão, as definições inerentes ao ato administrativo comunitário ficaram a cargo do Tribunal de Justiça e Tribunal de 1ª Instância.

Segundo Classen (apud ANTUNES, 2008, p. 96):

A comunitarização dos atos administrativos produzidos no âmbito dos procedimentos compostos não é linear. Na perspectiva dos interesses a prosseguir e da natureza teleológica da atividade administrativa desenvolvida, poderemos falar de atos administrativos europeus. Já sob o aspecto substantivo (e reflexamente jurisdicional), importa, talvez, distinguir entre atos comunitários e atos nacionais, prevalecendo a esfera em que é adoptado o ato administrativo lesivo, seja final ou prodrómico.

A existência de ato administrativo comunitário está ancorada na existência de um ordenamento jurídico geral a nível comunitário e na atribuição e reconhecimento dos particulares como sujeitos jurídicos.

4 A INVALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO COMUNITÁRIO

O recurso de anulação é o principal instrumento no con-

trole de legalidade do sistema jurídico comunitário. O artigo 230 do Tratado da Comunidade Europeia (TCE) dispõe sobre o recurso de anulação de atos administrativos comunitários eivados de ilegalidades.

Com fundamento no princípio da tutela jurisdicional efetiva, é possível que não apenas atuações positivas das instituições comunitárias sejam objeto de impugnação, mas também as omissões, conforme estabelecido no artigo 232 do TCE.

Enquanto na ação anulatória o objeto é um ato administrativo expresso, na ação por inatividade, o objeto é um mero fato, uma omissão indevida.

Segundo a doutrina de Antunes (2008), não obstante as previsões estabelecidas no TCE quanto as ações anulatórias ou por inatividade, a jurisprudência não vem se posicionando no sentido de haver uma complementaridade entre os distintos tipos de ação, apesar da amplitude com que vem admitida a ação por inatividade, nos termos do TCE.

Além disso, cabe mencionar o que registra Huergo Lora (apud ANTUNES, 2008, p. 110) quanto à possibilidade de interposição de ações por inatividade que tenham por objeto atos normativos: “O Tribunal de Justiça vem negando a possibilidade de interpor ações por inatividade que tenham por objeto atos normativos (Regulamentos e Diretivas)”.

Também é importante ressaltar que o Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) prevê impugnação de normas no âmbito administrativo, conforme definido no artigo 72, a seguir transcrito:

1 – A impugnação de normas no contencioso administrativo tem por objeto a declaração da ilegalidade de normas emanadas ao abrigo de disposições de direito administrativo, por vícios próprios ou deriva-

dos da invalidade de atos praticados no âmbito do respectivo procedimento de aprovação.

2 – Fica excluída do regime regulado na presente secção a declaração de ilegalidade com força obrigatória geral com qualquer dos fundamentos previstos no n.º 1 do artigo 281.º da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 2002, s/p).

Nos termos do artigo 232 do TCE, a ação por inatividade de somente é possível se a instituição tiver sido previamente convidada a agir e não o fez após decorrido um prazo de dois meses. Nesse caso, a ação poderá ser proposta para um novo prazo de dois meses.

A ação por inatividade tem uma dimensão condenatória, segundo disposto no artigo 233 do TCE, o que decorre do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

No que toca ao sentido de omissão, apresentam-se dificuldades quanto à interpretação das disposições do TCE, quanto ao objeto da ação por inatividade incidir ou não sobre atos não vinculantes (pareceres e recomendações).

Outro aspecto a ser destacado é a dificuldade de identificação, em algumas situações, de um mero fato ou de um ato administrativo. Segundo doutrina de Antunes (2008), a jurisprudência não se apresenta uniforme nessa seara.

A seguir será abordado o aspecto da anulação do ato administrativo comunitário pelos particulares.

4.1 Anulação do ato administrativo comunitário pelos particulares

O recurso de anulação se revela como instrumento essencial para a efetivação do controle direto de legalidade dos atos administrativos comunitários. Martins e Quadros (2007 apud

LEITE, 2009, p. 420) explicam a natureza desse recurso:

Um verdadeiro recurso e um recurso contencioso. Fica, portanto, excluída qualquer possibilidade de confusão com o meio contencioso do tipo de ação. Além disso, através deste recurso o recorrente apenas pode obter do Tribunal a fiscalização da legalidade do ato impugnado. Estamos, portanto, no exclusivo campo do contencioso de legalidade.

O controle de legalidade objeto do recurso de anulação encontra-se estabelecido no artigo 230 do TCE, conforme transcrito a seguir:

O Tribunal fiscaliza a legalidade dos atos adotados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, dos atos do Conselho, da Comissão e do BCE, que não sejam recomendações ou pareceres, e dos atos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros.

Como se observa no citado artigo do TCE são excluídas expressamente dos objetos passíveis de anulação por meio de recurso as recomendações e os pareceres. Não obstante, segundo Liñan e Martín (2005 apud LEITE, 2009), a jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) tem-se posicionado no sentido de que seja objeto do recurso todo ato que se destine a produzir efeitos jurídicos.

Dessa forma, o recurso de anulação não se restringe aos atos previstos no artigo 249 do TCE (regulamentos, diretivas e decisões), sendo observado o conteúdo do ato, sua essência, o que está em plena consonância com o princípio da tutela judicial efetiva.

Quanto aos requisitos considerados pela jurisprudência

para que um ato seja objeto de recurso de anulação são os seguintes:

a) que o ato jurídico seja produtor de efeitos jurídicos obrigatórios, e que a situação jurídica do demandante seja modificada, podendo ocorrer ainda que o ato seja dirigido a terceiros, não sendo necessário que produza efeitos imediatos, bastando que estabeleça de forma obrigatória a pauta decisória futura da Instituição comunitária; b) que o ato seja definitivo, não sendo admitido recurso de atos preparatórios de decisão final, sendo exceção recursos de atos não definitivos que formam parte de um procedimento, mas que contenham importantes conseqüências econômicas; c) e que o ato das instituições comunitárias emane efeitos jurídicos para terceiros, não sendo impugnável atos de caráter puramente internos, que gerem efeitos somente no seio das Instituições (LIÑAN; MARTÍN, 2005 apud LEITE, 2009, p. 421).

Quanto à legitimidade ativa para utilização do recurso de anulação visando à impugnação de atos administrativos comunitários em face do TJCE está prevista no artigo 230 do TCE, nos seguintes termos:

Para o efeito, o Tribunal de Justiça é competente para conhecer dos recursos com fundamento em incompetência, violação de formalidades essenciais, violação do presente Tratado ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação, ou em desvio de poder, interpostos por um Estado-Membro, pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho ou pela Comissão.

O Tribunal de Justiça é competente, nas mesmas condições, para conhecer dos recursos interpostos pelo Tribunal de Contas e pelo BCE com o objetivo de salvaguardar as respectivas prerrogativas.

Qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor, nas mesmas condições, recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam direta e individualmente respeito.

Conforme pode-se extrair da norma, são legitimados ativos: Estado-Membro, Parlamento Europeu, Conselho ou Comissão, Tribunal de Contas, Banco Central Europeu, bem como os particulares (pessoa singular ou coletiva).

Em relação aos particulares enquanto legitimados ativos, objeto deste estudo, são classificados por parte da doutrina (MARTINS, 2004) como recorrentes não privilegiados.

Discute-se na doutrina a imposição aos particulares de requisitos restritos para utilizar o recurso de anulação, uma vez que somente podem demandar a anulação de decisões das quais são destinatários, decisões que lhe afetem direta e individualmente, e decisões dirigidas a outros particulares ou a Estados-membros que lhe afetem direta e individualmente.

Dessa forma, evidencia-se uma posição de desvantagem dos particulares em relação aos outros legitimados ativos, pois os Estados-membros e os órgãos comunitários não se submetem à obrigatoriedade de justificar o interesse em agir.

Sobre os aspectos controvertidos em relação à legitimidade ativa dos particulares, cabe mencionar o que leciona González Alonso (2004 apud LEITE, 2009, p. 425-426):

Dentre todos os aspectos referentes ao art. 230, §4º, TCE, o mais controvertido é o de determinar em que fatos concretos um particular, pessoa física ou jurídica, pode questionar ante um juiz comunitário a legalidade de um ato do qual não é diretamente des-

tinatário. E a este respeito, o TJCE tem adotado uma atitude extremamente restritiva, convertendo os requisitos da afetação direta, e sobretudo, individual, em obstáculos quase insuperáveis aos particulares.

O principal requisito exigido para que os particulares interponham o recurso de anulação é o interesse legítimo, devendo ser demonstrado que o ato impugnado afetou seus interesses e que a anulação do ato promoverá uma melhoria na sua situação jurídica. Segundo Luengo (2004 apud LEITE, 2009, p. 428): “Não serão admitidos recursos frente a decisões que, de fato, beneficiam ao recorrente, que não lhe possa prejudicar, ou que não lhes possam afetar”.

Esse interesse é mais facilmente presumido quando o recorrente é destinatário direto do ato objeto do recurso de anulação. Por outro lado, tratando-se de ato no qual o recorrente não é destinatário, a justificação do interesse requer a demonstração da afetação direta e individual.

Quanto ao requisito da afetação direta e individual, cabe mencionar a lição de Schermers e Waelbroeck (2005 apud LEITE, 2009):

A afetação individual, em algum momento da jurisprudência do TJCE, parecia dar a entender que a sua simples existência trazia consigo a afetação direta, ou que ambos os requisitos eram de fato somente um. Porém, hoje resulta claro que para que um recurso de anulação interposto por um particular, que não é destinatário do ato comunitário recorrido, seja admitido, é necessário que estes requisitos sejam cumulativos.

O requisito da afetação direta diz respeito aos efeitos jurídicos gerados na situação do recorrente em decorrência do

ato impugnado. Deve haver uma relação de causalidade entre a atuação administrativa e a consequência jurídica na situação do demandante. Dessa forma, não cabe nenhuma margem de discricionariedade ao destinatário. Assim, é a jurisprudência do TJCE nos Acórdão de 26 de abril de 1988, Apesco, proc. C207/86, e Acórdão de 5 de maio de 1998, Dreyfus, proc. C-386/96.

Importante registrar o posicionamento do TJCE diante da matéria em comento, segundo Ortega (1999 apud LEITE, 2009, p. 431):

Ao tratar da afetação direta, o TJCE, ao analisar em um caso concreto a impugnação de um regulamento, ou de uma decisão dirigida a terceiros, por conta da exigência dos requisitos definidos no artigo 230, §4º, TCE, muitas vezes tem inadmitido recursos de anulação interpostos por particulares, e em grande parte dos casos, ao reconhecer que não há a afetação individual do ato impugnado, não analisa o requisito da afetação direta. Se se compara o número de acórdãos que se ocupam de questões relativas à natureza do ato impugnado e da afetação individual, o número dos que analisam o requisito da afetação direta é muito menor. Esta ponderação explica-se pelo fato de que o TJCE, nos casos de impugnação de atos por particulares, considera inútil analisar se o ato impugnado afetava diretamente o demandante. Neste sentido, o Tribunal tem preferido analisar a natureza do ato impugnado em primeiro lugar, e na grande maioria dos casos, este exame conclui com a confirmação do caráter regulamentário do dispositivo impugnado e a automática prévia inadmissibilidade do recurso.

Quanto ao requisito da afetação individual, o TJCE esclareceu a questão por meio do Acórdão de 15 de julho de 1963, Plaumann, proc. C-25/62, quando afirmou que quem não é destinatário de uma decisão, somente pode alegar que esta o

afeta individualmente quando dita decisão lhe corresponde devido a determinadas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de fato que o caracteriza em relação com qualquer outra pessoa, por isso, o individualiza de uma maneira análoga a do destinatário.

Esse entendimento jurisprudencial tem-se mostrado restritivo em face da dificuldade do destinatário encontrada em uma situação de fato que lhe caracteriza diante de qualquer outra pessoa. Evidencia-se, pois, uma restrição de acesso à justiça comunitária.

Posteriormente ao caso Plaumann, o TJCE indicou “fatores de individualização” para determinar se o ato impugnado afetava ou não individualmente o demandante. Ortega (1999 apud LEITE, 2009, p. 434) destacou dois fatores de individualização fundamentais: “a) que o demandante esteja dentro de um ‘círculo restringido, fechado’, no momento da adoção do ato; b) a administração autora do ato conhecia a identidade e a posição jurídica do recorrente no momento de sua adoção”.

O atendimento do primeiro requisito pelo particular requer a demonstração de sua posição jurídica fixada em caráter definitivo no momento da adoção do ato impugnado e o atendimento do segundo requisito requer o conhecimento por parte da administração em relação à posição jurídica do recorrente.

Em 3 de maio de 2004, por meio do Acórdão Jégo-Quéré, proc. T-177-01, (TJCE, 2002 apud LEITE, 2009, p. 439), o Tribunal de Primeira Instância redefiniu a noção de “afetação individual”, rompendo com a doutrina do caso Plaumann e re-considerando a interpretação

estrita, até agora feita, do conceito de pessoa a quem um ato diz individualmente respeito na acepção do

artigo 230º, quarto parágrafo, CE [...] e a fim de assegurar uma proteção jurisdicional efetiva dos particulares, deve considerar-se que uma disposição comunitária de carácter geral que diz diretamente respeito a uma pessoa singular ou coletiva lhe diz individualmente respeito se a disposição em questão afetar, de forma certa e atual, a sua situação jurídica, restringindo os seus direitos ou impondo-lhe obrigações. O número e a situação de outras pessoas igualmente afetadas pela disposição ou susceptíveis de o ser não são, a este respeito, considerações pertinentes.

Assim, o Tribunal modificou o requisito da afetação individual, seguindo entendimento já em discussão pela doutrina. No entanto, meses depois o TJCE reafirmou a jurisprudência anterior por meio do Acórdão UPA (C-50/00, de 25 de julho de 2002), evidenciando retrocesso em relação à legitimidade ativa dos particulares em sede de recurso de anulação.

Nos termos do Acórdão UPA (TJCE, 2002 apud LEITE, 1999, p. 442),

uma pessoa singular ou coletiva só pode interpor recurso contra um regulamento se este lhe disser não só diretamente mas também individualmente respeito. Embora seja certo que esta última condição deve ser interpretada à luz do princípio de uma tutela jurisdicional efetiva tendo em conta as diversas circunstâncias susceptíveis de individualizar um recorrente, tal interpretação não pode levar a afastar a condição em causa, expressamente prevista pelo Tratado, sem exorbitar das competências por este atribuídas aos órgãos jurisdicionais comunitários.

Além disso, o referido Acórdão (TJCE, 2002 apud LEITE, 1999, p. 442) afirma:

Embora seja obviamente possível contemplar a possibilidade de um sistema de fiscalização da legalidade dos atos comunitários de alcance geral diferente daquele que foi instituído pelo Tratado originário e nunca alterado nos seus princípios, compete, se for caso disso, aos Estados-Membros, nos termos do artigo 48º EU, reformar o sistema atualmente em vigor.

O teor do Acórdão UPA se reveste de extremo formalismo, não permitindo uma interpretação expansiva dos dispositivos dos tratados em prol de garantir o direito dos particulares e a tutela jurisdicional efetiva.

5 CONCLUSÃO

O surgimento do direito administrativo remonta ao surgimento do próprio Estado, no entanto somente vem a consolidar-se como ramo jurídico autônomo a partir da instituição do Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade e da separação dos poderes.

As transformações do nosso tempo provocam mudanças no direito administrativo que passa a não ter como única referência o Estado, em face de sua europeização ou internacionalização. Nesse contexto, surge o direito administrativo europeu, comunitário, cujo elemento constitutivo é o interesse público comunitário.

Os atos administrativos comunitários têm uma natureza híbrida, enquadram-se no âmbito de políticas comunitárias e são concebidos por normas e princípios gerais de direito comunitário.

O recurso de anulação é o principal instrumento no controle de legalidade do sistema jurídico comunitário. Com fun-

damento no princípio da tutela jurisdicional efetiva, são objeto de impugnação as atuações positivas das instituições comunitárias, bem como as omissões.

Quanto à possibilidade de anulação de ato administrativo comunitário pelos particulares, estes se submetem ao atendimento de requisitos restritos, afetação direta e individual, os quais dificultam a admissibilidade do recurso e prejudicam a efetividade do princípio da tutela jurisdicional efetiva.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, L. F. C. **O direito administrativo sem estado: crise ou fim de um paradigma?** Coimbra: Coimbra, 2008.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, R. A. As nuances da admissibilidade dos particulares ao recurso de anulação no direito comunitário europeu. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, v. 5, p. 417-446, 2009. Disponível em: <<http://bit.ly/2nCAYea>>. Acesso em: 28 dez. 2011.

MARTINS, A. M. G. **Curso de direito constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

NETO, E. B. Direito administrativo transnacional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 22, p. 1-18, abr./maio/jun. 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2n7H-Qha>>. Acesso em: 26 dez. 2011.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). Artigo n. 182. In: _____. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<http://bit.ly/2n89dYo>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

PORTUGAL. **Lei n. 15, de 22 de fevereiro de 2002**. Aprova o Código de processos nos tribunais administrativos. 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/2o58QwQ>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

TRIBUNAL DE CONTAS EUROPEU. **O parlamento europeu**: disposições institucionais. Seção 1, Capítulo 1. Disponível em: <<http://bit.ly/2o510DA>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

Transparência Digital na Gestão Pública: uma Análise de Conglomerados nos Municípios Cearenses

Digital Transparency in Public Management: a Cluster
Analysis in Municipalities of Ceará

Gleison Mendonça Diniz¹
Diego de Queiroz Machado²
Fátima Regina Ney Matos³

RESUMO

A pesquisa trata da transparência digital dos municípios cearenses quanto às informações disponibilizadas em seus portais eletrônicos. O objetivo do estudo foi analisar características dos municípios cearenses a partir de seus portais eletrônicos com amparo em um modelo de análise de transparência digital. Os dados foram coletados nos *websites* ativos dos municípios cearenses, correspondendo a 157 portais eletrônicos, com supedâneo em um roteiro de observação para navegação orientada nos *websites* municipais. Dentre os achados da pesquisa, inferiu-se, com utilização da técnica de análise de conglomerados, a formação de quatro grupos que se apresentaram de maneira distinta

1 Pós-doutor em Administração e Controladoria (UFC). Analista de controle externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará (TCM/CE). E-mail: gleisondiniz@uol.com.br.

2 Doutor em Administração de Empresas (Unifor). Professor adjunto na Feaac (UFC). E-mail: diegoqueirozm@yahoo.com.br.

3 Pós-doutora em Administração pela Universidade de Aveiro (UA, Portugal). Professora auxiliar do Instituto Superior Miguel Torga (Coimbra) e professora titular da Universidade Potiguar (UP). E-mail: fneymatos@globo.com.

quanto a categorias de análise das informações e serviços disponibilizados em seus *websites*.

Palavras-Chave: Gestão Pública. Internet. Portais Eletrônicos. Transparência Digital. Análise de Conglomerados.

ABSTRACT

The research deals with the digital transparency in municipalities of Ceará regarding to the information in their electronic portals. The aim of the study was to analyze characteristics in municipalities of Ceará from their homepages up based on an analytical model of digital transparency. Data were collected in the active websites of municipalities in Ceará, corresponding to 157 homepages with footstool in an observation script for guided navigation in these websites. Among the findings of the research using the cluster analysis technique, it was inferred that the formation of four groups performed differently and the analysis of categories of information and services available on their websites.

Keywords: Public Management. Internet. Websites. Digital Transparency. Cluster Analysis.

1 INTRODUÇÃO

Pesquisas no âmbito da transparência de informações públicas têm ganhado cada vez mais relevância e destaque em todo o mundo, como os estudos de Gomez e Wald (2010) no Canadá, Kaur e Bhaskaran (2015) na Índia, e Bairral, Coutinho e Alves (2015) no Brasil. Tais estudos, contudo, têm como foco

a análise da transparência em organizações públicas de setores diversos, como o bancário, energético e de ensino. No âmbito da gestão pública, em agentes como ministérios, secretarias e prefeituras, tais estudos ainda são escassos, demandando maior aprofundamento.

Sabe-se que os municípios brasileiros procuram disponibilizar em seus sites oficiais informações variadas sobre a utilização dos recursos públicos. No Ceará, especificamente, Teixeira (2004) realizou estudo envolvendo o nível de uso das TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação) e a transparência na gestão pública municipal. Os resultados do estudo à época mostraram que o emprego das TIC era bastante reduzido, visto que 86% das prefeituras do Ceará não tinham páginas disponibilizadas na rede mundial de computadores e, dentre as que tinham, os poucos serviços ou *links* disponibilizados não podiam ser acessados efetivamente, o que comprometia a aplicação da internet no combate à corrupção e na prevenção do mau uso dos recursos públicos. Desse modo, identificou-se a necessidade de uma atualização deste estudo, visando apreciar as transformações com a difusão das TIC na última década.

O objetivo deste trabalho, portanto, consiste em analisar características dos municípios cearenses a partir de seus portais eletrônicos com amparo em um modelo de análise de transparência digital. Para tanto, partiu-se de uma abordagem quantitativa, com base em observação sistemática por meio de um roteiro de navegação orientada, baseado no modelo original de Amorim (2012), aplicado anteriormente apenas em capitais brasileiras. Para tanto, compuseram o *lócus* da pesquisa todos os *websites* ativos do estado do Ceará, totalizando 157, utilizando-se a técnica de análise de conglomerados. Assim, es-

pera-se que este estudo, ao analisar categorias de um modelo de transparência digital, possa ampliar a discussão do tema, ao indicar as distâncias e proximidades das categorias, além de construir um panorama local e atual da transparência digital dos municípios cearenses.

2 A TRANSPARÊNCIA DIGITAL NA GESTÃO PÚBLICA

Conforme Culau e Fortis (2006), a transparência na gestão pública está ligada à divulgação periódica de relatórios, à realização de audiências públicas e à prestação de contas dos chefes dos poderes, constituindo-se como um requisito fundamental para a boa governança e um elo entre Estado e sociedade civil, porquanto amplia o nível de acesso do cidadão às informações sobre gestão pública. Por sua vez, Souza et al. (2009) elucidam que a transparência nos atos da administração pública tem como propósito impedir ações impróprias e eventuais, como o uso indevido dos bens públicos, por parte dos governantes e administradores.

Nessa esteira, Amorim (2012) esclarece que a transparência digital relaciona-se à transparência dos governos ao utilizar as TIC e seus efeitos incrementais para o sistema democrático. Portanto, a compreensão sobre as várias possibilidades de uso da internet pelo governo para tornar-se mais transparente configura-se como tentativa de avanço no conhecimento associado à tecnologia empreendida no desenvolvimento de serviços e informações à disposição do público.

A transparência digital pressupõe o uso das TIC e do conceito de governo eletrônico para viabilizar novos canais de co-

municação entre os agentes públicos e a sociedade. Segundo Marcelino e Santos (2012), os projetos relacionados à transparência dos dados públicos e ao governo eletrônico propiciam melhor entendimento do cidadão acerca das informações públicas, tornando-as mais democráticas, acessíveis e transparentes.

Nesse contexto, as reformas na administração pública brasileira tiveram considerável destaque com a aprovação de leis como: Lei Complementar (LC) nº 101/00, ou seja, a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); LC nº 131/09, a Lei da Transparência; e a Lei nº 12.527/11, Lei de Acesso à Informação (LAI). Além disso, a Lei nº 15.175, de 28 de junho de 2012, definiu regras específicas para implementação, no estado do Ceará (CE), dos dispositivos da Lei nº 12.527/11. Assim, os municípios, como instância de poder local, ampliam sua participação digital por meio de seus *websites*, constituindo-se como instrumentos de maior interação com seus cidadãos.

Também os estudos na esfera pública envolvendo o governo eletrônico avançaram nos últimos anos, inclusive no âmbito nacional. Analisando as informações disponibilizadas nos sites dos municípios do Vale do Paraíba, Santos, Carniello e Oliveira (2013) identificaram grandes disparidades entre esses: alguns apenas cumprem o mínimo previsto em lei, enquanto outros avançam para a utilização dos portais eletrônicos como um meio facilitador de prestação de serviço e comunicação ao cidadão. De forma semelhante, Rothberg e Liberato (2013), ao avaliar os portais eletrônicos das quinze maiores cidades do estado de São Paulo, também observaram essas desigualdades na qualidade e transparência das informações disponibilizadas aos cidadãos. Amorim e Gomes (2013) avaliaram a utilização de tecnologias digitais por parte da gestão pública das capitais

brasileiras, além de verificar se havia correlação entre o desempenho de cada governo no que tange à transparência digital e aos indicadores socioeconômicos dos municípios pesquisados. Verificou-se que as cidades pesquisadas aderiram ao governo eletrônico por meio de portais da transparência, porém isso não se realizou de forma voluntária, mas por força de lei.

Mais recentemente, Santos et al. (2015), desenvolvendo estudo de caso no portal eletrônico do estado do Rio Grande do Sul, enfatizam a importância deste ambiente em contribuir como uma extensão da comunicação e interação entre a sociedade e o estado, além de permitir o acesso às informações, aumento da transparência e também o conhecimento do estado acerca das demandas e necessidades da sociedade. Nazário, Silva e Rover (2012), contudo, apontam para as dificuldades que podem ser encontradas pela população em geral ao lidar com informações demasiadamente técnicas disponibilizadas nestes sites. Assim, é preciso avançar no sentido de promover uma adequação dessas informações para atender não apenas especialistas, mas leigos também.

3 METODOLOGIA DA PESQUISA

Para compor o universo da pesquisa, foram levantados, com base em programas de busca da internet, os *websites* ativos do Poder Executivo de todos os municípios cearenses, constituindo-se como a fonte primária de dados do estudo, totalizando 157 portais eletrônicos (85,33%). O estudo não considerou 27 *websites* municipais (14,67%), em virtude de inexistência, desativação, construção, manutenção de parte dos sítios eletrô-

nicos ou mesmo por se configurarem como blogs.

A coleta das informações foi realizada com base em observação sistemática por meio de um roteiro de navegação orientada nos meses de setembro a dezembro do ano de 2014. Ao desenvolver o modelo de transparência digital que foi adotado para este estudo, Amorim (2012) considerou dados, informações, serviços e transparência, compreendidos em dimensões do processo de avaliação dos *websites*, além de categorias de análise e indicadores, visualizados na Tabela 1.

Tabela 1: Categorias de análise e indicadores do modelo.

Dimensões	Categorias de análise e indicadores
1. Informações gerais: Características básicas do website que se relacionam à análise da transparência digital.	a) internet: endereço eletrônico do portal; existência de portal da transparência; visibilidade do portal da transparência.
2. Informações e serviços técnicos: Organização e a arquitetura da informação, assim como a integração entre design, conteúdos e serviços, além da capacidade de comunicação de forma transparente com outros sistemas.	b) usabilidade: mecanismos de busca; mapa do site; reconhecimento e orientação do sistema; interface.
	c) acessibilidade: outros idiomas; acesso por pessoas com deficiência; multiplicidade de acesso; flexibilidade e eficiência do portal; código fonte e desenvolvedor do portal.
	d) <i>hiperlink</i> : <i>link</i> para órgãos de apoio; <i>link</i> para organismos reguladores; <i>link</i> para o portal transparência.gov.br; <i>link</i> para órgãos da sociedade civil organizada.

3. Informações e serviços específicos: Informações apresentadas pelo portal com a finalidade de fornecer ao usuário esclarecimentos e serviços sobre a estrutura e o funcionamento do município, leis, modos e canais de participação do governo, programas e projetos realizados, em andamento e em discussão, acompanhamento da execução orçamentária, financeira e administrativa, além dos meios de manutenção do diálogo e atendimento das demandas encaminhadas pelo usuário.	e) informações contextuais: lista das autoridades; disseminação da informação; conselhos municipais; ouvidoria.
	f) informações institucionais: história da cidade; uso do portal da transparência; legislações do município; funcionamento do município; meios de participação; programas e projetos do município; Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU).
	g) informações financeiro-orçamentárias: Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual; Lei de Responsabilidade Fiscal; despesas e receitas em tempo real; abertura de dados financeiros e orçamentários; anteprojeto da LDO e da LOA.
	h) informações administrativas: informações noticiosas; pronunciamentos; folhas de pagamentos; licitações; decisões governamentais; abertura de dados administrativos; ações administrativas; espaços de participação; acompanhamento das políticas.
	i) comunicação com o público: meios de contato; presença em redes sociais; correio eletrônico; agenda pública; agenda do governo; manutenção do diálogo.
	j) responsividade: proatividade; atendimento online; respostas das autoridades; debate prévio; avaliação dos serviços do governo; perguntas e respostas frequentes; suporte ao usuário; acompanhamento das demandas.

Fonte: Adaptada de Amorim (2012)

Portanto, cada indicador definido possibilitou a composição do resultado das categorias de análise e dimensões do processo de avaliação dos *websites*, conforme descrito em Amorim (2012), que dividiu ainda escala de pontuação (que variou de 0 a 4) em cinco intervalos para classificar a transparência digital quanto ao desempenho, apontados na tabela 2.

Tabela 2: Classificação e desempenho da transparência digital.

Conceito global da transparência digital	Escala de pontuação – Intervalos
TA – transparência avançada	4 a 3,2
TS – transparência significativa	Abaixo de 3,2 até 2,4
TM – transparência moderada	Abaixo de 2,4 até 1,6
TF – transparência fraca	Abaixo de 1,6 até 0,8
TI – transparência inexistente	Abaixo de 0,8

Fonte: Adaptada de Amorim (2012).

Com relação à técnica estatística, utilizou-se a análise de conglomerados ou de *clusters* que, de acordo com Hair Jr. et al. (2005), separam elementos ou variáveis em grupos homogêneos internamente, heterogêneos entre si e mutuamente exclusivos, com base em parâmetros determinados segundo uma medida de similaridade ou distância. Conforme Machado et al. (2015), mediante essa técnica, os dados coletados podem ser organizados e analisados, reunindo e classificando objetos com base em suas características comuns. Nesse sentido, após a atribuição da pontuação das categorias de análise, conforme o modelo de análise da transparência digital utilizado iniciou-se a análise estatística com a checagem das premissas que validassem a aplicação da análise de conglomerados. A premissa considerada para validar a utilização da análise de conglomerados

relacionou-se à ausência de multicolinearidade entre as variáveis selecionadas, para que não houvesse variáveis altamente correlacionadas entre si. Ressalta-se que neste processo foi utilizado como software de auxílio à pesquisa o SPSS (versão 21), para organização e análise dos dados.

4 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

Para a separação dos grupos, optou-se pelo método não hierárquico de agrupamento *K-means* (K-médias), utilizado de maneira mais frequente para o agrupamento de grandes conjuntos de observações, como é o caso desta pesquisa. Os resultados da solução, com o agrupamento dos municípios em quatro grupos, estão na Tabela 3.

Tabela 3: Classificação dos municípios em conglomerados.

GRUPO 1 – 6 MUNICÍPIOS				
- Brejo Santo - Mucambo	- Coreaú	- Várzea Alegre	- Itapajé	- Madalena
GRUPO 2 – 47 MUNICÍPIOS				
- Acarape - Aurora - Camocim - Caucaia - Cruz - Granja - Icó - Irauçuba - Missão Velha - Paramoti	- Santana do Cariri - Ubajara - Altaneira - Baixio - Carnaubal - Cedro - Eusébio - Groaíras - Iguatu - Itaitinga	- Mombaça - Quixeramobim - São Luís do Curu - Umirim - Ararendá - Barroquinha - Catarina - Choró - Farias Brito	- Guaiúba - Ipu - Itapipoca - Nova Olinda - Russas - Solonópole - Varjota - Araripe - Bela Cruz	- Catunda - Crotá - Frecheirinha - Guaraciaba do Norte - Ipueiras - Mauriti - Pacajus - Santana do Acaraú - Tauá

GRUPO 3 – 21 MUNICÍPIOS				
- Aquiraz - Cascavel - Horizonte - Parambu - Sobral	- Viçosa do Ceará - Aracati - Crateús - Juazeiro do Norte	- Pereiro - Tururu - Barbalha - Crato	- Maracanaú - Quixadá - Umari - Beberibe	- Fortaleza - Maranguape - Salitre - Uruoca
GRUPO 4 – 83 MUNICÍPIOS				
- Acaraú - Apuiarés - Banabuiú - Campos Sales - Cariús - Fortim - Guaramiranga - Icapuí - Iracema - Jaguaretama - Jijoca de Jericoacoara - Marco - Milhã - Novo Oriente - Pacujá - Paraipaba - Pires Ferreira	- Potiretama - Redenção - São João do Jaguaribe - Tejuçuoca - Alto Santo - Aracoiaba - Barro - Canindé - Chaval - General Sampaio - Ibaretama - Independência - Itapiúna - Jaguaribara - Jucás - Massapê - Miraíma	- Ocara - Palhano - Pedra Branca - Poranga - Quiterianópolis - Reriutaba - Senador Pompeu - Tianguá - Amontada - Aratuba - Baturité - Capistrano - Chorozinho - Graça - Ibiapina - Ipaporanga - Itarema	- Jaguaribe - Lavras da Mangabeira - Meruoca - Morada Nova - Pacatuba - Palmácia - Pentecoste - Porteiras - Quixelô - Saboeiro - Tabuleiro do Norte - Uruburetama - Antonina do Norte - Arneiroz - Boa Viagem - Caririçu	- Forquilha - Grangeiro - Ibicuitinga - Ipaumirim - Itatira - Jaguaruana - Limoeiro do Norte - Milagres - Moraújo - Pacoti - Paracuru - Pindoretama - Potengi - Quixerê - São Benedito - Tarrafas

Por conseguinte, para evidenciar as diferenças entre os grupos com origem em cada uma das categorias de análise, foram verificados os valores da distância média das observações em relação ao centro do grupo após a formação dos distintos conglomerados, consoante a Tabela 4.

Tabela 4: Centros de conglomerados finais.

Categorias de análise	Conglomerados			
	1	2	3	4
Internet	,8	3,9	3,9	3,9
Usabilidade	1,5667	2,8085	2,1048	1,5494
Acessibilidade	1,1	1,3	1,4	1,1
Hiperlink	,7500	1,4426	2,1333	1,0566
Informações contextuais	,5500	,9979	1,5762	,4819
Informações institucionais	,7667	1,1489	1,4000	,9217
Informações financeiro-orçamentárias	,38	,88	1,32	,60
Informações administrativas	,4583	,5936	1,2310	3349
Comunicação com o público	,7833	1,3319	1,7381	1,0325
Responsividade	,1	,1	,4	,0

Dentre os grupos observados na análise, o grupo 1 se destaca dos demais como aquele com menores valores em seis das dez variáveis, sendo, portanto, o grupo cujos municípios têm os atributos menos favoráveis à transparência. Observou-se que a maior distância média das observações neste grupo, em relação aos demais, se concentrou na categoria de análise “internet”, visto que somente os municípios de Brejo Santo, Coreaú, Itapajé, Madalena, Mucambo e Várzea Alegre não dispunham de portal da transparência.

Observou-se que o grupo 3 obteve os melhores resultados para oito entre dez variáveis da transparência digital quando comparado aos demais grupos. Pode-se inferir que existe um maior esforço dos municípios participantes deste grupo quan-

to à organização, design e conteúdo de seus *websites*, *links* para órgãos de apoio e organismos reguladores, como também no concernente à disponibilização de informações e serviços relacionados à estrutura e ao funcionamento do município, atribuições das autoridades municipais, acompanhamento da execução orçamentária e financeira, utilização do portal da transparência e comunicação com o público.

Constatou-se, inclusive, que o grupo 3 possuía oito municípios entre os quinze com melhores PIB *per capita* do CE, conforme os dados divulgados pelo Censo do IBGE no ano de 2010, ou seja, nos municípios de Aquiraz, Aracati, Barbalha, Fortaleza, Horizonte, Juazeiro do Norte, Maracanaú e Sobral, o PIB *per capita* influencia as iniciativas de transparência digital. Observou-se ainda, no grupo 3, o fato de que quatro municípios (Aquiraz, Fortaleza, Horizonte e Maracanaú) figuraram entre os cinco com melhores índices de transparência digital.

As diferenças entre os grupos também puderam ser observadas quanto ao conceito global de transparência digital desde a média de cada grupo em cada categoria de análise após a formação dos distintos conglomerados, conforme exposto na Tabela 5.

Tabela 5: Distribuição média dos grupos por conceito global da transparência digital.

Categorias de análise do modelo	Conceito global da transparência digital x Grupos				
	Inexistente ($0 \leq x < 0,8$)	Fraco ($0,8 \leq x < 1,6$)	Moderado ($1,6 \leq x < 2,4$)	Significativo ($2,4 \leq x < 3,2$)	Avançado ($3,2 \leq x \leq 4$)
Internet	1	-	-	-	2, 3 e 4
Usabilidade	-	1 e 4	3	2	-
Acessibilidade	-	1, 2, 3 e 4	-	-	-
Hiperlink	1	2 e 4	3	-	-
Informações contextuais	1 e 4	2 e 3	-	-	-
Informações institucionais	1	2, 3 e 4	-	-	-
Informações financeiro-orçamentárias	1 e 4	2 e 3	-	-	-
Informações administrativas	1, 2 e 4	3	-	-	-
Comunicação com o público	1	2 e 4	3	-	-
Responsividade	1, 2, 3 e 4	-	-	-	-
Índice de transparência digital	1	2 e 4	3	-	-

Verificou-se que o grupo 3 foi o único que obteve o resultado relativo ao índice de transparência digital considerado “moderado” em razão das categorias de análise “usabilidade”, “hiperlink” e “comunicação com o público”. Quanto ao grupo 2, sua performance da transparência digital foi considerada “fraca”, principalmente pelo resultado das categorias de análise “acessibilidade”, “hiperlink”, “informações contextuais”, “informações institucionais”, “informações financeiro-orçamentárias” e “comunicação com o público”. Em relação ao grupo 4, o resultado da transparência digital foi considerado “fraco”, principalmente em decorrência das categorias de análise “usabilidade”, “acessibilidade”, “hiperlink”, “informações institucionais” e “comunicação com o público” e, por fim, o grupo 1 obteve o resultado da transparência digital “inexistente” em todas as categorias de análise, com exceção de “usabilidade” e “acessibilidade”.

Por fim, na Tabela 6, é apresentado um resumo das características encontradas em cada um dos grupos de municípios analisados.

Tabela 6: Perfil dos grupos de municípios

Grupos	Características
Grupo 1	Pior grupo de municípios em relação à transparência digital. Obteve conceito médio global “inexistente” e “fraco” em todas as categorias de análise do modelo. Em nenhum município do grupo existia link para portal da transparência e, consequentemente, não era possível qualificar sua visibilidade, necessitando evoluir nos aspectos ligados à categoria de análise “internet”.
Grupo 2	Segundo melhor grupo em relação à transparência digital. Em particular, este grupo sobressaiu-se em relação à categoria de análise “usabilidade”, no que diz respeito, principalmente à existência de mecanismos de busca, mapa do site e elementos de interface.

Grupo 3	Melhor grupo de municípios com indicadores relativos à transparência digital, obtendo as melhores performances de oito entre as dez categorias de análise do modelo, especialmente quanto às informações contextuais, administrativas, <i>hiperlinks</i> e com parte dos municípios entre os melhores PIB <i>per capita</i> do Ceará.
Grupo 4	Terceiro grupo na classificação da transparência digital e que reuniu a maior parte dos municípios da pesquisa. Recebeu conceito médio global “fraco” em nove das dez categorias de análise do modelo, refletindo o desempenho geral dos municípios cearenses.

Em suma, pode-se observar, ao considerar os grupos criados pela análise estatística de agrupamentos, os diferentes níveis de transparência digital que se encontram os municípios cearenses com *websites* ativos, sendo percebidas ainda oportunidades de melhoria quanto às diversas categorias de análise aplicadas aos municípios da pesquisa. No entanto, é importante ressaltar a evolução percebida em referência ao estudo de Teixeira (2004), no qual foi identificado um percentual de apenas 14% de municípios cearenses com páginas disponibilizadas em redes, enquanto que na pesquisa tal percentual foi de 85,33%, mesmo desconsiderando casos de desativação, construção, manutenção de parte dos sítios eletrônicos ou aqueles que mais se configuraram como blogs.

Ademais, também puderam ser percebidas grandes disparidades entre os grupos como, por exemplo, quanto aos grupos 1 e 3, pior e melhor grupo nas categorias analisadas, respectivamente. Mesmo sendo o grupo 1 bastante pequeno em relação aos demais, com apenas seis municípios, o desempenho fraco em todas as categorias de análise denota as distâncias existentes entre os níveis de desenvolvimento e aplicação das TIC no estado do Ceará, em caso semelhante aos descritos por Santos, Carniello

e Oliveira (2013), com os municípios do Vale do Paraíba, e Rothberg e Liberato (2013), em municípios do Estado de São Paulo.

Outro ponto de ressalva é que, diferentemente do resultado descrito por Amorim e Gomes (2013), as principais deficiências dos grupos de municípios cearenses, além das “informações contextuais”, “informações institucionais”, e “informações financeiro-orçamentárias”, também percebidas nas capitais brasileiras, está nas categorias “acessibilidade”, “informações administrativas” e “responsividade”, sendo esta última a pior avaliada, com todos os grupos de municípios dentro do conceito “inexistente”. Dessa forma, corrobora-se o destaque dado por Nazário, Silva e Rover (2012) e Santos et al. (2015) à superação de quaisquer barreiras para o diálogo e atendimento das demandas dos usuários nos portais, para que estes, de fato, se tornem uma extensão da comunicação e interação entre sociedade e estado.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar características dos municípios cearenses a partir de seus portais eletrônicos com amparo em um modelo de análise de transparência digital. Com base no modelo de Amorim (2012) e, a partir dos achados da pesquisa nos conglomerados, é lícito inferir que os municípios cearenses disponibilizam, por meio dos seus *websites*, informações e serviços que favorecem a transparência da gestão da informação sobre recursos públicos, embora com volume e qualidade muito aquém daquilo que se espera na era da democracia digital.

Nesse sentido, este estudo traz contribuições para o campo de estudo relacionado ao progresso da comunicação digital e

da transparência das políticas públicas na internet, colaborando com os gestores públicos e membros dos órgãos de controle interno e externo dos municípios quanto ao cumprimento de suas missões institucionais, além de possuir intensa relevância com a prática da participação popular e do controle social, como instrumentos de exercício da cidadania. Na perspectiva social, o estudo nos portais eletrônicos dos municípios do Ceará tende a contribuir para o avanço da comunicação pública cidadã e para o fortalecimento do direito à informação como pressuposto de participação popular na esfera política. Na perspectiva governamental, o resultado do estado da transparência digital nos portais eletrônicos pode estimular investimentos ou esforços dos governos municipais em ampliar a transparência de suas ações. Já na perspectiva geopolítica, o estudo nos portais eletrônicos tem maior abrangência quanto à atuação administrativa dos gestores públicos, além de a esfera municipal configurar-se como a instância de governo mais próxima da sociedade.

Por último, em consequência deste trabalho, são propostos alguns estudos posteriores que possam trazer benefícios diretamente relacionados à administração pública e à sociedade, como: a) ampliar a pesquisa em municípios de outros estados brasileiros, abrangendo as demais regiões geográficas, para detectar diferenças em relação aos municípios cearenses e sugerir oportunidades de melhorias quanto à transparência digital; b) incrementar a escala de valores não paramétricos para os indicadores da pesquisa com apenas dois ou três conceitos, como forma de explorar novos parâmetros de análise e tornar mais robusto o modelo utilizado; c) apresentar novos indicadores para o modelo de pesquisa que guardem relação com a transparência e estejam em conformidade com as necessidades e interesses voltados à

democracia digital; e d) comparar a evolução da transparência digital nos municípios brasileiros com os de outros países.

REFERÊNCIAS

AMORIM, P. K. D. F. **Democracia e internet:** a transparência de gestão nos portais eletrônicos de capitais brasileiras. 2012. 336 f. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura Contemporâneas)– Programa de Pós-Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

AMORIM, P. K. D. F.; GOMES, W. O estado da transparência digital das capitais brasileiras: um estudo sobre e-transparência fiscal. In: CONGRESSO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PESQUISADORES DE COMUNICAÇÃO E POLÍTICA, 5., 2013, Curitiba. **Anais...** Curitiba: Compolítica, 2013. p. 1-25.

BAIRRAL, M. A. C.; COUTINHO, A. H.; ALVES, F. J. S. Transparência no setor público: uma análise dos relatórios de gestão anuais de entidades públicas federais no ano de 2010. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 642-675, 2015.

CULAU, A. A.; FORTIS, M, F. A. Transparência e controle social na administração pública brasileira: avaliação das principais inovações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. In: CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, XI., 2006, Guatemala. **Anais...** Guatemala, 2006.

GOMEZ, R.; WALD, S. When public-sector salaries become public knowledge: academic salaries and Ontario's public sector salary disclosure act. **Canadian Public Administration**, v. 53, n. 1, p. 107-126, 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/2oaeGwU>>. Acesso em: 9 jul. 2016.

HAIR JUNIOR, J. F. et al. **Fundamentos de métodos de pesquisa em administração**. Porto Alegre: Bookman, 2005.

KAUR, S.; BHASKARAN, R. Corporate social responsibility disclosure practices of public and private sector banks in India: a comparative analysis. **The IUP Journal of Management Research**, Telangana, v. 14, n. 2, p. 24-38, 2015.

MACHADO, D. et al. Doing Business: uma análise comparativa das regulamentações nos BRICS. **Revista de Administração Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 19, p. 355-373, 2015.

MARCELINO, C. W.; SANTOS, C. A. F. A tecnologia da informação e a participação popular: estudo de caso do projeto transparência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADMINISTRAÇÃO, 36., 2012, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: EnANPAD, 2012. p. 1-16.

NAZÁRIO, D. C.; DA SILVA, P. F.; ROVER, A. J. Avaliação da qualidade da informação disponibilizada no Portal da Transparência do Governo Federal. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 6, 180-199, 2012.

ROTHBERG, D.; LIBERATO, F. D. P. Comunicação pública, transparência e políticas públicas: avaliação de informações em portais brasileiros de governo. **Revista Internacional de Relações Públicas**, Málaga, v. 6, n. 3, p. 69-96, 2013.

SANTOS, J. U. D. L. et al. Cidadãos em rede: o gabinete digital do estado do Rio Grande do Sul como instrumento de democracia digital. **Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico**, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 150-182, 2015.

SANTOS, M. J.; CARNIELLO, M. F.; OLIVEIRA, E. A. D. A. Q. Comunicação digital na gestão pública dos municípios da RMVP: acesso à informação, transparência e mecanismos de participação. **Revista Brasileira de Desenvolvimento Regional**, Blumenau, v. 1, n. 1, p. 167-184, 2013.

SOUZA, A. C. et al. A relevância da transparência na gestão pública municipal. **Revista Campus**, Paripiranga, v. 2, n. 5, p. 6-20, 2009.

TEIXEIRA, A. **O uso das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC) e a transparência na Gestão Pública municipal no Ceará**. Ceará: Fundação Konrad Adenauer, 2004. Disponível em: <<http://bit.ly/2nhmjUL>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

O Controle Administrativo Interno: sujeito, fato e parâmetro

The Administrative Internal Control: subject, suit and parameter

Antonio Paulo da Silva¹
Carlos Henrique da Silva Sousa²
Kássyo Modesto da Silva³

RESUMO

Este artigo apresenta um olhar sobre a função de controle administrativo interno, procurando identificar, de forma analítica, os principais aspectos que envolvem essa atividade. No artigo, são apresentados os sujeitos, os fatos jurídicos abordados, os parâmetros utilizados na avaliação e a forma como esses três elementos se relacionam.

Palavras-Chave: Controle Administrativo. Interno. Sujeito. Fato. Parâmetro.

1 Mestre em Física da Matéria Condensada; Especialista em Direito e Gestão Tributária; Bacharel em Direito; Bacharel em Física Geral e Fundamental; Auditor de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. E-mail: paulo.silva@cge.ce.gov.br

2 Mestrando em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Cariri (UFCA); Especialista em Pesquisa Científica pela Universidade Estadual do Ceará (UECE); Bacharel em Biblioteconomia pela Universidade Federal do Ceará (UFC); Bibliotecário-Documentalista do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). E-mail: chenrique@ifce.edu.br

3 Mestrando em Administração e Controladoria; Especialista em Gestão Pública com enfoque em Controle Externo; Bacharel em Contabilidade; Auditor de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará. E-mail: kassyo.modesto@cge.ce.gov.br

ABSTRACT

This article presents a view about the function of Internal Administrative Control, trying to identify, analytically, the main aspects involving the activity. The article presents the subjects, the concerning juridical facts, the parameters used in the evaluation and how those three elements are related.

Keywords: Administrative Control. Internal. Subject. Fact. Parameter.

1 INTRODUÇÃO

Um controle interno, como um estado de espírito humano, que contribua para eliminar o comportamento amoral é, sem dúvida, uma das perspectivas de abordagem que traz reflexos no controle da administração pública, dada a gama de desvios apresentados nas relações administrativas que possuem raízes diretamente na má formação ético-profissional de agentes públicos.

Não se pode esperar de alguém que esteja no serviço público, mesmo nas atividades mais simples, em que não haja poder de decisão, a ausência de um comprometimento com o bom uso dos recursos. Pode-se afirmar que a formação ético-profissional de cada agente, no desempenho de suas funções, acaba trazendo reflexos no controle (agente ético) ou descontrole (agente não ético) dos recursos públicos.

Nunca é demais registrar: não basta ao agente público apenas seguir a lei ou as regras estabelecidas em qualquer regulamento, faz-se necessário um comprometimento, um trato zeloso com a coisa pública. Se esta regra deve ser a tônica para

os que conduzem os seus trabalhos no dia a dia, fazendo o controle concomitante, para os profissionais de controle, tais como os auditores de controle interno, essa postura representa um verdadeiro dogma da função.

Sem embargo à pertinência destas linhas iniciais, este ponto de vista não poderia ser tratado neste trabalho devido à dificuldade para abordá-lo em tão poucas linhas. Não obstante o registro da importância dos aspectos subjetivos ou, porque não dizer, em algumas situações, da falta de zelo no trato da coisa pública por alguns agentes, considerar-se-á, neste trabalho, os conteúdos objetivos envolvidos no controle.

Em uma perspectiva objetiva e formal da atividade, podemos classificar a função de controle, interna ou externa, levando em consideração apenas o fato de o profissional estar desempenhando suas funções no mesmo órgão ao qual pertence (interna) ou em outro órgão “jurisdicionado” (externa). Dessa classificação podem ser tiradas conclusões interessantes: a primeira delas é que não existe uma relação simétrica entre a natureza do órgão e a natureza interna ou externa do desempenho da função de controle. É errônea a afirmação de que, de forma estanque, os profissionais dos órgãos de controle interno só fazem controle interno, da mesma forma que será errônea a afirmação de que os profissionais dos órgãos de controle externo só fazem controle externo. Tudo, na verdade, depende de uma questão de referencial, de o agente estar ou não atuando no próprio órgão.

Assim, por exemplo, a Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará (CGE), enquanto órgão central de controle interno, quando atua em auditorias nos órgãos do estado o faz desempenhando um controle interno, pois se encontra no

âmbito do próprio estado. Esse mesmo trabalho, no entanto, do ponto de vista do órgão auditado, representa um controle externo. Outro exemplo bem peculiar de controle externo, desempenhado pela CGE, são as auditorias desempenhadas nos projetos do Banco Mundial. Nesses casos, não obstante seja um órgão de controle interno, a CGE estará atuando externamente, pois todo o trabalho é realizado a serviço do próprio Banco Mundial que não é órgão da estrutura do estado.

Saindo da questão da classificação, quanto a ser interna ou externa, verifiquemos agora quem são esses agentes, quais as suas áreas de formação e suas características pessoais.

Não é de hoje o entendimento de que a função de controle da administração requer uma abordagem multidisciplinar em sua realização, atentando assim, para as várias perspectivas possíveis de abordagem, tais como a regularidade, a eficiência, a eficácia e a economia. É devido a essa necessidade multidisciplinar que os órgãos de controle interno acabam por se estruturarem com profissionais das mais diversas áreas do conhecimento. Pode ser citada a necessidade de contadores, administradores, economistas, engenheiros, físicos, matemáticos, profissionais da área da saúde, dentre outros. A depender do tipo de trabalho, cada profissional contribui com sua visão acerca do evento a ser considerado. Esses são os agentes que desempenham a função de forma profissional, utilizando-se de diversas técnicas para evidenciar desconformidades, ou a melhor forma pela qual a administração da coisa pública poderá ser conduzida com eficiência, eficácia e economicidade. Essa atuação ocorre em momento posterior à ocorrência dos fatos auditáveis.

Em uma perspectiva “menos profissional”, pode-se afirmar que todo aquele que esteja envolvido no trato da coisa

pública tem o dever de proceder de forma que a sua postura represente o primeiro controle. Essa situação é o que se convencionou chamar de controle interno concomitante. Enquanto a atividade é desenvolvida espera-se do agente um domínio amplo dos fatos colocados ao seu encargo.

Quanto aos objetos ou aos fatos abordados pela função de controle interno, considera-se apenas aqueles que possam trazer alguma repercussão jurídica relevante para administração pública. Excluem-se, portanto, aqueles – conforme classificação doutrinária administrativista (DI PIETRO, 2014) – designados como Fato da Administração ou, em outras palavras, que não possuam conteúdo jurídico quando vistos de forma isolada, tais como o atendimento de um telefone ou o simples ato de digitar um documento.

Um terceiro elemento encontrado na relação de controle consubstancia-se no parâmetro utilizado pelos sujeitos do controle. Devido ao fato de se estar em um Estado democrático de direito, esses parâmetros muitas vezes se confundem com o próprio Direito. Pode-se afirmar que, a um só tempo, o Direito é o parâmetro a ser considerado no exercício da atividade e o fundamento para a existência do próprio sistema de controle. Poderíamos afirmar ainda que o que dá suporte de validade à existência do sistema de controle administrativo é a própria Constituição Federal, quando esta confirma a opção por um Estado democrático de direito, ao passo em que norteia essa atividade estabelecendo o Direito como o parâmetro a ser seguido pelo poder público.

Neste trabalho, não abordaremos os pilares que dão a legitimidade para o desempenho da função, mas ao Direito como parâmetro utilizado para se aferir a regularidade dos procedi-

mentos adotados pelos agentes públicos. Esse parâmetro pode estar estampado tanto em normas do tipo regra quanto naqueles que indicam princípios.

Ressalte-se, por oportuno, que não podemos confundir o Direito com essas normas. Da mesma forma que não podemos confundir o dispositivo com a norma jurídica, devemos lembrar também que a ciência do Direito não se confunde com o fenômeno da norma jurídica. O Direito, ontologicamente falando, é mais amplo que o veículo que por vezes o conduz, mais ainda que o próprio ordenamento jurídico. É esta a perspectiva que se considera neste trabalho, muito embora não se faça aqui qualquer digressão acerca do alcance ou dos limites do Direito.

Em apertada síntese, o que se busca neste trabalho é mostrar como os sujeitos, os fatos e o Direito como parâmetro se correlacionam como aspectos de um mesmo fenômeno, qual seja, o controle administrativo interno.

Em seguida abordam-se, com mais detença, cada elemento.

2 OS SUJEITOS DO CONTROLE INTERNO

É errônea a ideia de que o controle administrativo é uma atividade desempenhada apenas por este ou aquele profissional, que possua uma formação nesta ou naquela área específica do conhecimento humano. Ledo engano! O controle, e em especial o controle interno da administração pública, deve ser exercido por todo e qualquer agente no desempenho de suas funções. Poderíamos dizer que este representa o primeiro momento de controle, também conhecido como controle concomitante, ou seja, enquanto a atividade administrativa está sendo realizada, a

primeira avaliação dos fatos estará sendo materializada. Há quem diga que este é o mais importante dos meios de controle, pois qualquer outro controle será sempre no sentido reparador, no que já se vislumbraria eventual prejuízo, muitas vezes irreparáveis.

Sem embargo do afirmado acima, não é difícil imaginar, sobretudo se considerarmos as mais variadas carências materiais e humanas que permeiam a atividade administrativa, a limitada eficiência do controle administrativo concomitante. Entenda-se por carência humana não só a falta de agentes e, em alguns momentos, a má formação, mas também as eventuais falhas de caráter, sempre dispostas a boicotar o bom andamento dos procedimentos desenhados para funcionarem com eficiência, eficácia e economicidade. Pertinente, neste particular, é a afirmação de Leonardo Boff (2000, p. 28), ao se referir à natureza humana. O renomado escritor assim afirma: **“Possuímos essa dimensão de abertura, de romper barreiras, de superar interditos, de ir para além de todos os limites.”** (grifo nosso)

A prática do dia a dia tem dado razão ao perspicaz escritor, de forma que esse desejo intrínseco de romper os limites, antes uma característica louvável do ser humano, se não estiver acompanhado de uma boa formação ética, acaba por trazer prejuízos ao bom andamento de qualquer atividade administrativa. Essa constatação evidencia a necessidade da formulação de outras formas de atuação, necessariamente, desempenhadas por outros sujeitos não envolvidos diretamente nos trabalhos administrativos. Para essa forma de controle é que foram criados, na estrutura administrativa, órgãos e carreiras específicas, com profissionais treinados para descortinar as mais variadas formas de desvios no trato da coisa pública. Se o ser humano tem a natureza de romper interditos, os sujeitos que

participam da consecução do controle administrativo devem ter em mente, e como meta de seus trabalhos, a necessidade de reconduzir a coisa pública aos “trilhos” normais, ou porque não dizer, normativos.

Surgem então os auditores de controle internos, fundamentais no bom andamento da máquina administrativa no que concerne aos aspectos da regularidade, eficiência, eficácia, efetividade e economicidade. Devido à sua especialização, adquirida por meio de treinamento constante, esses profissionais acabam por desempenhar todas as modalidades de controle. Ora os encontramos no controle concomitante, ora *a posteriori*; em alguns momentos, de forma repressiva, em outros, colaborando no aperfeiçoamento, ou redesenho dos procedimentos administrativos.

Diferentemente dos agentes, nas suas mais variadas áreas de atuação, o auditor de controle interno precisa ter uma visão mais ampla da “máquina” administrativa. Essa visão permite, com mais propriedade, que esses profissionais possam contribuir com sugestões de melhorias nos diversos processos, sobretudo naquelas ações que requerem a atuação de mais de um órgão na produção de um produto final.

Ressalte-se, como afirmado alhures, que o desempenho da função de controle, se interna ou externa, é uma questão muito mais de referencial do que propriamente da designação deste ou daquele cargo. Nesse sentido, podemos afirmar que o controle interno não é uma atividade exclusiva dos auditores de controle interno. Vejam que todo e qualquer agente público, na atividade de controle concomitante, desempenha um controle interno.

Um outro ator, que não se pode deixar de registrar dada a sua indispensável contribuição ao controle interno – muito

embora não se possa classificá-lo como um sujeito do controle interno –, é o cidadão. A doutrina tem atribuído a ele o que se convencionou chamar de controle social. Não obstante incipiente, a participação desse sujeito tem sido fomentada de forma contínua pelos órgãos de controle interno. Um bom exemplo disso pode ser apontado nas iniciativas desenvolvidas pela Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará, por meio da Coordenadoria de Fomento ao Controle Social. Esta coordenação tem implementado com sucesso diversas formas de interlocução com o cidadão, instigando-o à participação nas atividades de controle.

Podemos resumir, portanto, como sendo os sujeitos do controle os profissionais de controle interno, que utilizam as mais variadas técnicas de controle e os agentes públicos e colaboradores, no controle concomitante. O primeiro é um especialista que desempenha de forma profissional os mais variados tipos de controle, concomitante, *a priori* ou *a posteriori*, de forma preventiva ou repressiva; o segundo, de forma concomitante, enquanto desempenha as suas funções.

3 OS FATOS DO CONTROLE INTERNO

Para entender quais atividades são passíveis de “sofrer” controle, é importante entender a origem histórica desse tipo de atividade. A atividade de controle, como está em pauta neste texto, vem da época das grandes navegações, quando surgiu a ideia de empregar recursos em uma atividade que seria exercida por terceiro. Nesse tipo de empreitada, era de grande interesse do investidor saber se os resultados, demonstrados

pelo líder da execução da atividade, estavam em conformidade com a realidade.

Traçando um plano para estabelecer a simetria entre a situação explicitada e a situação em que se dá o controle administrativo, pode-se fazer a seguinte comparação entre os atores nos processos:

- Investidor – cidadão;
- Líder da execução – servidor;
- Investimento – todos os recursos públicos.

Dessa comparação é importante notar que, apesar de ser a relação mais fácil de ser estabelecida na teoria, o cidadão ainda (esperamos) não sente a necessidade de confirmar se os recursos públicos foram bem empregados. Não obstante os esforços desempenhados por órgãos como a Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará em fomentar o controle social, lamentavelmente, a experiência tem mostrado que o cidadão não se sente um investidor por não se sentir “proprietário” dos recursos públicos.

Definido o que deve ser administrado – os atos na gestão de recursos de terceiros –, é importante saber em que perspectivas esse controle vai atuar.

Os controles desempenhados pelos servidores especializados nesse tipo de atividade se materializam sob a égide do embasamento teórico-científico da auditoria. Essa teoria foca o controle em quatro aspectos: eficiência, eficácia, efetividade e economicidade. É importante que esses conceitos estejam claros para compreender a abrangência do trabalho dos auditores de controle interno.

De maneira sucinta, a eficiência está ligada à otimização do uso dos recursos, a eficácia ao alcance dos objetivos, a efetividade ao impacto das ações e a economicidade em relação ao custo-benefício das ações.

Assim, a atividade de controle interno consiste na apreciação e emissão de opinião acerca dos fatos que afetam de uma forma ou outra os recursos públicos, sob os prismas da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade. Para tanto, o controle interno utiliza-se principalmente de dois tipos de trabalhos: as auditorias de conformidade, nas quais o foco será nos aspectos legais, portanto essa auditoria se dará com foco nos aspectos da eficiência e economicidade, tendo em vista as disposições legais; e as auditorias de desempenho, em que o foco será nos resultados das ações governamentais e seus impactos na sociedade, portanto focando os aspectos da eficácia e efetividade.

Um aspecto relevante a ser analisado na seara dos atos do poder público diz respeito aos tipos de atos. A depender de sua natureza será utilizada essa ou aquela forma de análise. Por exemplo, se estivermos tratando de um ato administrativo a que se avaliar a sua espécie, quanto a ser vinculado ou discricionário. Se vinculado, o controle verificará conformidade de seus atributos com o parâmetro normativo; se discricionário, há que se avaliar atributos como a sua pertinência e tempestividade. Ressalte-se que, neste último caso, o controle administrativo estaria interessado mais nos aspectos da economicidade que propriamente na regularidade dos respectivos atos.

Neste ponto, vale uma pequena ressalva no que concerne à avaliação da eficiência dos atos de gestão. Não podemos esquecer que a própria Constituição da República considerou a eficiência como um princípio da administração pública, tor-

nando-a, assim, uma norma constitucional. Ou seja, no que concerne a avaliação do atributo da eficiência, a avaliação seria de regularidade, tendo em vista a norma constitucional. Dito de outra perspectiva, a eficiência deve estar sempre presente na atuação da administração pública, não se encontrando no plano da conveniência e oportunidade do agente público.

Portanto, pode-se dizer que todos os atos que envolvam os recursos públicos podem ser “alvos” de avaliação pelo poder público, que busca garantir que os recursos públicos sejam aplicados em conformidade com os parâmetros normativos e, mais do que isso, que essa aplicação traga benefícios relevantes para a sociedade.

Os parâmetros que norteiam essa avaliação serão mais bem explicitados em seguida.

4 OS PARÂMETROS DE CONTROLE

Já se abordou até aqui os sujeitos e os fatos envolvidos na atividade de controle. Agora, verificaremos o parâmetro por meio do qual o sujeito pode fazer uma avaliação dos fatos. Tais parâmetros, em um primeiro plano, servem para retirar do sujeito toda e qualquer subjetividade em sua abordagem profissional, evitando os indesejáveis “achismos” ou opiniões pessoais. Afirme-se, por oportuno: a opinião do profissional acerca da regularidade deste ou daquele ato de gestão – de serem ou não serem econômicos, eficientes ou efetivos – não possui qualquer relevância para a função de controle interno. Os “achados” consubstanciam-se em evidências contundentes, que se revelam por si mesmas, por não encontrarem amparo no

parâmetro utilizado pelo profissional de controle.

Uma primeira observação que se deve fazer quanto ao parâmetro utilizado pelo sujeito é o fato de ele advir de várias fontes, formas, veiculação e espécies. Assim, podem ser apontadas as fontes normativas, aqui entendidas como o gênero da qual são espécies as regras, os princípios e, na classificação considerada por nós, os postulados; as fontes de conhecimento técnico e científico que, mesmo não estando normatizadas, são amplamente aceitas nas respectivas áreas, estabelecidas ou não em protocolos de atuação profissional; contratos, convênios ou outros instrumentos que representem a manifestação de vontade de qualquer agente público etc.

Uma segunda observação pertinente diz respeito ao fato de que não devemos confundir a norma, ou quaisquer instrumentos utilizados, como parâmetro pelos trabalhos dos profissionais de controle interno, ou qualquer agente no desempenho de suas funções com os instrumentos que os veiculam. Assim, uma norma jamais deverá ser confundida com os dispositivos que a veicula e interpretada de forma isolada do sistema jurídico ao qual pertence; da mesma forma, um contrato, ou um convênio, não pode ser confundido com as folhas de papéis nas quais se encontram materializadas as assinaturas dos signatários. Esses instrumentos são importantes, mas representam apenas parte de um todo que não poderá ser desconsiderado pelo profissional de controle interno.

Dito isso, passemos às observações pertinentes aos parâmetros acima abordados.

Um primeiro ponto diz respeito ao que se entende com norma utilizada como parâmetro. Como dito antes, esta representa o gênero da qual são espécies as regras, os princípios e

os postulados. Inicialmente tomaremos as suas definições para em seguida trazermos uma proposta para a sua aplicação pelos trabalhos de controle interno.

Segundo Humberto Ávila (2013, p. 85) as normas do tipo regra podem ser conceituadas como segue:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Da definição acima é fácil concluir que para se aplicar essas normas não se exige grande esforço do aplicador, basta apenas um processo de subsunção simples, cotejando os fatos do mundo real com as hipóteses previstas na norma. Se houver a subsunção, a conduta do agente será regular, caso contrário será considerada irregular. Essas normas não costumam trazer grandes problemas nos trabalhos de auditoria de regularidade, sendo comumente o principal parâmetro utilizado pelos profissionais.

Outro aspecto que não podemos esquecer é que essas regras podem estar veiculadas em diversos dispositivos, como as leis, atos administrativos, protocolos técnicos e até mesmo nas constituições. Cabe aos profissionais de controle identificar a pertinência de sua aplicação aos casos analisados.

Uma outra espécie de norma são os princípios. Humberto Ávila (2013, p. 85) assim os define:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja

aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Ressalte-se que, até este ponto de nosso trabalho, consideramos como superada qualquer visão de princípio como apenas mero norte interpretativo, como apenas um ideal de justiça ou algo que o valha. Este trabalho considera que o movimento neoconstitucionalista, firmado há várias décadas, superou essas questões. Afirme-se: os princípios são normas tanto quanto qualquer regra! Assim como as regras, eles podem estar veiculados em constituições, em leis ou qualquer protocolo técnico.

De plano se percebe uma maior dificuldade de se implementar os trabalhos de controle administrativo, sobretudo nas auditorias de regularidades, quando se tem como parâmetro uma norma dessa natureza. A dificuldade se impõe devido à forma como essas normas são estruturadas. Aqui, não se procede verificando uma simples subsunção da norma aos fatos, mas identificando se os fatos representam um estado de coisas pretendido pelo princípio.

Como essas normas acabam por apresentar um feixe de possibilidades jurídicas, os profissionais de controle não podem trabalhar com ideias como preto no branco, certo ou errado, irregular ou regular. Toda e qualquer afirmação poderá comportar discussões que, por vezes, fugirão do plano jurídico. Exsurge então a indagação: como trabalhar com essas normas utilizando-as como parâmetros em controle administrativo interno?

Para nós, as auditorias operacionais, ou de desempenho, comportariam a utilização de tais normas sem grandes problemas. Nessas auditorias, os profissionais procuram em conjunto com

o auditado a melhor forma de se proceder em determinadas condições. Esse trabalho dialético entre profissional de controle e auditado, na busca da economicidade, efetividade e eficiência, é um bom exemplo da aplicação de parâmetros do tipo normas princípios.

Por último, ainda utilizando-se da classificação de Humberto Ávila, temos as normas do tipo postulado. Segundo o doutrinador, os postulados normativos são normas que instituem os critérios de aplicação de outras normas, elas estão no plano do objeto da aplicação, ou seja, são normas que tratam da aplicação de outras normas. Sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação. Afirmando seu caráter distintivo, Humberto Ávila (2013, p. 135) assim afirma:

Os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados

Como vemos esse será um parâmetro que sempre estará permeando os trabalhos de controle, tendo em vista o seu caráter metodológico na aplicação das outras espécies normativas. Sempre que se aplica uma norma regra ou uma norma princípio, o operador deverá se utilizar, quando existente, de uma norma do tipo postulado.

Neste ponto do trabalho, vale um pequeno registro:

Adotou-se até aqui a classificação proposta por Humberto Ávila, em seu livro *Teoria dos princípios: da definição à*

aplicação dos princípios jurídicos, sem qualquer referência a outros autores que tratam da mesma matéria. Não se desconhece as polêmicas em torno das definições e as formas como essas normas devam ser aplicadas. Para nós, o assunto demanda um grau de complexidade em seu trato, de forma que não seria apropriado e nem pertinente aos objetivos deste trabalho. Registre-se, no entanto, que o referido autor critica amplamente vários aspectos das teorias propostas por Robert Alexy (2005) e Ronald Myles Dworkin (1999), que procuram explicar as normas jurídicas aqui tratadas.

Os parâmetros utilizados para o controle administrativo interno, portanto, podem ser indicados como as normas em sentido amplo, estabelecidas em veículos como as constituições (Federal e Estadual), legais e protocolos técnicos advindos de profissões regulamentadas.

Em seguida, tecemos algumas considerações acerca da forma como o sujeito, o objeto e o parâmetro se relacionam.

5 RELAÇÃO ENTRE O SUJEITO, O FATO E O PARÂMETRO

Inicialmente devemos afirmar que, a depender do sujeito, a utilização do parâmetro de controle poderá ser mais ou menos ampla, assim como, a depender do tipo de parâmetro, a atuação poderá ser automática, utilizando-se do mecanismo da simples subsunção do fato ao parâmetro (norma regra), ou fazendo uso de forma racional dos pesos e contra pesos (norma princípio).

Não obstante o propósito deste trabalho seja apresentar os elementos que compõem o fenômeno de controle interno, sem nos atermos às ferramentas postas à disposição dos

profissionais, vale citarmos aqui duas modalidades de trabalhos de fundamental importância para os atos acima citados, e de propósitos e finalidades distintas. A primeira são as auditorias de regularidade; a segunda, as auditorias operacionais ou de desempenho, que trabalham com as normas princípio em uma dialética com os agentes.

Para a avaliação dos atos vinculados, as auditorias de regularidade possuem um propósito preciso e suficiente para evidenciar as desconformidades. Nesta, são identificadas as desconformidades dos atos praticados com o parâmetro normativo. A tarefa se consubstancia basicamente em fazer a subsunção do ato com a norma. Se há a subsunção, o ato será considerado regular, caso contrário este será irregular e deverá ser recomendado o seu afastamento.

Diferentemente dos atos vinculados, os atos de gestão não podem ser avaliados pelo processo da simples subsunção. Aqui, não se avalia a regularidade dos atributos dos atos com as normas aplicadas, ao caso tendo em vista a presunção de sua regularidade, mas a qualidade de sua prática. Dito de outra forma, avalia-se a economicidade, a efetividade e a eficiência dos atos que, em sua forma e conteúdo, não possuem quaisquer desconformidades com as normas que os fundamentam.

Em síntese, pode ser afirmado que os três elementos objetivos do controle operam em uma codependência, de tal forma que, no fenômeno do controle administrativo, com a falta de um não há como falar na existência do fenômeno. O sujeito controla o fato, cotejando-o com o parâmetro; o parâmetro é estabelecido para se condicionarem os fatos ao melhor atingimento da eficiência, eficácia, efetividade e economicidade; o sujeito tem o dever de zelo para com a

prática dos atos ou fatos jurídicos relevantes.

6 CONCLUSÃO

No estudo analítico do fenômeno de controle administrativo, faz-se necessário considerarmos três elementos: o sujeito, o fato e o parâmetro. De forma objetiva, esses elementos se relacionam em um grau de dependência jurídica, sem a qual não há que se falar em controle administrativo. Destarte, sem os fatos não há o que se controlar, sem o sujeito, impera-se o descontrole, e sem o parâmetro a nortear, o controle cai em um plano de subjetividade, no qual o controle se transforma em uma tarefa impraticável.

Os sujeitos são os agentes públicos, ora atuando no controle concomitante, enquanto desempenham suas funções, ora agindo profissionalmente, como profissionais de controle. Um exemplo desse profissional no estado do Ceará é o auditor de controle interno, que desempenha o controle interno no âmbito do Poder Executivo.

Aspecto importante, esperado dos sujeitos que fazem o controle dos atos ou fatos jurídicos relevantes para a administração, diz respeito a formação ético-profissional dos agentes. Não basta apenas o respeito irrestrito às normas, mas o comprometimento de todos no zelo da coisa pública.

Ressalte-se que, no conceito de controle interno considerado neste trabalho, esse profissional também desempenha controle externo quando, por exemplo, audita um outro órgão do Poder Executivo. Ou seja, se considerarmos o Poder Executivo como referência, os auditores de controle interno fazem controle

interno, se considerarmos como referência o próprio órgão auditado, teríamos um controle externo.

Outro exemplo de controle externo desempenhado por um órgão de controle interno pode ser indicado como as auditorias específicas advindas de contratos de financiamentos do Banco Mundial. Nessa situação podem ocorrer casos *sui generis* como, por exemplo, o que tem ocorrido com a Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado auditando um projeto em que figura como executor o Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Os fatos abordados no controle são os que possuem relevância jurídica. Não há qualquer interesse em controlar o que a doutrina administrativista define como fato da administração.

Os parâmetros de controle podem ser normas jurídicas, entendidas como regras princípios ou postulados, ou protocolos técnicos amplamente aceitos por determinadas áreas de profissões regulamentadas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

ÁVILA, H. B. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOFF, L. **Tempo de transcendência: o ser humano como um projeto infinito**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

A formação política e econômica brasileira e seus reflexos nas finanças públicas municipais

The Brazilian political and economic formation and its reflections on municipal public finances

Marta Dulcélia Gurgel Ávila¹

RESUMO

As dificuldades financeiras e as limitações políticas pelas quais os municípios brasileiros passam decorrem de uma estratégia estatal que se mantém ao longo do tempo – e para não haver descentralização do poder político, o município é tratado como um ente subnacional. O modelo político utilizado se perpetua desde a formação do Estado brasileiro, e gera impactos negativos nas finanças municipais. A distribuição desproporcional das receitas públicas contribui para as constantes crises fiscais por quais passam os entes municipais e ocasiona a permanente dependência financeira e a falta de autonomia política perante os estados e a União.

Palavras-Chave: Finanças Públicas. Federalismo Fiscal. Municípios Brasileiros.

¹ Mestranda em Avaliação de Políticas Públicas da Universidade Federal do Ceará (UFC), especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), especialista em Auditoria Governamental pela Faculdade Darcy Ribeiro, graduada em Economia pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), gerente de Planejamento e Orçamento da Prefeitura Municipal de Fortaleza. E-mail: gurgelavila@gmail.com.

ABSTRACT

The financial difficulties and political limitations that the Brazilian cities face are due to a State strategy that have been maintained over time – in order to avoid decentralization of the political power, cities are treated as subnational entities. The political model used has been the same since the formation of the Brazilian State, and has negative impacts on the municipal finances. The disproportionate distribution of public revenues contributes to the constant fiscal crises that the municipal entities are passing through and causes permanent financial dependence and lack of political autonomy in relation to the states and the country.

Keywords: Public Finances. Fiscal Federalism. Brazilian Municipalities.

1 INTRODUÇÃO

Como evidencia a biografia do Brasil, caciques e seus currais, com a benção estatal, costuraram o modelo político-administrativo dos municípios brasileiros: uma receita para dar errado. Desprovidas de recursos próprios, as 5.570² cidades que compõem a divisão territorial brasileira subsistem em meio ao perpétuo patrimonialismo e clientelismo, que ainda reinam sobre suas populações, estas quase sempre vítimas conscientes e coniventes desse sistema.

Cabe ressaltar que o tipo de governo clientelista, ou coronelista, ao contrário do senso comum, não é um fenômeno

² Dado disponível no estudo “Evolução da divisão territorial do Brasil 1872-2010”, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <<http://bit.ly/2nVPISQ>> . Acesso em: 8 dez. 2016.

das cidades nordestinas, como vem lembrar Elimar Pinheiro do Nascimento (2008, p. 15): “Este estigma tenta retratar a corrupção e o clientelismo como apanágio nordestino. Ledo engano. O Clientelismo é brasileiro, e não apenas nordestino, à semelhança de outros traços da cultura nacional”.

Para entender a dependência financeira dos municípios brasileiros é imprescindível averiguar as causas que advêm das primeiras estruturas governamentais implantadas, ainda no Brasil colonial. Contudo, esse trabalho perpassa uma releitura da formação socioeconômica e política do poder local, à análise adentra a questão das finanças públicas e como esse modelo vem ao longo da história impactando o tesouro municipal.

Desde modo, o artigo examina três pontos, respectivamente: as questões políticas que construíram o poder local; os artifícios tributários e fiscais que mantiveram a dependência financeira municipal; e o impacto econômico nocivo nas contas municipais como consequência do modelo de poder mantido e enraizado no cenário nacional.

À guisa de introdução é apresentado como tese central da vulnerabilidade do ente municipal o interesse do governo nacional na centralização política e financeira, para resguardar o sistema e a forma de governo.

Na visão do Estado Nacional os poderes locais são ameaças que devem ser controladas e subjugadas, pois dividem e enfraquecem o poder central da União. Victor Nunes Leal constata essa realidade e observa que a Constituição de 1891 defendia a prerrogativa estadual de impor limitações à autonomia municipal. O art. 68 dessa constituição assegurava aos estados “plena liberdade para organizar como melhor julgarem conveniente aos seus peculiares interesses” (LEAL, 1976, p. 105).

O professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Edson Nunes, argumenta que o atraso dos municípios no Brasil é o reflexo de políticas de dominação local, mantidas pelas tentativas de centralização do poder na esfera federal. “A ‘teoria do Estado’ não se limita a figurar os poderes locais como inimigos. Eles aparecem também como constituídos por uma natureza diferente, membros de outra ordem que se quer ou pretérita, ou subordinada” (NUNES, 1996, p. 33).

Assim, passaram os estados a restringir o princípio da eletividade da administração local, excetuando alguns, apenas as capitais, onde os prefeitos eram de livre nomeação do Governo Municipal. A estratégia era a anulação política dos prefeitos que eram tratados apenas como técnicos administrativos. O viés era claramente político, dado que as eleições municipais no Brasil são peças chaves nas campanhas eleitorais.

A outra artimanha para a anulação do poder local era a desigualdade da distribuição da arrecadação tributária, quando não, a usurpação das rendas municipais pelo estado. Se a organização político-administrativa era ambígua, incongruente e enviesado, a arrecadação fazendária não ficava atrás, como nos mostra Caio Prado Júnior (2011, p. 320):

Para gerir o Real Erário nas capitanias do Brasil, arrecadar tributos e efetuar despesas, há uma série de órgãos paralelos com funções mais ou menos especializadas. Eles não se subordinam uns aos outros, nem ao governador, no sentido em que hoje entendemos a hierarquia administrativa. É neste terreno que a falta de simetria e organização hierárquica regular, que já assinaléi como um dos traços característicos do governo colonial, aparece de modo mais flagrante.

Atualmente a questão do federalismo fiscal e a desigual

repartição das rendas do tesouro se mantêm, e essa situação corrobora, e muito, as deficiências e atrofias municipais. “Não há como se imaginar autonomia de um ente que não tenha recursos materiais para o desempenho das competências que a Constituição lhe atribui” (ALEXANDRE, 2013, p. 638).

São inegáveis a concentração de recursos públicos pela União, mesmo com a descentralização fiscal ocorrida na Constituição de 1988, pois ainda é desproporcional a distribuição qualitativa e quantitativa dos tributos – qualitativa porque os tributos que são de competência do município são de baixa relevância em termos fiscais, e quantitativa tanto pelo desaparecimento dos setores de arrecadação como pelo desinteresse político de taxar eleitores.

Mesmo em capitais como Fortaleza, o volume arrecado diretamente é bem inferior aos quantitativos transferidos pelo Fundo de Participação Municipal (FPM). E é sabido que no interior do estado, a quase totalidade das cidades cearense não possui arrecadação própria para se autossustentarem, a bem da verdade, são arrecadações que mal alcançam 5% das receitas totais e o volume de evasão fiscal beira 80%, em impostos como o IPTU.

A situação atual é de total dependência das transferências obrigatórias, como o FPM e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), e transferências voluntárias, como convênios e contratos de repasse. As transferências para o fundo municipal não geram esforço arrecadatório, nem gastos, nem conflitos, o que acaba gerando um ciclo de acomodação por parte das prefeituras.

Assim apresentado inicialmente o retrato da situação

municipal e a estratégia de dominação, através da centralização financeira e política, por parte do ente federal (e de seus arqui-tetos), será feito um estudo acerca do desenvolvimento histórico do poder local e seus impactos nas finanças municipais.

2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO PODER LOCAL

2.1 Questões políticas e seus entraves à emancipação municipal

Segundo nos ensina Hely Lopes Meirelles, o município, como unidade político-administrativa, teve origem na República Romana, que tinha o interesse de manter, pacificamente, sua dominação sobre as cidades conquistadas. Em troca da submissão às leis romanas e ao Senado, a República consentia a essas cidades certas prerrogativas, como o privilégio político de eleger seus próprios governantes (*jus suffragii*).

As comunidades que auferiam essas vantagens eram consideradas Municípios "*municipium*" [...]. As leis locais *edictus* emanavam de um conselho municipal *Curia* ou *Ordo Decurionum*, constituído por um elevado número de cidadãos do município *cives municipales*, escolhidos periodicamente *duoviri quinquennales* e com funções assemelhadas às do Senado Romano. (MEIRELLES, 2008, p. 33-34)

Esse modelo de regime municipal se estendeu até a Grécia, Gália e Península Ibérica e assim chegou à França, Espanha e Portugal. Com as invasões visigóticas algumas alterações foram introduzidas na organização administrativa dos municípios (comunas), tais como o pagamento de tributos pelos municípios (*monera*). A Comuna Portuguesa, tal qual o município

romano, passou a desempenhar funções administrativas, políticas, judicantes e legislativas que lhe eram reconhecidas pelos senhores feudais.

O município no Brasil-Colônia tinha o mesmo modelo do município português. E, conforme Meirelles (2008), as “aspirações autonômicas” de expansão municipalista foram restringidas pelas ideias centralizadoras das capitanias.

De fato, Portugal não contava com recursos humanos e nem financeiros para marcar a presença da coroa em solo brasileiro e teve que fazer uma série de concessões e compromissos com os senhores de terra para manter o controle e o fiscalismo.

Para Caio Prado Junior, os efeitos mais nefastos do padrão de poder local implantado por Portugal no Brasil foi o de centralizar o poder e concentrar as autoridades, copiando “servilmente aqui sistemas do Reino”.

Reuni-las todas nas capitais e sedes, deixando o resto do território praticamente desgovernado e a centenas de léguas muitas vezes da autoridade mais próxima. Naturalmente a extensão do país, a dispersão do povoamento, a deficiência de recursos tornava difícil a solução do problema de fazer chegar a administração, numa forma eficiente, a todos os recantos de tão vasto território. (PRADO JÚNIOR, 2011, p. 302-303)

Marcel Bursztyn (2008, p. 39) comenta sobre a importação do modelo centralizador de administração de Portugal, comparando a dimensão territorial brasileira e a densidade da ocupação: “podemos compreender bem que a transposição pura e simples de um modelo de administração pública de um país ao outro estava condenada a ineficácia”.

A metrópole portuguesa, incapaz de conter o crescente

poder local dos senhores de terra, teve que compactuar e se adaptar à realidade e às características da colônia brasileira. Esse “acordo de cavalheiros” resultou na omissão estatal em nível local. Assim, o poder das comunas ficou nas mãos dos grupos sociais hegemônicos que dominavam a região. Segundo Bursztyń (2008, p. 40), “Encontramos, lado a lado, ao longo da história política do Brasil, o Estado centralizador e os caciques locais”.

O poder português era representado pelas Câmaras. O princípio da eletividade das câmaras respondia à conveniência da Coroa e a metrópole evitava que elas se fortalecessem além da medida desejada. Eram proibidas as reeleições. O regime absolutista dava ao monarca inteira liberdade de intervir na vida municipal.

Era, como se vê, uma hermenêutica cesarista, que subordinava o exercício dos mandatos eletivos municipais a uma autoridade de livre nomeação do Imperador, e que tinha frequentemente por missão primordial ganhar as eleições gerais para o partido governista. (LEAL, 1976. p. 112)

Nesse período, não existia a divisão de poderes as Câmaras Municipais exerciam plenamente as atribuições legislativas, judiciárias e executivas da municipalidade. As Câmaras eram absolutas e eram chefiadas pela nobreza latifundiária, a verdadeira dona do poder político e econômico local.

Devido à distância e à falta de recursos da Coroa, muitas vezes o monarca português fechava os olhos aos desmandos dos senhores de terra. Aliado a isso, o isolamento territorial e a baixa densidade demográfica do Brasil, em quase todo período colonial, fizeram que os senhores de terra reinassem imponen-

tes e sem freios nas vilas e povoados.

No período imperial houve um “centralismo provincial” e uma mudança na forma de poder local. Houve uma retomada conservadora que tirou o poder político das câmaras municipais e repassou às assembleias provinciais. Atrelado a isso, temos que considerar outros fatores, como a descoberta de minas de ouro no Sudeste, a transferência da capital brasileira para o Rio de Janeiro e a vinda da Família Real.

De proprietários da política local, os grandes latifundiários passaram a ser aliados da Coroa e dos presidentes das províncias. Foram poucos os atos autônomos dos municípios, pois havia uma desconfiança na administração local por parte do Império, conforme Meirelles. A distância e o isolamento do poder central deixavam os municípios à mingua, “enquanto os presidentes provinciais cortejavam o imperador, e o imperador desprestigiava os governos regionais, na ânsia centralizadora que impopularizava o Império” (MEIRELLES, 2008, p. 33-34).

Proclamada a República e promulgada a Constituição 1891, é instituída, de modo definitivo, a forma federativa de estado e a forma de governo republicana. Conforme Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, a primeira constituição republicana era meramente nominativa, por não representar a realidade social. “Nas palavras do Prof. José Afonso da Silva, ‘o coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais’” (PAULO; ALEXANDRINO, 2013, p. 27)

Durante a vigência da Carta Magna de 1891 não houve alteração da situação de dominação e subordinação dos municípios brasileiros. Citando a obra magistral de Vitor Leal Nunes, Meirelles (2008, p. 39-40) descreve a situação municipal:

O hábito do centralismo, a opressão do coronelismo

e a incultura do povo transformaram os municípios em feudos de políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos “seus” distritos de influência, como se o município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder.

Na República, segundo Leal (1976), a eletividade do executivo municipal era tema crucial e mote para debates aflorados. Os avessos à importância do prefeito diminuía seu papel na vida política do município, como se dissessem que a eletividade do prefeito era uma parte decorativa da autonomia municipal.

Os contrários argumentavam que o prefeito devia ser um puro administrador, técnico e especialista no ofício de dirigir os serviços públicos locais, e, se despido de qualquer veia partidária, seria justificável sua nomeação pelo governo estadual. Ou seja, como órgão técnico, o executivo municipal deve organizar-se independentemente do critério de representação política. Contudo, havia os favoráveis à eletividade dos prefeitos, como Pedro Lessa, defensor extremado da autonomia municipal:

Dar relevo ao caráter administrativo e técnico do executivo municipal no Brasil, por mais nobres que sejam as intenções de quem assim proceda, contrasta violentamente com a cotidiana evidência dos fatos. Muito menos que administrador, o prefeito tem sido, entre nós, acima de tudo, chefe político. A prefeitura é, tradicionalmente, ao lado da vereança e da promotoria pública, um dos primeiros degraus da carreira política em nossa terra. (LESSA, 1925 apud LEAL, 1976, p. 132)

Rui Barbosa, um defensor da autonomia municipal, dava constante ênfase à eletividade dos prefeitos, quando discursava no Supremo Tribunal:

Isso para quê, senhores juízes? Para confiar esses lugares a honrados administradores? A cidadãos presentes? A homens capazes? Aos bons varões de cada localidade? Não: para assentar nas intendências ou prefeituras os mais servis instrumentos da máquina eleitoral, os compadres das oligarquias e sátrapas, os moços de servir dos nossos governadores (BARBOSA, 1934 apud LEAL, 1976, p. 129).

Contudo, verifica-se que nossa história não considera o administrador municipal esse especialista apolítico como a doutrina escreve. O poder central desqualificava o poder do prefeito – porque era sabida (e temida) sua importância política nas localidades – e enfraqueceria o poder dos coronéis e o pacto com os governadores.

Leal (1976) lembra que 80% da população nacional são habitantes do interior e que estes estão muito mais efetivamente subordinados ao município do que ao estado ou à União, indagando: “como, pois, considerar puramente administrativos os prefeitos [...]?”. E o autor arremata:

Apesar disso, o poder privado dos “coronéis” – que a instituição dos prefeitos de nomeação, doutrinariamente, visava destruir – não desapareceu: acomodou-se para sobreviver [...]. Convocai o povo para as urnas [...] e o coronelismo ressurgirá das próprias cinzas, porque a seiva que alimenta é a estrutura agrária do país. (Ibidem, p. 134)

Para Raymundo Faoro (1997, p. 630), é nesse esquema de supremacia estadual e da forma de eleições sancionadoras que surge e se mantém o coronelismo: “Ele se irmana à oligarquia das unidades federadas num recíproco jogo de interações ativas”. De certo, nesse modelo de comando, o poder pertence

ao governador e a elite que ele representa, recebedora das benesses estatais.

Os coronéis eram obedientes aos governadores, tal obediência era mantida pela autoridade militar (os coronéis nem sempre eram passivos e cordiais) e aos instrumentos econômicos. Faoro (1997, p. 630) cita esse anedotário: “Borges de Medeiros interrompe um chefe político: *Engano, coronel, o senhor pensa que pensa, mas quem pensa sou eu...*”.

Aos governadores também cabia controlar as eleições municipais, inclusive o aliciamento do voto por parte dos chefes locais, que usavam, caso necessário, a violência, através da milícia estadual, e, lógico, a fraude (Ibidem).

Lília Schwarcz ⁽²⁰¹⁵⁾, a respeito dessa forma de governo, coloca que a estabilidade política da República era garantida por três procedimentos principais: o empenho dos governadores em manter os conflitos na esfera local, reconhecimento do governo federal da plena soberania dos estados e a manutenção do processo eleitoral fraudulento, em todas as suas fases.

Dentre os procedimentos de manipulação e fraude eleitoral, Schwarcz enumera os tipos mais famosos: a eleição de “bico de pena” (falsificação de assinaturas e adulteração de cédulas eleitorais), a “degola” (anulação da eleição dos candidatos através do não reconhecimento pela Comissão de Verificação da Câmara dos Deputados), o conhecido “voto de cabresto” (um ato de lealdade ao chefe local) e o “curral eleitoral” (barracão onde os eleitores eram mantidos e alimentados até a hora de depositar o voto, que recebiam em um envelope lacrado).

E desse modo se estabilizava a República brasileira no início do século XX, na base de muita troca, empréstimo, favoritismos, negociações e repressão. Visto desse ângulo, e como diziam os jornais satíri-

cos dessa época, o país não passava de uma grande fazenda. (Ibidem, p. 322)

Como observa o sociólogo Nascimento (2008, p. 19), pouco mudou desde então entre o Estado, os políticos e a população mais pobre, e as estruturas políticas modificam-se lentamente: “Assim, as discontinuidades se fazem sempre no sólido terreno das continuidades, assegurando a renovação do sujeito dominante, mas nunca a sua substituição”.

2.2 A luta pela Receita Municipal

Como visto, a evolução histórica do Brasil foi marcada pelo paternalismo, autoritarismo e omissão do Estado que dividia o poder com os grupos dominantes locais. Para manter o controle, o poder central teve de negar a autonomia do poder local de duas formas principais, retirando a autonomia política e limitando a independência financeira das administrações municipais.

Neste tópico analisaremos a luta municipal para a instituição da competência tributária e da garantia à equidade na cota-parte das receitas arrecadadas. Iniciaremos pelas finanças municipais no período colonial.

No período colonial, de regra, a receita municipal era muito escassa. Não havia interesse da coroa na tributação, muito menos dos senhores de engenho e as pequenas vilas não careciam de grandes investimentos estatais. Outro ponto para essa indiferença quanto à taxaço de impostos: do que as câmaras coloniais coletavam, um terço pertencia à Coroa, livre de qualquer despesa de arrecadação.

A chegada de D. João ao Brasil pouco mudou a realidade das rendas municipais e provinciais do Império. As câmaras

municipais não tinham quase sem nenhum poder tributário, ou seja, o poder de criar rendas públicas era apenas residual. “Em uma palavra, o principal poder que cabia às câmaras, segundo a lei de organização municipal de 1828, era o de *solicitar*” (LEAL, 1976, p. 138).

Em 1883, João de Azevedo Carneiro Maia, jurista, escritor e historiador brasileiro, já tratava das consequências da situação de escassez de verbas municipais:

Se o regimento das câmaras fosse organizado com atenção ao progresso e as necessidades crescentes do futuro, dotando a municipalidade de meios próprios e independentes da administração superior, não estaria hoje o município a implorar da província dotações ridículas para ter uma veia de água potável, alguns metros de rodagem, ou reparar um pontilhão insignificante. (MAIA, 1883 apud LEAL, 1976, p. 139)

As câmaras municipais eram extremamente desprovidas, tendo uma receita que, em geral, era composta por irrelevantes impostos, cujo produto, em alguns lugares, mal cobria as despesas administrativas com pessoal. Nada podia ser feito de aproveitável com tão poucos recursos. A situação de miséria das contas municipais se perpetuou por todo o período imperial.

As batalhas sobre organização do regime federativo, se iniciaram na constituinte de 1890, principalmente no terreno da distribuição das competências tributárias. Contudo, ressalta-se que as constituintes da Primeira República não se preocuparam com a receita municipal, segundo Leal (1976). A ideia dominante era de que a competência das unidades subnacionais era assunto interno das Províncias.

Assim, com o silêncio da Constituição de 1891, o poder tributário dos municípios ficou integralmente dependente das

leis estaduais, e durante a vigência dessa constituição as receitas municipais continuaram mínimas (Ibidem, p. 146). Cabe salientar que os estados também tinham orçamentos deficitários, advindos da desigual distribuição de rendas públicas, e acabavam por usurpar as receitas municipais de várias formas, como exigindo impostos essencialmente locais e cobrando percentagem sobre os tributos dos municípios.

O desequilíbrio da divisão dos recursos, no final da República Velha, falava por si: a União arrecadava 63% do total dos impostos, enquanto os estados recebiam 28% dos tributos e para os municípios restavam apenas 9% do produto arrecadado.

A Constituição de 1934 e a Constituição de 1937 patinaram na questão tributária dos municípios, que continuaram com as rendas muito aquém de suas necessidades, enquanto os estados continuaram a lançar mão das receitas municipais. Na verdade, representaram um retrocesso aos municípios e mantiveram a situação de penúria das municipalidades.

Já Constituição de 1946 ampliou e assegurou a competência tributária dos entes municipais, o que, sem dúvidas, representou um grande avanço ao erário local. Nunes Leal cita a fala do Deputado Aliomar Baleeiro, um entusiasta do fortalecimento das finanças municipais:

Creio que acabamos de operar verdadeira, justa e profunda revolução social, neste país, abrindo possibilidade a que os serviços públicos municipais assumam consistência que assegure a quarenta milhões de brasileiros viverem com dignidade humana [...] A votação dos dispositivos e emendas favoráveis à melhoria financeira dos municípios têm esse significado. (LEAL, 1976, p. 144)

Cabe ressaltar que o verdadeiro interesse no aumento das

rendas dos municípios não se tratava diretamente de um resultado da luta municipalista. A bem dos fatos, como observa Nunes Leal, foi o resultado de uma política econômica para o fortalecimento do mercado interno, visando à absorção da produção do setor industrial em expansão.

Existia um interesse dos governos no desenvolvimento comercial e industrial dos grandes centros, em detrimento às áreas rurais, esse fato, corroborou para o empobrecimento dessas regiões, que tinham suas receitas drenadas.

O dilema de uma indústria desenvolvida, que não dispunha de um mercado interno satisfatório, é a exportação ou o colapso. Já não se pode viver do atual mercado interno, cuja mesquinhez é agravada pelo empobrecimento contínuo e sistemático das populações rurais. (LEAL, 1976, p. 171)

O setor industrial não tinha recursos, nem influência política para competir com os países altamente industrializados, a solução encontrada, então, foi ampliar o mercado interno, para evitar a superprodução consequente ao subconsumo. Dessa forma, ampliar a renda dos municípios era uma estratégia para fortalecer o mercado interno e, assim, a produção industrial.

Uma das consequências da política industrial foi a migração de boa parte da população do interior nordestino para o Sudeste, onde povoaram as periferias e aumentaram as favelas de São Paulo e do Rio de Janeiro.

Outra consequência foram as crescentes necessidades locais de urbanização e infraestrutura e o aumento da demanda por serviços públicos, devido ao aumento da população nas médias e grandes cidades.

O regime autoritário instalado em 1964 destaca-se pela reforma tributária, em que, na repartição dos recursos, os muni-

cípios tiveram um aumento de suas receitas. A reforma tributária melhorou a situação financeira dos municípios, mas não significou uma independência dos recursos estaduais e federais.

Em 1975, dez anos depois da reforma tributária, somadas as transferências para estados e municípios criadas com o fundo de participação, as receitas municipais representaram 13,2% do total da arrecadação do setor público, contra 36,3% dos estados e 50,5% da União. (ANDRADE; SANTOS, 2004, p. 9)

A Constituição de 1988 representou um fortalecimento do federalismo brasileiro, principalmente no que tange à questão financeira e tributária dos entes federados. Houve um aumento na autonomia fiscal dos estados e municípios e descentralização dos recursos tributários disponíveis. Contudo, não significou ganhos reais para a municipalidade, como veremos no tópico a seguir.

3 AS CONSEQUÊNCIAS FISCAIS DA FORMAÇÃO SOCIOPO-LÍTICA DOS MUNICÍPIOS

Para entender a lógica das finanças públicas municipais se faz necessário observar três pontos básicos: o federalismo fiscal, o sistema tributário e a participação do município nos produtos da arrecadação. A análise deste tópico fará uma intercessão entre esse tripé com os impactos relacionados e a autosuficiência local.

3.1 Federalismo fiscal

O pacto federativo ou federalismo fiscal é a forma como

os entes federados distribuem os produtos da arrecadação total dos impostos e como são divididas as responsabilidades de competências estatais. A forma federativa da República brasileira encabeça o primeiro artigo da Constituição, como princípio fundamental e clausula pétrea:

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 Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania [...]. (BRASIL, 1988)

O princípio federativo determina que haja equilíbrio e igualdade entre os entes federados, tanto através de uma justa repartição tributárias como de responsabilidades sociais. Todavia, mudanças no texto constitucional vêm criando zonas cinzentas, lacunas, distorções e conflitos acerca dos papéis estatais dos entes da federação, corroborando para a má prestação de serviços prioritários como saúde e educação.

Em alguns casos existem a sobreposição de serviços, em outros, a ausência do Estado. Essa realidade desorganizada gera desperdícios e ineficiência estatal. E o ente subnacional é o mais afetado, pois sofre diretamente a pressão das demandas sociais, é o menos preparado estruturalmente e possui a menor participação do bolo tributário, como visto.

A atual forma do pacto federativo é um fato que precisa ser mudado, pois implica e prejudica, direta e principalmente, os municípios, protagonistas das duras realidades locais. Vale ressaltar, como já exposto, que essa situação, durante muito tempo, ainda se configura como uma estratégia política de centralização estatal.

Historicamente o Congresso Nacional tem mostrado “di-

ficuldade” em mexer nesse tema, visto que a questão gera uma série de interesses, resistências e conflitos. A reforma fiscal começa pela descentralização tributária e pelo equilíbrio da destinação do produto da arrecadação, que impactam negativamente as atividades municipais, como se vê a seguir.

3.2 Sistema tributário

O art. 30 da atual Constituição da República Federativa do Brasil elenca um rol de competências, que asseguram a autonomia municipal, tanto para a composição de seu governo como para a administração própria no que concerne ao interesse local. “Essa enumeração não é taxativa, nem exaure as atribuições municipais, mas constitui o mínimo de autonomia que os estados-membros e a União devem reconhecer em favor do Município” (MEIRELLES, 2008, p. 94).

A autonomia é uma prerrogativa constitucional dada aos municípios para auto-organização, autogoverno, autolegislação e autoadministração. Certamente que de nada adiantariam as autonomias política e administrativa, se também não fosse assegurada a autonomia financeira aos municípios.

O município, pessoa jurídica de direito público interno, tem o poder constitucional de instituir e cobrar tributos, que consistirão em rendas públicas que, somadas a outros recursos e transferências, formam a receita pública, indispensável à realização dos fins administrativos (obras e prestação de serviços públicos).

A prerrogativa constitucional dá poder ao ente municipal para legislar (supletivamente), arrecadar tributos e gerir suas rendas sem tutela ou dependência de outro poder, como nos

explica Meirelles (2008). Contudo, a competência legal de arrecadar é uma via de mão dupla, pois a inércia do fisco é tratada como crime de responsabilidade, conforme o art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000):

art. 11. 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.

Contudo, a realidade das administrações tributárias municipais é complexa e cheia de deficiências, principalmente nas pequenas cidades longe dos centros urbanos. Como não há estímulo à arrecadação própria, por parte dos prefeitos e parlamentares, não existem estruturas consistentes de fiscalização e gestão fiscal, legislação tributária adequada, faltam técnicos, auditores e fiscais de tributos. E, dessa forma, se mantém a dependência das transferências constitucionais, dos estados e da União.

Com relação ao aspecto político, o autor observa que, para os pequenos municípios, não vale a pena cobrar os tributos municipais. Como a participação da arrecadação própria na composição da receita é, em média, muito baixa para os municípios pequenos, o custo político de aumentar o esforço fiscal provavelmente seria muito maior do que a vantagem política de aumentar as despesas. (TRISTÃO, 2013, p. 171)

Outra questão levantada é acerca do modelo de repartição de competências tributárias adotado pelo país, que atribui aos municípios tributos que ignoram a realidade de muitos municípios. Como exemplo podemos citar o fato de que grande parte das cidades brasileiras são predominantemente rurais, o que inviabiliza a arrecadação o Imposto sobre a Propriedade

Predial e Territorial Urbana (IPTU), cujo o fato gerador ocorre em áreas urbanas.

Outro imposto municipal que encontra entraves para sua arrecadação é o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis Inter-vivos (ITBI). Considerando que são poucos os imóveis cadastrados nos órgãos arrecadatários, as propriedades, em muitos casos, são transferidas informalmente através de simples instrumentos particulares ou termos de posse, um obstáculo para a ocorrência do fato gerador, que seria o registro do ato jurídico no cartório de registro de imóveis.

Quanto ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), mais frustração de receita, uma vez que a informalidade e a sonegação dos trabalhadores autônomos imperam nas pequenas localidades, quando existem. A força de trabalho, desses modestos centros urbanos está em peso empregada em pequenos comércios e no serviço público. São raros os profissionais ou serviços que constam no cadastro de contribuintes.

Vale ressaltar que, quanto a taxas e contribuições – tributos que compõem o rol de receitas municipais –, a arrecadação tem valores inexpressivos, isso quando estão regularizadas legalmente e quando são efetivamente cobradas. Dessa forma, percebe-se que, mesmo com competência e com relativa autonomia tributária, os municípios possuem impedimentos estruturais e limites fiscais que obstaculizam a formação de receita própria e perpetuam a dependência financeira.

3.3 Participação financeira dos municípios no produto arrecadado

O FPM³, principal fonte de receita municipal, foi instituído em 1965⁴ e era formado por 10% do produto da arrecadação dos impostos sobre renda (IR) e sobre produtos industrializados (IPI), descontados os incentivos fiscais.

A regulamentação do FPM veio com o Código Tributário Nacional (CTN – Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966), no seu artigo 91, e o início de sua distribuição deu-se em 1967. O critério de distribuição do FPM era então baseado unicamente na população dos Municípios. (BRASIL, 2012, p. 1)

A Tabela 1 apresenta a variação temporal do percentual destinado aos municípios, em relação à União e aos estados da federação, do início do período republicano até 2014.

Tabela 1: Variação temporal do percentual dos municípios em relação à União e aos estados da federação.

Dispositivo legal	Ano	Participação municipal
Constituição de 1891	1929	10,00%
	1931	12,00%
	1933	11,00%
	1935	8,00%

3 Os valores relativos ao FPM devem ser creditados decendialmente aos municípios até os dias 10, 20 e 30 de cada mês, mediante crédito **em conta aberta com essa finalidade** no Banco do Brasil (BRASIL, 2012).

4 Emenda Constitucional nº 18, de 1º de dezembro de 1965 (feita à Constituição de 1946), em seu art. 11 (BRASIL, 2012).

Constituição de 1937	1937	10,00%
	1939	13,00%
	1941	12,00%
	1943	9,00%
Constituição de 1946	1946	10,00%
Código Tributário Nacional de 1966	1966	10,00%
Constituição de 1967⁵	1967	3,60%
Ato Complementar 40/1968	1968	5,00%
Emenda Constitucional 5/1975	1976	6,00%
	1977	7,00%
	1978	8,00%
	1979	9,00%
Emenda Constitucional 17/1980	1981	10,00%
	1982	10,50%
Emenda Constitucional 23/1983	1984	13,50%
	1985	16,00%
Emenda Constitucional 27/1985	1986	17,00%

5 O Ato Complementar da Presidência da República nº 35, de 28 de fevereiro de 1967, que, dentre outras providências, categorizou os municípios em capitais e interior, as capitais recebendo 10% do montante total do FPM e o interior o restante. A distribuição do FPM então ficou 10% para as capitais; 3,6% para a reserva e 86,4% para o interior (BRASIL, 2012).

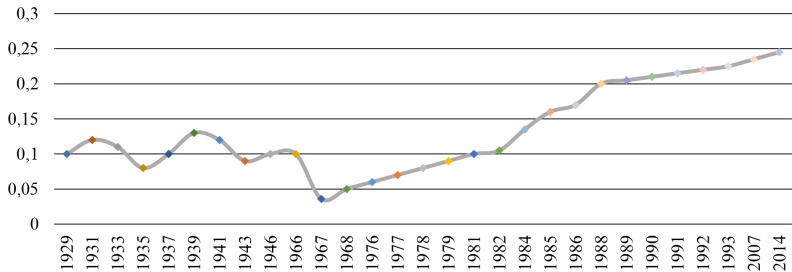
Constituição de 1988	1988	20,00%
	1989	20,50%
	1990	21,00%
	1991	21,50%
	1992	22,00%
	1993	22,50%
Emenda Constitucional 55/2007	2007	23,50%
Emenda Constitucional 84/2014	2014	24,50%

Fonte: Brasil (2012).

Nesse quadro é nítido perceber que os municípios mais que dobram sua participação no total da receita disponível, passando de 9% em média de 1929/1980, para 20% nos últimos anos do século XX.

Desde a Constituição de 1967, a participação do município na receita tributária, tem aumentado constantemente, alcançando atualmente 24,5% das transferências constitucionais e legais, por força da Emenda Constitucional nº 84, de 2014 (Idem, 1988). Com a redemocratização, a tendência de centralização pelo governo federal, antes mencionada, se inverteu, como demonstrado no Gráfico 1.

Gráfico 1: Variação temporal do percentual dos municípios em relação à União e aos estados da federação.



Fonte: Brasil (2012).

Contudo, como nos lembra Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além (2008), os maiores índices de transferência recebida por habitante foram apresentados pelos municípios de menor população, mostrando que os ganhos não foram homogêneos, devido à manutenção dos critérios de rateio do FPM. Assim, inicialmente, podemos concluir que os municípios de pequeno porte se beneficiaram proporcionalmente mais que os grandes, dado que as capitais, antes da Constituição de 1988, já recebiam 10% de participação.

Porém, a realidade dos municípios interioranos não é bem essa. Não há pujança nas transferências, visto que o FPM é basicamente, em termos proporcionais (cerca de 70% a 80%), a única fonte de receita relevante dessas cidades. Já as grandes cidades possuem outra realidade, grandes problemas urbanos que demandam maiores vultos, e, apesar de possuírem uma base econômica mais sólida e dinâmica, ainda precisam “correr atrás” de verbas estaduais e federais.

Como era de se esperar, os municípios do interior,

em geral os mais pobres, dependem fortemente das transferências. Nas capitais, a participação das transferências nos totais das receitas é menor. Os problemas de administrar uma região de 1 milhão de habitantes ou mais, evidentemente, são muito diferentes do que se verificam quando se governa uma cidade de, por exemplo, 50 mil habitantes. Por conta dessas diferenças, em geral as capitais contam com uma máquina burocrática mais bem treinada e têm uma base tributária mais forte, baseada no imposto sobre serviços e no imposto predial e territorial urbano. (GIAMBIAGI; ALÉM, 2008, p. 334)

O processo de aumento na participação dos municípios na arrecadação do governo federal, através o aumento da alíquota de transferência do fundo de participação, contrasta com a perda da liberdade na aplicação dos recursos dado o significativo aumento das vinculações da receita. Ou seja, a crescente participação foi proporcional à assunção de responsabilidades e o aumento de gastos.

Mas, no limite as transformações advindas com a Constituição de 1988 e seus ajustes posteriores, representa um forte trade off para os municípios. Agora dotados de maior capacidade financeira, também se encontram responsáveis pela execução de parte importante das políticas públicas, definidas por legislação nacional e cada vez mais controladas e coordenadas pela União. Sob forte controle dos órgãos de Estado e sob o escrutínio da sociedade civil, prefeitos e gestores se encontram cada vez mais pressionados a dar conta de suas tarefas. (ANDRADE; SANTOS, 2004, p. 19)

Parte da arrecadação a receita dos impostos já nasce vinculada a despesas específicas. Por força da Emenda Constitucional 29/2000, os municípios deverão aplicar nas ações e

serviços de saúde 15% do produto da arrecadação de seus impostos e transferências. O art. 212 da Constituição, por sua vez, trata das despesas com a Educação, determinando que 25% das receitas dos impostos e do fundo de participação deverão ser destinadas à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Considerando o limite prudencial de 51,3% da receita corrente líquida para gastos com pessoal e encargos para municípios, conforme a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁶, e considerando ainda que a folha de pagamento nas administrações municipais margeia, frequentemente, esse limite, é perceptível, em um cálculo rápido, que os valores disponíveis para as demais ações públicas no município são mínimos. Isso porque, somando os percentuais vinculados com a saúde e a educação, mais o percentual médio das folhas de pessoal, tem-se, aproximadamente, 90% das receitas municipais. Com o que sobra de recursos, a administração deve cuidar dos demais serviços públicos, como infraestrutura, limpeza urbana, saneamento, e políticas públicas, como esporte, cultura e assistência social.

O que se quer demonstrar é que o aumento e a descentralização de recursos vieram atrelados ao proporcional aumento de responsabilidade e outras formas de centralização e controle, como a vinculação de receitas. Atrelada a isso, a Lei de Responsabilidade Fiscal também impôs novas regras de austeridade na gestão dos recursos públicos, cerceando ainda mais a autonomia dos gastos dos municípios.

A Constituição de 1988 trouxe avanços significativos aos municípios quanto à autonomia política e financeira. Contudo, isso também significou mais responsabilidades e encargos à mu-

6 A LRF estabelece limites globais de 60% (6% para o Legislativo e 54% para o Executivo) para os gastos com pessoal e com os municípios. Como forma de manter o controle desses percentuais, a LRF estabeleceu um limite prudencial de 95% do limite máximo de (54% × 95%). Assim, temos 51,3% da RCL, como limite prudencial, no caso do Poder Executivo.

nicipalidade. Essas crescentes responsabilidades advindas do processo de descentralização dos serviços públicos (saúde, educação e assistência social) elevaram os gastos públicos e a consequente dependência das transferências intergovernamentais.

Não houve planejamento quanto à transferência de responsabilidade da execução das políticas públicas, municípios despreparados, sem servidores treinados, sem estrutura física, sem o mínimo possível para execução desses serviços, de um dia para outro, tiveram que se organizar para atender às demandas sociais.

Tendo em vista que não houve uma redistribuição do governo central para os governos subnacionais nem de parte de do ativo fixo, nem – pelo menos, imediatamente – de uma parcela de servidores públicos, a transferência de atribuições refletiu-se na contratação de novos funcionários e na construção de novas obras, o que significou, em certa medida, um desperdício de recursos. (GIAMBIAGI; ALÉM, 2008, p. 332)

Não existiu um processo de repasse dessas novas responsabilidades aos municípios, contudo, as demandas e exigências sociais continuavam e a administração pública local teve que se reinventar de forma atabalhoada e inconsistente, essas sequelas perduram até os dias atuais nas prefeituras brasileiras.

4 CONCLUSÃO

Com o quadro apresentado da realidade municipalista, de sua gênese a atualidade, é razoável concluir que as estratégias utilizadas pelos governos centrais quase nunca beneficiaram as finanças e o poder local, e que essas decisões, na ver-

dade, deixaram os municípios vulneráveis e dependentes dos outros entes da federação.

Ao longo da história o município ficou em segundo plano e a à mercê de poderosas oligarquias regionais que dominavam a administração local em benefício próprio, por inércia dos poderes nacionais ou por conchavo político. Analisadas as causas e consequências, percebe-se que, de fato, os municípios foram usurados de seus meios financeiros e de sua autonomia.

As conquistas municipais ao longo de nossas constituições foram marcadas por perdas e ganhos, momentos de descentralização e centralização, de emancipação política e restrição orçamentária, que somado e pesado, em rigor, representavam, a curto ou a longo prazo, redução de poder ou prejuízo financeiro.

A luta municipalista é presente e atuante no Congresso Nacional – consequência da permanente situação de desigualdade e fragilidade dos entes subnacionais –, assim como ainda permanecem as nobiliarquias familiares, que têm as cidades como parte de seu patrimônio, realidade não apenas no interior, mas em grandes cidades e capitais.

Finalizamos essa reflexão com as palavras exatas de Victor Nunes Leal (1976. p. 103): “As considerações precedentes parecem deixar fora de dúvida que o nosso federalismo se tem desenvolvido à custa do municipalismo”.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário Esquematizado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

ANDRADE, L. A. G.; SANTOS, M. L. O município na política brasileira: revisitando coronelismo, enxada e voto, 2004. In: AVELAR, L.; CINTRA, A. O. (Eds.). **O sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer; São Paulo: Fundação Editora Unesp, 2004.

ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DO ESTADO DO CEARÁ. **Municípios**. Disponível em: <<http://aprece.org.br/municipios/>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

_____. *Lei Complementar nº 101*, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 maio 2000. Seção 1, p. 1.

_____. Ministério da Fazenda. **O que você precisa saber sobre as transferências constitucionais e legais**. Brasília, DF, set. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2nVPISQ>>. Acesso em: 24 mar. 2017.

BRIGAGÃO, P. N. Competência tributária. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 15, n. 105, 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/2mUXk6e>> Acesso em: 5 jan 2017.

BURSZTYN, M. **O poder dos donos: planejamento e clientelismo no Nordeste**. Rio de Janeiro: Garamond; Fortaleza: Banco do Nordeste, 2008.

FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político

brasileiro. 12. ed. São Paulo: Globo, 1997.

FORTALEZA. Secretaria Municipal de Finanças. **Relatório técnico sobre a prestação de contas de governo: balanço geral de 2015**. Disponível em: <<http://bit.ly/2nVXv36>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

GIAMBIAGI, F.; ALÉM, A. C. **Finanças públicas: teoria e prática no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1976.

MEIRELLES, H. L. **Direito municipal brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NASCIMENTO, E. P. Prefácio. In: BURSZTYN, M. **O poder dos donos: planejamento e clientelismo no Nordeste**. Rio de Janeiro: Garamond; Fortaleza: Banco do Nordeste, 2008.

NUNES, E. Poder local, descentralização e democratização: um encontro difícil. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 10, n. 3, jul./set. 1996.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito constitucional descomplicado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2013.

PRADO JÚNIOR, C. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHWARCZ, L.; STARLING, M. H. **Brasil: uma biografia**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TRISTÃO, J. A. M. **A administração tributária dos municípios**

brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação.
2013. 167 f. Tese (Doutorado em Administração) –Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013.

As consequências da interrupção do serviço público: fiscalização, intervenção e segurança jurídica na extinção contratual

The consequences of the interruption of the public service:
inspection, intervention and legal security in the
termination of contract

Marco Antônio Praxedes de Moraes Filho¹

RESUMO

A extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público é, inegavelmente, um momento de tensão não somente para o parceiro da iniciativa privada, mas também para o próprio órgão estatal, vislumbrando a iminente paralisação no fornecimento das tarefas coletivas à população, reflexo da sistemática adotada com as privatizações. Nessa atmosfera de alter-nância entre os atores responsáveis pela execução da atividade, o estatuto das concessões se utiliza de importantes ferramentas normativas, obrigatórias e indissociáveis, comuns em todas as modalidades de interrupção dos contratos, no intuito de conferir maior segurança às partes envolvidas na avença. Dentre as

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

consequências ordinárias mais importantes podemos facilmente identificar a assunção do serviço, a ocupação das instalações, a extinção de direitos, privilégios e garantias, e, finalmente, o retorno dos bens reversíveis, todas com feições transitórias, aplicadas exclusivamente neste momento de curta, mas significativa, trajetória. A proposta deste estudo reside em, através da análise bibliográfico-empírica, conhecer melhor algumas das particularidades dessa conjuntura, ainda pouco explorada pela literatura especializada, oferecendo soluções factíveis às problemáticas que surgem corriqueiramente nesse contexto da reorganização do aparelhamento administrativo nacional.

Palavras-Chave: Interrupção do Serviço Público. Extinção Contratual. Consequências Legais. Segurança Jurídica. Lei n. 8.987/95.

ABSTRACT

The termination of the administrative contract for the concession of public service is undoubtedly a moment of tension not only for the private initiative partner but also for the state agency itself, foreseeing the imminent stoppage in the provision of collective tasks to the population, a reflection of the systematic privatization. In this atmosphere of alternation between the actors responsible for carrying out the activity, the status of the concessions uses important normative tools, obligatory and inseparable, common in all modalities of contract interruption, in order to give greater security to the parties involved in the agreement. Among the most important ordinary consequences we can easily identify the assumption of service, occupation of facilities, extinction of rights, privileges and guarantees, and finally, the return of reversible assets, all with transient features, applied exclusively in this moment of short, but of significant, trajectory. The purpose of this study is to better understand

some of the peculiarities of this situation, which has not yet been explored in the specialized literature, offering feasible solutions to the problems that arise in the context of the reorganization of national administrative apparatus.

Keywords: Interruption of Public Service. Contractual Termination. Normative Consequences. Legal Certainty. Law n. 8.987/95.

1 INTRODUÇÃO

Embora a concessão de serviços públicos seja considerada uma das questões mais clássicas da teoria geral do direito administrativo, tendo sua gênese na própria transição estatal para o modelo liberal, seu estudo doutrinário passou por um longo período de completa estagnação e neutralidade.² O declínio pelo interesse na utilização do modelo específico das concessões, como forma de efetivar as atividades de utilidade coletiva que exigiam grandes investimentos financeiros e corpo técnico altamente especializado, ocorreu a partir da década de 1930 em razão da expressiva instabilidade econômica, herança lamentavelmente deixada pelas duas grandes guerras mundiais. Somente devido à reorganização do aparelhamento administrativo do Estado, iniciada a partir da segunda metade do século XX, houve um rejuvenescimento nas meditações sobre a matéria, servindo de estímulo para novas reflexões e pesquisas, fazendo renascer o interesse sobre o assunto.

Seguindo a tendência reformista estatal, sob o comando

² Imperioso ressaltar que existe divergência quanto ao conceito de serviço público na doutrina administrativista nacional, estando a qualificação de uma determinada atividade com essa rotulagem imersa no universo da escolha política, fixada tanto na seara constitucional ou infraconstitucional, quanto no ambiente jurisprudencial ou consuetudinário, vigentes em determinado momento, inexistindo um serviço público essencialmente natural (GROTTI, 2000, p. 45).

do então presidente Fernando Henrique Cardoso, o Governo Federal lançou, no início da década de 1990, o famigerado e controverso Programa Nacional de Desestatização de empresas, bens e serviços públicos, responsável pela reordenação da posição estratégica do Estado frente à economia. O aumento gradual do número de colaborações entre os setores público e privado, em decorrência de descentralização das atividades estatais, gerou a necessidade da formalização da avença por meio de um contrato tipicamente concessionário, a fim de criar um ambiente de certeza, segurança e estabilidade à relação. Foi trilhando por este espírito de reestruturação, mas com justificativas idênticas àquelas que nortearam seu nascimento, que surgiu o atual regime jurídico exorbitante dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, todos subordinados ao interesse coletivo, predominando em face da vontade privada.

Contemporaneamente, as diretrizes gerais do regime da concessão e permissão de serviços públicos se encontram positivadas na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, denominada pela doutrina de concessão ordinária ou concessão comum.³ Embora tais diplomas legislativos tenham criado um sistema estável, uniforme e ordenado sobre o trato da concessão em toda a extensão do território nacional, suas alíneas não representaram muita novidade aos pesquisadores do direito administrativo, pois os recém-cria-

3 Imperioso ressaltar que existe divergência quanto ao grau de incidência da Lei nº 8.987/95: a primeira corrente, em posição minoritária, entende que se trata de lei federal, sendo aplicável somente às concessões de serviços públicos de titularidade da União, desde que não seja objeto de legislação específica (MARQUES NETO, 2015, p. 176); a segunda corrente, em posição majoritária, entende que se trata de lei nacional, apresentando normas de caráter geral, tendo aplicação em todas as concessões de serviços públicos realizadas no país (MOREIRA, 2010, p. 53); a terceira corrente, em posição minoritária, entende que apenas as normas gerais da lei federal são consideradas nacionais, sendo apenas este pequeno grupo aplicável às concessões de serviços públicos, efetuadas pelas demais unidades federativas (MONTEIRO, 2010, p. 121).

dos comandos normativos incorporaram diversas regras sobre o tema já bastante abordado na doutrina e jurisprudência. Todavia, com uma roupagem inovadora, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, foi responsável pela instituição da parceria público-privada no ordenamento jurídico nacional, passando a ser designada de concessão especial ou concessão incomum, na modalidade patrocinada ou administrativa.⁴

Iniciando a exploração das entrelinhas do Estatuto das Concessões, cabe ressaltar a posição estratégica da fiscalização e intervenção da atividade, localizados todos antes do capítulo da extinção contratual, fornecendo um terreno frutífero às medidas governamentais, dando um suporte logístico à interferência estatal no serviço concedido. Adentrando o núcleo da pesquisa, foram investigadas as principais consequências normativas obrigatórias que, na maior parte dos casos, são comuns a todas as formas de encerramento da atividade transferida à iniciativa privada, criando um ambiente de segurança jurídica entre os atores envolvidos, afastando imprecisões contratuais.⁵ Por fim, restou concluído que as cláusulas arroladas não apresentam uma natureza sancionatória, possuindo, na verdade, a missão de clarificar essa delicada etapa de alternância, amenizando a complexidade do procedimento, tornando o ambiente menos hostil, estimulando o surgimento de novas parcerias.

4 Também é possível encontrar no ordenamento jurídico brasileiro algumas leis setoriais estabelecendo normas especiais para temáticas exclusivas, regulando atividades bastante singularizadas, tais como a energia elétrica, telecomunicações, petróleo e gás, portos, navegação aérea, dentre outros serviços.

5 Nos termos do Estatuto das Concessões existem seis modalidades básicas de extinção da cooperação arquitetada entre o público e o privado: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação e falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual (art. 35, Lei nº 8.987/95). Porém, essa listagem positiva não é completamente exaustiva, *numerus clausus*, mas somente exemplificativa, *numerus apertus*, sendo possível vislumbrar outras possíveis formas de interrupção da parceria com a iniciativa privada, aplicadas em situações excepcionais e peculiares, a exemplo do distrato, desaparecimento do objeto e força maior.

2 A FUNÇÃO PREVENTIVA DA FISCALIZAÇÃO E DA INTERVENÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

A fiscalização e a intervenção representam diferentes instrumentos normativos de controle interno do poder concedente sobre a forma de execução dos atos dos parceiros privados. Enquanto o primeiro retrata uma função mais de caráter preventivo, de vigilância sobre a regularidade dos acontecimentos, evitando possíveis inconveniências, o segundo assume uma posição mais de cunho repreensivo, de conserto dos equívocos ocorridos, reparando incômodos manifestos. O ponto convergente entre ambos os institutos reside tanto na ideia geral de domínio sobre a titularidade do serviço público, quanto na noção de poder-dever de vigilância das condutas praticadas.

Notocante à fiscalização da execução do serviço público, sua prática é constante e permanente, sendo expressamente rotulada como um encargo natural do poder concedente responsável pela delegação, exercida em parceria com os usuários (art. 3º, Lei nº 8.987/95 c/c art. 29, I, Lei nº 8.987/95). Oportuno realçar a conduta proativa da administração pública diante da atividade traspassada, configurando a inspeção não como uma simples faculdade do gestor competente, mas uma obrigação governamental, devendo fazê-lo sempre de ofício, independentemente de qualquer intervenção jurisdicional. A exigência normativa pela fiscalização contínua representa uma faceta do dever geral do poder concedente de acompanhar a execução da concessão, zelando pela regularidade do desempenho do serviço público, buscando evitar o rompimento antecipado do contrato administrativo.

O Estado tem a incumbência de assegurar a adequada prestação do serviço público – seja de forma direta (responsabilidade de execução), seja por meio do concessionário ou permissionário (responsabilidade de garantia da prestação). No caso da prestação indireta a tarefa é muito mais árdua: uma coisa é fornecer o serviço na justa medida das possibilidades financeiras estatais (e desideratos políticos); outra, bastante mais complexa, é ver se alguém que detém o título de expert em certa atividade, para quem foi constituída nova situação jurídica com forte caráter mandamental (ornamentada por deveres extraordinários e fronteiras de ganhos), está bem executando o contrato. (MOREIRA, 2010, p. 169).

Tamanha preocupação pelo controle da atividade deslocada fez com que o legislador constituinte originário deixasse sedimentado em seu texto as condições da fiscalização como uma exigência obrigatória a ser abordada na lei que regulamentasse a prestação de serviços públicos (art. 175, Parágrafo Único, Constituição Federal de 1988). Além das condições da fiscalização, a espécie normativa responsável pela regulamentação das delegações também disporão sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial do contrato e prorrogação, as situações de caducidade e rescisão, os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado. Identificar corretamente o regime jurídico responsável pela orientação da gestão colaborativa é de extrema importância para a manutenção da cooperação, oferecendo ferramentas objetivas e seguras às partes envolvidas, garantindo a oferta permanente da atividade à população.

A vigilância ocorrerá por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar,

por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (art. 30, Parágrafo Único, Lei nº 8.987/95). Existem, portanto, duas grandes espécies de fiscalização: aquela realizada de forma eventual e aleatória; aquela efetivada de maneira periódica e habitual. Quanto à primeira, a ocasional, poderá ocorrer diretamente pelo poder concedente, através do seu próprio órgão técnico, ou indiretamente, através de entidade devidamente conveniada. Quanto à segunda, a regular, ocorrerá sempre por meio de uma comissão especialmente fixada para essa finalidade, contendo representantes de todas as partes envolvidas na relação, do poder concedente, da concessionária e dos usuários, conferindo transparência aos atos praticados.

Interessante observar que o legislador afastou qualquer possibilidade da fiscalização ser operacionalizada sem a participação do poder concedente, pois mesmo a modalidade eventual indireta não ocorre de forma livre e desembaraçada, existindo uma cooperação prévia e um controle permanente do titular do serviço público.

O detalhamento sobre a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e das práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, é apontado como sendo uma cláusula essencial do contrato de concessão (art. 23, VII, Lei nº 8.987/95). Agiu bem o legislador em transferir as minúcias da prática fiscalizatória para o contrato administrativo, sítio mais apropriado para esse tipo de discussão, visto que diversas são as formas de serviços executadas pelo concessionário, podendo a vigilância diversificar de maneira significativa de uma para a outra.

No regular exercício da fiscalização sobre as empresas

concessionárias o poder concedente poderá, ainda, ter acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30, *caput*, Lei nº 8.987/95). Por sua vez, viabilizando essa função de sentinela, constitui uma incumbência da empresa concessionária permitir o livre acesso, em qualquer época, dos encarregados da fiscalização às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis (art. 31, V, Lei nº 8.987/95). Dentro do poder geral de fiscalização, nada impede que as partes, de comum acordo, por meio de contrato administrativo, formalizem a ampliação deste rol normativo, estipulando novos acessos a outros elementos de informação da concessionária.

Vale ainda ressaltar que a fiscalização exercida pelo órgão competente não acarreta na exclusão ou atenuação da responsabilidade da concessionária com relação à execução do serviço concedido. Desta forma, caberá ao parceiro privado responder integralmente por todos os prejuízos causados tanto ao poder concedente, quanto aos usuários e terceiros envolvidos na relação (art. 25, Lei nº 8.987/95).

No tocante à intervenção da execução do serviço público, sua prática pode ser dividida em duas linhas de ação segundo as disposições normativas do Estatuto das Concessões: uma de contorno mais genérico e abrangente, denominada de *lato sensu*; outra de perímetro mais específico e singular, denominada de *stricto sensu*.

A primeira forma de intervenção, considerada *lato sensu*, opera do poder concedente sobre as pessoas jurídicas ou consórcios de empresas responsáveis pela execução do serviço público (art. 32, Lei nº 8.987/95). Tal ingerência possui

caráter meramente provisório e tem por objetivo assegurar a adequação na prestação do serviço e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais. Para essa modalidade, a intervenção será formalmente instaurada por intermédio de decreto oriundo do poder concedente, que conterá a designação do interventor, o prazo da manobra e os objetivos e limites da medida.

Após a declaração formal da intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar um procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar eventuais responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa. Ficando comprovado que a medida interventiva não observou os pressupostos legais e regulamentares, será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo ao direito indenizatório. Importante negritar que, após aberto, o procedimento administrativo instaurado deverá ser concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de considerar inválida a intervenção.

O desígnio pela opção do gestor governamental pela forma temporária de intervenção na empresa concessionária objetiva, apenas, identificar as irregularidades encontradas na prestação do serviço, dialogando fórmulas para solucionar os entraves. Pela leitura dos dispositivos relacionados ao tema se constata que não há nesse ambiente de intromissão estatal a finalidade de encerrar a parceria, extinguindo a relação contratual, predominando apenas o clima de reparação das falhas ventiladas, alinhando o desempenho do trabalho. Porém, se durante a intervenção restar comprovada a ocorrência de violações graves imputadas à concessionária, poderá o poder

concedente se utilizar do instituto da caducidade, extinguindo unilateralmente a relação contratual. Cessada a intervenção, se não for extinta a concessão, a administração do serviço será devolvida à concessionária, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

A segunda forma de intervenção, considerada *stricto sensu*, opera do poder concedente sobre a empresa concessionária, quando nos referimos ao fenômeno da encampação (art. 35, II, Lei nº 8.987/95 c/c art. 37, Lei nº 8.987/95). Tal ingerência possui caráter permanente e tem por objetivo a extinção unilateral e definitiva do contrato administrativo firmado entre as partes envolvidas. Para essa modalidade, a intervenção também será formalmente instaurada através de decreto oriundo do poder concedente, porém, sem a designação de interventor e prazo da manobra, de acordo com os requisitos estabelecidos no estatuto das concessões.

Também denominada de resgate pela maioria dos administrativistas, a encampação é a primeira modalidade extraordinária de extinção unilateral dos contratos de concessão por ato do poder concedente. Dentre as espécies de interrupção, a encampação é considerada a modalidade mais hostil e invasiva, tendo no fator surpresa o principal responsável por essa agressividade, apanhando desprevenido o concessionário, bastando somente a existência de motivos supervenientes de interesse público para o encerramento da avença.⁶ Deve, ainda,

6 O fenômeno da encampação se apresenta no ordenamento jurídico concessionário como sendo a retomada antecipada e coativa, por ordem do poder concedente, do serviço concedido ao particular, estritamente por motivos de interesse público. É a recuperação abrupta da atividade delegada, através de ato unilateral, antes de expirado o prazo final de encerramento do contrato firmado, visando à retomada iminente do serviço concedido, pondo fim à parceria celebrada com a iniciativa privada (MORAES FILHO, 2015, p. 222).

ser afastado qualquer traço de natureza sancionatória, sendo possível sua decretação ainda que o parceiro provado não tenha violado seus deveres contratuais ou legais.

Vários são os fundamentos de cunho principiológico invocados pela doutrina mais abalizada no intuito de fundamentar a extinção unilateral dos contratos administrativos de prestação de serviços públicos. Porém, neste ambiente extremamente fértil, duas construções teóricas ganham especial destaque: o princípio da supremacia do interesse público, também denominado de princípio da finalidade pública, e o princípio da continuidade do serviço público, também denominado de princípio da permanência. Enquanto o primeiro se revela pela localização privilegiada de pilar fundamental de toda relação hierarquizada na seara administrativa, o segundo sobressai pela incidência específica e intrínseca no âmbito do serviço público. Como os atores envolvidos na concessão estão sob um regime jurídico-administrativo especial, se alocando em patamares diferenciados, cabe ao poder concedente, sobrepondo-se aos interesses particulares, por fim à relação instaurada.

Para assegurar esses requisitos, indispensáveis em todo serviço concedido, reconhece-se à Administração Pública o direito de fiscalizar as empresas, com amplos poderes de verificação de sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros, principalmente, para conhecer a rentabilidade do serviço, fixar tarifas justas e punir infrações regulamentares e contratuais. Por isso, existem as hipóteses de intervenção. (SADDY, 2013, p. 39).

Diante do exposto, podemos inferir que a fiscalização e a intervenção desempenham uma função estratégica de controle da prestação do serviço público concedido, garantindo

regularidade da atividade. Possuindo uma natureza indeclinável, a permanente vigilância do poder concedente também retrata a transparência do processo de concessão, uma constante invariável durante toda a execução do contrato, refletindo a busca pela qualidade, viabilizando o desenvolvimento social, faceta mais contemporânea do direito administrativo pátrio. Assim, inerente à realização do interesse público, compete ao órgão concedente não só o papel de regulamentar, mas também controlar o serviço, nos limites legais e contratuais ajustados.

3 AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS E SEGURANÇA JURÍDICA NA INTERRUPTÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público representa um momento de tensão não apenas para o parceiro da iniciativa privada, mas também para o próprio órgão estatal concedente. Nesse clima de alternância entre os atores responsáveis pela execução da atividade, o Estatuto das Concessões se utiliza de importantes ferramentas normativas, consideradas obrigatórias. A proposta do legislador foi criar uma atmosfera de certeza jurídica neste momento delicado de transição, conferindo maior segurança às partes envolvidas, afastando incertezas de origem contratual. Nesse sentido leciona Scartezzini (2006, p. 91), afirmando que o elemento surpresa não se coaduna com o perfeito exercício de consecução do interesse público.

Através do estudo sistemático das modalidades de extinção dos contratos de concessão de serviços públicos, algumas consequências ordinárias, na maior parte dos casos,

comuns em todas as formas, podem ser facilmente identificadas. As principais são: (a) assunção do serviço; (b) ocupação das instalações; (c) extinção de direitos, privilégios e garantias; (d) retorno dos bens reversíveis. Tais efeitos, além de cogentes, são geralmente indissociáveis, não podendo se apresentar de forma parcelada ou isolada uma das outras, devendo operar quase sempre em conjunto, formando um complexo harmônico de resultados. A presunção é obtida em face da localização estratégica onde aparecem positivadas, nos parágrafos logo após as modalidades de extinção, sem mencionar nenhum tratamento individualizado.

3.1. Assunção do serviço

A principal consequência normativa acerca da interrupção dos contratos de concessão de serviços públicos é a imediata assunção, pelo poder concedente titular da atividade transferida, do mister anteriormente executado pelo parceiro privado (art. 35, § 2º, Lei nº 8.987/95). Isso representa uma nítida avocação do compromisso de realizar a promoção dos serviços coletivos rotulados como necessários à sociedade. O mesmo ente federativo que transferiu ao particular a competência para executar determinada atividade de relevância pública assume, novamente, a responsabilidade na sua prestação, exatamente no estado em que a atividade se encontrar.

Alguma das justificativas para se convocar o objeto anteriormente contratado é o não repasse em definitivo das atribuições à concessionária, tornando-se a titularidade na sua prestação uma ação indelegável, reforçando o ambiente de segurança jurídica, principalmente naquelas avenças de

longo prazo. De natureza administrativa, a medida ocorre sem qualquer participação jurisdicional, sendo convocado apenas em situações excepcionais. Também é possível fundamentar a ideia de apossamento invocando a abstração de que, se o parceiro privado tivesse adimplido suas obrigações contratuais a transferência ocorreria naturalmente ao final da avença, retornando o objeto ao poder concedente.

De acordo com a terminologia imperativa do dispositivo legal, a retomada da execução do serviço deverá ocorrer de forma imediata, instantânea, automática, ou seja, a etapa de substituição na efetivação da atividade deverá sobrevir o mais rápido possível, sem delongas, atrasos ou demoras. Como se trata de um trabalho relevante, se exige celeridade na sua recuperação a fim de não interromper a prestação. A brevidade do efeito ocorre, também, devido à submissão ao princípio da continuidade do serviço público, requisito indispensável para a caracterização de uma atividade prestada à população de maneira adequada, visando o pleno atendimento dos usuários.

A continuidade do serviço público, como princípio a ser observado pela Administração Pública, configura um dever a ser implementado na prestação do serviço, seja pela própria Administração, seja pelo concessionário ou permissionário. A gestão desse interesse impõe-se como objetivo a ser perseguido na obtenção de serviço adequado. (SCARTEZZINI, 2006, p. 117).

Como desdobramento da assunção do serviço é possível identificar a necessidade da realização de levantamentos, avaliações e liquidações quando necessários, no intuito de apurar o montante devido à concessionária a título de indenização em face da reversão dos bens e serviços transferidos. A fim de

aplicar corretamente esse dispositivo, se torna necessário que o gestor público analise cada interrupção contratual de forma isolada. O alerta normativo tem fundamental relevância, pois ao contrário do art. 35, § 4º da Lei nº 8.987/95, que direciona a indenização somente para as hipóteses de advento do termo contratual e encampação, a regra universaliza o ressarcimento pecuniário a todas as modalidades de extinção da concessão.

Invocando o regime jurídico dos contratos administrativos, importante fazer referência à previsão da assunção imediata do objeto contratado na Lei Geral das Licitações, advinda da prerrogativa de rescisão da avença por ato unilateral e escrito da Administração Pública (art. 58, II, Lei nº 8.666/93 c/c art. 80, I, Lei nº 8.666/93). Os rascunhos da teoria geral dos contratos servem de suporte interpretativo para as legislações especiais. Caso a aplicação desta medida, que está dentro do juízo de discricionariedade do poder concedente, podendo dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta, seja utilizada para fins obscuros, de caráter pessoal, haverá desvio de finalidade, permitindo controle jurisdicional.

3.2. Ocupação das instalações

No intuito de viabilizar materialmente a prestação do serviço à população, zelando pela ininterrupção da atividade, ao poder concedente tanto é permitido ocupar as instalações da antiga concessionária, como a utilização de todos os bens reversíveis desta (art. 35, § 3º, Lei nº 8.987/95). Portanto, também existe uma discricionariedade do gestor público que poderá escolher, diante do caso fático, qual a melhor opção para o órgão. Esta consequência é bastante racional, pois como

a assunção do serviço deve ser realizada de forma imediata, dificilmente o poder concedente terá uma estrutura física própria e, principalmente, disponível capaz de desempenhar o mesmo papel da concessionária.

Observemos neste tópico mais um nítido desdobramento do princípio da continuidade da prestação do serviço público, onde a sua interrupção deve ser evitado ao máximo, preceito vetor de todo o regime especial, mola propulsora capaz de influenciar na interpretação dos dispositivos normativos. Também de natureza administrativa, a medida ocorre sem qualquer participação jurisdicional, sendo convocado apenas em situações excepcionais. Mesmo que a atividade prestada à população deixe de existir por razões de interesse público, fenômeno intitulado de desafetação do serviço, a medida de ocupação será cabível, desde que originárias dos cofres públicos, pois as instalações poderão ser utilizadas para outras finalidades.

Igualmente, com as devidas relativizações, ainda é possível evocar ao universo dos serviços públicos a incidência da teoria da vedação do retorno ao *status quo ante*, também denominada de teoria da vedação do retrocesso, cultivando a razoável efetivação dos direitos fundamentais. A progressiva ampliação dos direitos rotulados como fundamentais é uma derivação principiológica instintiva dos regramentos constitucionais. Porém, esse instituto não pode ser interpretado de forma rígida, levando ao congelamento do ordenamento jurídico infraconstitucional, tendo em vista a complexidade e a dinâmica nacional, em especial a instabilidade econômica, podendo ocorrer sutis alterações na fórmula estatal original.

A vedação do retrocesso é uma das expressões da eficácia das normas constitucionais programáticas

ou de eficácia limitada, das quais constituem exemplo a maior parte das normas constitucionais de direitos fundamentais prestacionais, que não criam direitos que possam impor ações ao Legislador ou ao Poder Executivo, mas que têm a força de impedir a edição de normas ou comportamentos que lhes sejam contrários: se a Constituição determina programaticamente dado tipo de prestação e o Estado, após implantá-la, resolve abandoná-la, estaria, nesse segundo momento, violando aquela norma constitucional. (ARAGÃO, 2013, p. 516).

Quanto à ocupação dos bens reversíveis, há de se fazer uma distinção entre os de natureza pública e privada. Em relação ao primeiro, feita gratuitamente, ocorre a simples desafetação dos bens no tocante ao serviço público antes prestado, voltando o Estado a ter a posse direta dos mesmos. A própria lei determina a necessidade de uma estipulação prévia em contrato de quais bens serão revertidos ao poder concedente. Em relação ao segundo, feita onerosamente, para aqueles bens ainda não amortizados pelas tarifas pagas pelos usuários, pois o encerramento prematuro interrompe a recuperação do investimento realizado. Também há necessidade de uma identificação anterior em contrato de tais bens.

Vale ressaltar que a empresa concessionária não possui capacidade legal para impedir que o poder concedente realize a ocupação dos instrumentos ou a utilização dos bens reversíveis, que achar conveniente e oportuno, necessários à preservação da continuidade da prestação do serviço público. Eventual recusa do parceiro privado em permitir o acesso dos agentes públicos acarretará em ato ilícito. Todavia, se logo depois ao apossamento pelo poder público restar configurado abuso de poder, através da análise dos motivos que a originaram, nada

impede que a referida conduta seja questionada administrativa e judicialmente, a fim de restabelecer a situação anterior.

Invocando novamente o regime jurídico dos contratos administrativos, importante fazer referência à previsão da ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal, empregados na execução do objeto contratado, necessários à sua continuidade, na Lei Geral das Licitações (art. 58, II, Lei nº 8.666/93 c/c art. 80, II, Lei nº 8.666/93). Outra vez, as prerrogativas ocorrem em razão da interrupção da avença por ato da administração. Todavia, segundo o alerta de Justen Filho (2004, p. 587), o dispositivo acima deve reputar-se revogado, tendo em vista o raciocínio da ocupação das instalações serem exclusividade da legislação especializada das concessões e permissões de serviços públicos, sendo completamente inviável sua incidência no âmbito dos contratos administrativos comuns.⁷

3.3. Extinção de direitos, privilégios e garantias

Com o advento da extinção do contrato administrativo de serviço público, o parceiro privado será naturalmente despedido de todos os direitos e privilégios de que antes gozava, conforme previamente estabelecido no edital e no próprio instrumento responsável pela formalização da avença (art. 35, § 1º, Lei nº 8.987/95). Agiu com bastante lógica e prudência o legislador derivado, sublinhando que encerrada a concessão, também estará encerrada todas as vantagens dela decorrentes.

⁷ Outra justificativa utilizada para fundamentar a revogação do dispositivo está apoiada no fato de que, originalmente, as normas da Lei nº 8.666/93 também se destinavam a regularizar as concessões e permissões de serviços públicos, sendo essa questão posteriormente contemplada pela edição da Lei nº 8.987/95, considerada norma especial em relação aquela, deixando sem utilidade o regramento investigado (JUSTEN FILHO, 2004, p. 588).

O desaparecimento do regime jurídico próprio e diferenciado, antes vivenciado entre as partes, ofusca todo e qualquer benefício transferido à época para a iniciativa privada, encerrando em definitivo com aquele ambiente destoante, voltando o parceiro a ocupar sua posição na clássica relação hierárquica.

Logo após a extinção dos direitos e privilégios, haverá a retomada pelo poder concedente, de forma automática, do exercício de todas as prerrogativas transferidas ao parceiro privado, dispensando maiores formalidades administrativas ou jurisdicionais para sua efetivação. Atitude também bastante coerente do legislador, não restando motivos para o concessionário prosseguir se utilizando das regalias após encerrada a parceria. Dessa forma, é possível concluir que não se tratam de atos isolados, realizados em etapas, mas de uma ação conjunta, instintiva e reflexiva, estando a interrupção da concessão, a extinção dos direitos e a retomada das prerrogativas todas entrelaçadas em apenas um movimento. Como não poderia ser diferente, idêntico tratamento será dado às eventuais garantias inicialmente prestadas pela empresa concessionária no início da execução contratual.

Os dois exemplos mais citados na doutrina especializada são as situações de isenção tributária e de caução. Quanto ao primeiro, na órbita dos direitos e privilégios, significa uma dispensa do crédito tributário, concedido pelo poder público competente para exigí-lo, criando um regime tributário mais benéfico ao concessionário. Assim, extinta a concessão, também restará extinto o privilégio tributário anteriormente concedido. Quanto ao segundo, na atmosfera das garantias, significa uma precaução extraordinária à relação, efetivada através de depósito em valores pelo concessionário a fim de responder por

eventuais imprevistos. Assim, extinta a concessão, caberá ao poder concedente realizar a devolução da quantia oferecida.⁸

3.4. Retorno dos bens reversíveis

Ainda é possível vislumbrar como último efeito compulsório oriundo da extinção do contrato administrativo de concessão de serviço público o retorno de todos os bens reversíveis ao poder concedente, nos termos do pacto firmado (art. 35, § 1º, Lei nº 8.987/95). Também denominado de reversibilidade, o processo de identificação de quais bens exatamente deverão ser devolvidos ao poder concedente, em face da vinculação direta ao serviço prestado, não é tarefa das mais fáceis, podendo causar enorme controvérsia entre as partes. Porém, seja qual for a hipótese de interrupção da parceria, haverá a incorporação dos bens da concessionária, previamente apontados como reversíveis, ao patrimônio do órgão estatal concedente.

Não devemos confundir o fenômeno do retorno dos bens reversíveis com o experimento da ocupação dos bens reversíveis, embora ambos sejam consequências racionais e irrefutáveis da extinção da concessão. Enquanto o primeiro apresenta um caráter perpétuo e vitalício, objetivando regularizar a situação patrimonial da aliança estabelecida, o segundo possui um caráter emergencial e temporário, visando manter a continuidade do serviço público à população. Na prática, a ocupação acaba funcionando como uma maneira de

8 Com relação à caducidade, modalidade de extinção contratual da concessão, não será devida a caução (art. 35, III, Lei nº 8.987/95 c/c art. 38, Lei nº 8.987/95). Como a forma de interrupção da avença ocorre pela inexecução, total ou parcial, por culpa do concessionário, a garantia será excluída, podendo servir a quantia depositada como amparo financeiro para cobrir eventuais perdas e danos gerados ao poder concedente.

preparar, antecipadamente, os bens da empresa concessionária para sua reversibilidade integral ao poder concedente no futuro.

Vejamos os preciosos ensinamentos de Justen Filho (1997, p. 326) sobre a existência de duas maneiras de realizar a apuração valorativa dos bens vinculados ao serviço público que serão devolvidos ao domínio estatal:

Há dois métodos básicos para avaliação dos bens: método do custo histórico e método do custo de reprodução. O primeiro toma em vista o valor dos bens no momento em de sua aquisição. O segundo considera o valor dos bens no momento da reversão. Caberá ao edital dispor acerca do método de avaliação dos bens. Há argumentos favoráveis ao primeiro, que se considera mais justo e compatível com o sistema.

De acordo com as regras indenizatórias expostas, também é imperioso mencionar que as parcelas dos investimentos vinculados aos bens reversíveis, desde que ainda não amortizados ou depreciados, também são alvo de ressarcimento (art. 36, Lei nº 8.987/95). Todos os altos investimentos realizados exclusivamente pela empresa concessionária durante a colaboração são amortizados ao longo do tempo contratual, como regra geral, através das tarifas pagas pelos usuários pelo serviço oferecido. Assim, ocorrendo a extinção da concessão antes do período originalmente previsto na avença, a margem indenizatória será muito superior àquela inicialmente prevista, devendo o poder concedente se responsabilizar por essa sobrecarga.

Essa necessidade extrema de indenização se mostra plenamente justificável quando invocados as construções teóricas do equilíbrio econômico financeiro dos contratos e da

vedação ao enriquecimento ilícito do poder concedente. Além disso, como no serviço público toda relação de colaboração é marcada pela confiança entre os agentes, eventual mácula ultrapassará aquela relação específica, gerando um descrédito generalizado em todo o eixo de sustentação da concessão, prejudicando futuros acordos. Em virtude da complexidade do tema, é recomendável que cada situação de extinção seja analisada de maneira individual, cabendo questionamento jurisdicional em caso de questões não dirimidas.

4 CONCLUSÃO

A título de conclusão, é possível verificar que a fiscalização e a intervenção são, contemporaneamente, mais do que simples instrumentos de controle interno sobre a iniciativa privada, assumindo uma postura de reguladores do serviço. Explorando os institutos à luz do princípio setorial da continuidade do serviço público, congregado à teoria geral da vedação do retrocesso, há nítida preferência normativa pela descontinuidade da prestação das atividades à população, mantendo a qualidade do ofício delegado, incorporando nos gestores estatais uma cultura proativa em busca da regularidade. Essa função estratégica desempenhada pelos regimentos interruptivos revela, além do caráter indeclinável dos serviços, a eterna função de vigilância do poder concedente exercida sobre os comparsas da iniciativa privada.

Também é possível verificar que as consequências normativas arroladas pelo estatuto das concessões possuem a missão de clarificar essa delicada etapa de alternância de

comando na execução da atividade de interesse público. Nesta linha de raciocínio, o legislador derivado amenizou sobremaneira a complexidade do procedimento, fazendo da interrupção contratual um ambiente menos hostil e obscuro, oferecendo maior segurança às partes envolvidas na relação instaurada, estimulando, assim, o surgimento de novas parcerias com a iniciativa privada. Dessa forma, fica evidente que as cláusulas investigadas não possuem na sua essência índole punitiva ou sancionatória, apresentando, na verdade, efeito pedagógico e instrutivo, de tutela contratual, evitando a interrupção do serviço público prestado.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. **Concessão de serviços públicos: novas tendências**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

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

BITTENCOURT, M. V. C. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5

out. 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

_____. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

_____. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 jul. 1995.

_____. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 2004.

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

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DAL POZZO, A. N. **Aspectos fundamentais do serviço público**

no direito brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

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

FRANÇA, V. R. Reflexões sobre a prestação de serviços públicos por entidades do terceiro setor. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, v. 238, p. 345-362, out./dez. 2004.

FURTADO, L. R. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

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

_____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, C. A. (Coord.). **Direito administrativo econômico.** São Paulo: Malheiros, 2000. p. 39-71.

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

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

MARQUES NETO, F. A. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

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

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

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

MORAES FILHO, M. A. P. A hostilidade da encampação na extinção unilateral do contrato administrativo no serviço público. **Revista Controle**, Fortaleza, v. 13, n. 1, p. 218-242, jun. 2015.

_____. A responsabilidade na prestação dos serviços públicos. **O Estado**, Fortaleza, 26 abr. 2012. Direito & Justiça, p. 2.

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

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

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

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

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

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

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

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

SADDY, A. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária: o caso do setor elétrico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa (RIL)**, Brasília, v. 50, n. 198, p. 33-57, abr./jun. 2013.

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

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

VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; DAL POZZO, A. N. (Coord.).

Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

Proposta de Adoção de Homologação de Produtos e Marcas no Âmbito dos Pregões Eletrônicos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Proposed Adoption of the Validation of Products and Trademarks
in the Ambit of the Electronic Proceedings of the Court of Justice
of the State of Rio Grande do Sul

Flaiton Teixeira Colombo¹

RESUMO

A análise dos pregões eletrônicos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 2014 e 2015 evidenciou a excessiva duração dos certames licitatórios nos quais exigiam-se amostras e/ou laudos como condição para a aprovação dos produtos ofertados. Essa constatação, que contraria a essência do pregão eletrônico, que é a de ser uma modalidade de licitação mais célere, além de causar prejuízos ao Tribunal de Justiça, sobretudo de ordem financeira, suscitou como solução a proposta de implementação da homologação de produtos e marcas no âmbito dos pregões eletrônicos, notadamente para aqueles produtos que representam o maior volume de compras anuais. A homologação de produtos e marcas apresenta-se, no âmbito da Administração Pública, como uma das principais ferramentas disponíveis para a melhoria dos processos de compras

¹ Analista Judiciário – Área Administrativa e Pregoeiro, lotado no Departamento de Compras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Bacharel em Administração de Empresas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) e graduando em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). E-mail: flaitont@yahoo.com.br

públicas, traduzindo-se na aplicação concreta do princípio da eficiência. Ela permite a qualificação permanente dos fornecedores e internamente propicia a revisão contínua de processos, tornando a área de compras fundamental para o cumprimento dos objetivos organizacionais. Trata-se de ferramenta de fácil aplicação e que oferece ganhos substanciais de qualidade, redução de custos e melhoria na gestão de estoques.

Palavras-Chave: Qualificação de Fornecedores. Homologação de Produtos e Marcas. Princípio da Eficiência. Pregão Eletrônico. Aquisições Públicas.

ABSTRACT

The analysis of the electronic tradings for public acquisitions conducted by the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul, in Brazil, in the years 2014 and 2015, evidenced the excessive duration of these proceedings when samples or reports were required as a condition for the approval of the products offered. This finding, contrary to the essence of this kind of acquisition, which is supposed to be a faster bidding public trading, in addition to causing damage to the Court of Justice, especially of a financial nature, has aroused, as a solution, the proposal to implement the validation of products and brands within the scope of electronic tradings for public acquisitions, especially for those products that represent the largest volume of annual purchases. The approval of products and brands is, within the scope of Public Administration, one of the main tools available for the improvement of public procurement processes, which translates into the concrete application of the efficiency principle. It allows the permanent qualification of the suppliers and, internally, allows the continuous revision of processes, making the purchasing area fundamental to the

fulfillment of the organizational objectives. It is an easy-to-use tool that offers substantial gains in quality, cost savings, and improved inventory management.

Keywords: Suppliers Qualification. Product and Trademark Approval. Principle of Efficiency. Electronic Tradings. Public Acquisitions.

1 INTRODUÇÃO

Tem-se mostrado cada vez mais necessário à Administração Pública rever e modificar seus processos de trabalho. A contingência orçamentária, as pressões sociais e a própria legislação relativa ao gerenciamento da res publica têm obrigado o Poder Público a adotar ferramentas que lhe permitam alcançar resultados mais satisfatórios, visando, entre outros objetivos, eficiência, celeridade e economicidade.

É nesse contexto de desafios e dificuldades que a proposta aqui discutida encaixa-se. A homologação de produtos e marcas apresenta-se como relevante instrumento de melhoria de práticas, já que se insere como mecanismo de qualificação de fornecedores, trazendo em seu bojo mudanças que podem afetar positivamente o gerenciamento das compras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS). Destacam-se aí a redução nos custos dos estoques e a padronização dos produtos adquiridos.

A proposta parte da detecção da necessidade de alterar procedimentos adotados nos pregões eletrônicos do TJ-RS, a partir da análise das licitações realizadas sob essa modalidade em 2014 e 2015. A ideia central é tornar a análise de amostras

e/ou laudos prévios ao pregão eletrônico – em realidade um procedimento à parte –, de modo que este possa tornar-se mais célere, contrariamente ao que se detectou naquele período, no qual a exigência de amostras e/ou laudos eram (e ainda o são) utilizados como instrumento de avaliação e validação dos produtos ofertados. O objetivo não é apenas reduzir o tempo de duração dos pregões, e sim contribuir para a mudança de práticas na gestão das aquisições do TJ-RS.

Este artigo está dividido em sete partes, sendo a primeira a própria introdução e a última o referencial teórico. A segunda parte aborda os conceitos relativos à qualificação de fornecedores, entendida aqui como sinônimo de qualificação de produtos e marcas e sua relação com os princípios da padronização e da eficiência. A terceira parte trata do pregão eletrônico e suas características peculiares, sobretudo, do pregão eletrônico no contexto do TJ-RS. É nessa parte em que se realiza todo o levantamento e análise de dados relativos aos pregões eletrônicos ocorridos em 2014 e 2015. Já a quarta parte consiste na apresentação em linhas gerais da proposta de homologação de produtos e marcas. O modelo sugerido baseia-se em modelos ali discutidos. A quinta parte apresenta uma relação de vantagens diretas e indiretas relacionadas à adoção da homologação de produtos e marcas. Por fim, a sexta parte retoma a discussão da homologação como mecanismo capaz de gerar benefícios de médio e longo prazos para a gestão das compras públicas do TJ-RS.

2 CONCEITUAÇÃO

A homologação de produtos e marcas pode ser entendida

como parte de um conjunto maior de ações destinadas à qualificação de fornecedores, processo bastante amplo e destinado a melhorar a relação entre fornecedores e compradores, das quais fazem parte tanto avaliações sobre a estrutura, a organização e a administração do fornecedor em si – em que são levados em consideração aspectos jurídicos, fiscais, éticos, ambientais, de saúde e de segurança no trabalho e outros relativos à atuação da empresa –, quanto avaliações relativas à qualidade dos produtos fornecidos, isto é, relativas às características técnicas dos produtos ofertados pelo fornecedor.

Ao mesmo tempo a homologação de marcas e produtos também pode ser vista como a própria qualificação de fornecedores, dado o escopo em que o processo de qualificação de fornecedores é adotado em cada organização. Portanto, como processo de qualificação de fornecedores, é nesse sentido que a homologação será tratada aqui e também conceituada.

Segundo Oliveira et al. (2014, p. 5), homologar consiste no ato de “aprovar ou confirmar que uma empresa atende aos critérios pré-estabelecidos de fornecimento, visando gerar maior segurança e confiança no processo de compras”.

Souza (2012, p. 23), por sua vez, indica que “a qualificação de fornecedores está relacionada ao processo de selecionar parceiros que atendam as necessidades de acordo com a demanda, tendo como meta alcançar os objetivos da organização”. O que significa estabelecer parcerias com empresas capazes de entregar produtos e/ou serviços adequados aos objetivos da organização, com preços competitivos, qualidade, confiabilidade, prazos de entrega reduzidos, suporte comercial e técnicos adequados etc.

Já Moura (2009, p. 72) afirma que “a qualificação consis-

te em um modo de avaliação da conformidade de empresas, realizada por meio de auditorias de certificação para verificar o atendimento a requisitos estabelecidos. [Busca-se] avaliar as características e definir ‘o melhor fornecedor’”.

Em relação às vantagens da qualificação, pode-se citar a redução no nível de atraso nas entregas, a diminuição da devolução de produtos, a maior transparência nas relações comerciais, o conhecimento do mercado local e das alternativas de fornecimento, maior qualidade do produto/serviço final, o fortalecimento de parcerias etc. Essas vantagens podem ser resumidas em ganhos de qualidade contínuos e de eficiência em médio e longo prazos.

No que diz respeito às características de um bom fornecedor, Moura (2009, p. 71) aponta os seguintes atributos: “cumpre prazo de entrega; fornece itens com qualidade; oferece preços competitivos; tem um bom histórico de referências (de negócios); fornece um bom serviço; cumpre o prometido; e apoia tecnicamente (seus clientes)”.

Deve-se salientar ainda que o processo de qualificação também traz benefícios para o próprio fornecedor. É o que sustenta Macedo (2002, apud SANTIN; CAVALCANTI, 2004, p. 47), ao afirmar que o fornecedor “deve estar permanentemente buscando um aprimoramento para atender às necessidades de seus clientes sendo, portanto, uma mola propulsora para sua própria melhoria contínua”.

No âmbito da Administração Pública, a homologação de produtos e marcas pode ser vista como consecução do princípio da padronização. De acordo com o que dispõe o art. 15, inciso I, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: I – atender ao prin-

cípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas”.

Nesse sentido, sustenta Chaves (2015, p. 12, grifo meu) que:

[...] critérios de aceitabilidade de proposta que privilegiem os produtos cuja qualidade reflita maior desempenho e durabilidade, desde que comprovado tecnicamente sua vantagem em relação ao custo-benefício sobre os demais de custo e qualidade inferiores. **E uma das maneiras mais eficazes para o alcance desse desiderato é, sem sombra de dúvida, a padronização e a pré-qualificação de marcas.**

Portanto, a padronização das aquisições públicas, no que concerne aos requisitos de desempenho e qualidade, dependeria em grande medida da qualificação de produtos. A adoção dessa prática conformaria uma visão integrada entre atividades meio e fim, isto é, uma relação entre as práticas administrativas utilizadas e a consecução dos fins aos quais se propõe a Administração.

Destaca-se ainda que a homologação também atenderia ao princípio da eficiência. Para Torres (2004, p. 175), a eficiência traduz-se na

preocupação com os mecanismos utilizados para obtenção do êxito da ação estatal, ou seja, é preciso buscar os meios mais econômicos e viáveis, utilizando a racionalidade econômica que buscar maximizar os resultados e minimizar os custos, ou seja, fazer o melhor com menores custos, gastando com inteligência os recursos pagos pelo contribuinte.

Na visão do autor, eficiência significa gastar recursos públicos arrecadados com racionalidade, buscando o máximo re-

sultado ao menor custo, sem desperdícios.

3 PREGÃO ELETRÔNICO

Filho (2004) afirma que o pregão destina-se a atender as necessidades da Administração relacionadas a bens tidos como padronizados, isto é, bens produzidos em série e que possuem um número razoável de empresas aptas a fornecê-los. Para aquisição desse tipo de objeto, não haveria necessidade de procedimentos tão minuciosos quanto aqueles necessários à contratação de objetos singulares e específicos.

Santana (2009) sustenta que o pregão eletrônico apresenta algumas características específicas, que o diferencia das demais modalidades, entre elas: restringe-se às aquisições (compras e serviços) consideradas comuns; permite negociação direta da Administração com o licitante, nos casos e modo previstos em lei; e desenvolve-se debaixo de procedimento mais ágil, célere e racional, com fases invertidas em relação ao procedimento tradicional.

Ainda segundo Santana (2009), dentre as principais vantagens do pregão eletrônico destacam-se: a) desburocratização nos processos de contratação; b) agilidade, celeridade, eficiência e economia nas contratações; c) melhor gerenciamento da despesa pública; d) publicidade e transparência do procedimento; e) controle da atividade administrativa; e f) ampliação da disputa entre fornecedores e prestadores de serviços.

Portanto, na visão dos autores, por intermédio do pregão a Administração obtém bens e serviços já disponíveis no mercado, que se destinam a atender uma ampla gama de interessados e não somente à Administração Pública. Ademais, traz consigo

diversos benefícios, notadamente em relação à simplicidade, celeridade e economia de recursos nos processos de compra.

Enquanto um processo de licitação nas modalidades tradicionais pode se estender por vários meses, o pregão eletrônico pode ser resolvido em uma, duas semanas, quando muito. Alguns, dependendo do objeto, podem ser concluídos em poucos dias, ou até mesmo no próprio dia da abertura.

3.1 Pregão eletrônico no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Em que pese todas as facilidades propiciadas pelo pregão eletrônico, observou-se que licitações realizadas sob essa modalidade têm-se estendido por prazos excessivamente longos.

Partindo-se da hipótese de que a demora nos pregões está atrelada à exigência de amostra e/ou laudos, realizou-se levantamento de dados nos pregões ocorridos em 2014 e 2015, cuja duração superou 30 dias², considerando-se nesse prazo somente o período compreendido entre a data da abertura da sessão de disputa de lances e a adjudicação do objeto ao vencedor, e que tiveram por objeto a aquisição, direta ou via sistema de registro de preços, de materiais de expediente, materiais de higiene, cartuchos, café, materiais elétricos e hidráulicos, luminárias e lâmpadas, insumos gráficos e mobiliário corporativo. Objetos estes que representam as aquisições mais frequentes e volumosas do TJ-RS no período.

O Quadro 1 apresenta os dados da amostra:

2

Sempre que houver referência a dias no texto, leia-se dias corridos.

Quadro 1: Pregões com duração superior a 30 dias no período de 2014 a 2015

Pregão/Ano	Processo	Duração aproximada
27/2014	7357-0300/13-0	76 dias corridos
37/2014	665-0300/14-8	31 dias corridos*
50/2014	1214-0300/14-0	41 dias corridos
54/2014	1460-0300/14-5	33 dias corridos
61/2014	2054-0300/14-9	68 dias corridos
62/2014	4823-0300/13-2	70 dias corridos
68/2014	2055-0300/14-1	50 dias corridos
95/2014	3530-0300/14-2	56 dias corridos
99/2014	3723-0300/14-5	64 dias corridos
108/2014	3984-0300/14-5	46 dias corridos
112/2014	3531-0300/14-5	70 dias corridos
115/2014	3843-0300/14-7	49 dias corridos
141/2014	5244-0300/14-5	39 dias corridos
150/2014	5093-0300/14-5	72 dias corridos
163/2014	5967-0300/14-4	247 dias corridos*
18/2015	7625-0300/14-1	116 dias corridos
30/2015	656-0300/15-7	49 dias corridos
37/2015	1145-0300/15-9	104 dias corridos
97/2015	4788-0300/15-5	71 dias corridos
100/2015	4877-0300/15-9	33 dias corridos
102/2015	4901-0300/15-8	70 dias corridos
109/2015	4266-0300/15-5	55 dias corridos

110/2015	5419-0300/15-8	57 dias corridos
118/2015	5420-0300/15-5	35 dias corridos
121/2015	5596-0300/15-2	57 dias corridos
142/2015	5420-0300/15-5	75 dias corridos
157/2015	6644-0300/15-3	50 dias corridos

*Prazo contado até a data de abertura da fase recursal.

Observa-se pelos dados que em 2014 e 2015, o total de 27 pregões permaneceram abertos por períodos superiores a 30 dias corridos, o que corresponde a um período médio de 66 dias. Ainda que se excluísse do cálculo do período médio o Pregão nº 163/2014, cujo tempo de duração foi de 247 dias, a duração média ficaria em 59 dias. Período este, para todos os efeitos, bastante expressivo.

De modo a exemplificar o que aqui se pretende demonstrar, se considerarmos apenas os pregões que permaneceram abertos por períodos iguais ou superiores a 50 dias, posteriormente, deles excluirmos o período relativo ao envio e análise de amostras/laudos³, observaremos que a duração dos pregões cai significativamente, como se pode observar no Gráfico 1, elaborado a partir dos dados constantes na Tabela 1.

3 Saliente-se que a esses prazos de envio e análise de amostras ainda foi somado um período de 1 a 4 dias relativos à diferença entre o fim do prazo de análise das amostras/laudos e a data de reabertura da sessão, dado que a reabertura da sessão não costuma ocorrer no dia seguinte à análise das amostras/laudos.

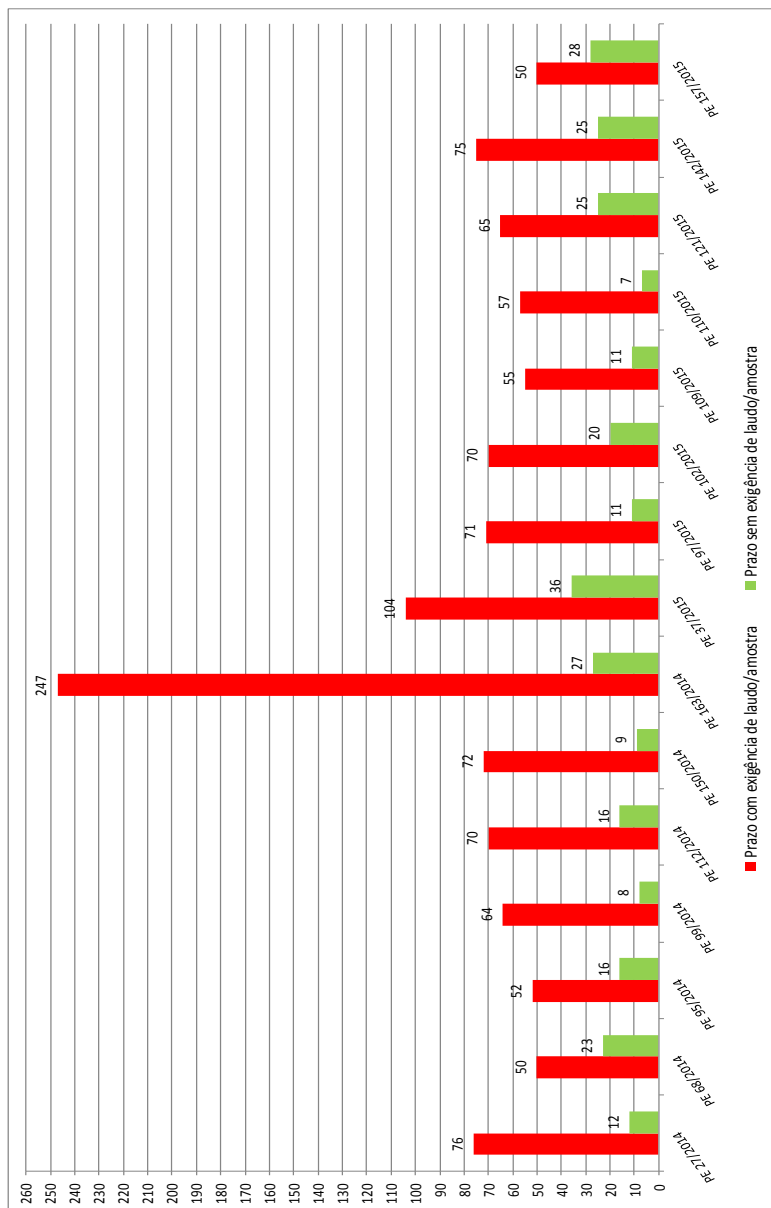
Tabela 1: Comparação dos períodos entre pregões com e sem exigência de laudo/amostra

Pregão/Ano	A – Duração computando a exigência de laudo/ amostra (em dias corridos)	B – Duração desconsiderando a exigência de laudo/ amostra (em dias corridos)	C – Diferença de duração (A – B) (em dias corridos)
PE 27/2014	76	12	64
PE 68/2014	50	23	27
PE 95/2014	52	16	36
PE 99/2014	64	8	56
PE 112/2014	70	16	54
PE 150/2014	72	9	63
PE 163/2014	247	27	220
PE 37/2015	104	36	68
PE 97/2015	71	11	60
PE 102/2015	70	20	50
PE 109/2015	55	11	44
PE 110/2015	57	7	50
PE 121/2015	65	25	40
PE 142/2015	75	25	50
PE 157/2015	50	28	22
Duração Média	79	19	60

A amostra da Tabela 1 apresenta uma duração média de 79 dias (Coluna A) para os pregões que exigiram apresentação de amostra/laudo, e de 19 dias (Coluna B) quando os períodos relativos a essas exigências foram descontados.

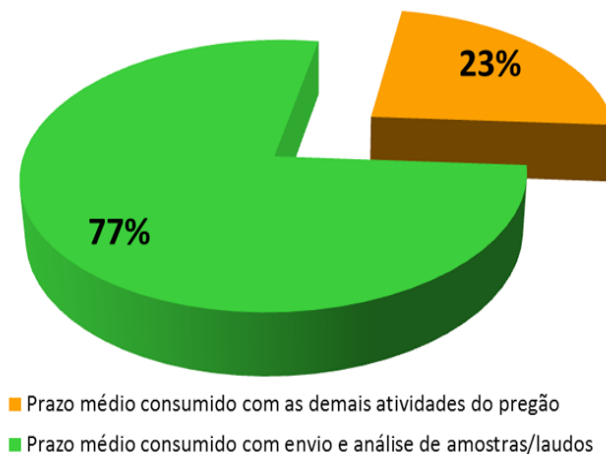
O Gráfico 1 ilustra bem essa diferença:

Gráfico 1: Prazos de duração dos pregões com e sem envio de amostras/laudos no período de 2014 a 2015



Em termos percentuais, 77% do tempo médio de duração do pregão ($\frac{3}{4}$ aproximadamente, portanto) foi utilizado tão somente para envio e análise das amostras/laudos exigidos. As demais fases do pregão – análise das propostas, negociação, diligências e análise da documentação de homologação – consumiram 23% do tempo total da sessão do pregão (Gráfico 2).

Gráfico 2: Distribuição do tempo de duração dos pregões com exigência de amostras/laudos no período de 2014 a 2015



Em outras palavras, caso inexistisse a fase de envio e análise de amostras/laudos, a duração média dos pregões seria reduzida, mantido tudo o mais constante a $\frac{1}{4}$ aproximadamente do tempo gasto para realizá-lo, o que daria, em média, arredondando, 19 dias.

Podemos concluir que os pregões cujos objetos exigem amostras/laudos costumam ter uma duração bastante longa, muito além do que se espera para esse tipo de modalidade,

contrariando os princípios da eficiência e da economicidade.

Na prática, o andamento desses pregões têm-se assemelhado ao das modalidades tradicionais de compras públicas (convite, tomada de preços e concorrência), cuja duração costuma ser longa.

Considerando o período de 2014 e 2015 e os tipos de objeto para os quais, entende-se, o processo de homologação de produtos e marcas seria apropriado, foram pouquíssimos os casos em que solicitadas amostras/laudos a sessão de disputa do pregão tenha tido uma duração razoável. Por hipótese, considere-se como duração razoável o prazo inferior a 10 dias corridos⁴.

Quadro 2: Pregões com duração inferior a 10 dias no período de 2014 a 2015

Pregão/Ano	Processo	Duração aproximada
8/2014	5795-0300/13-0	6 dias corridos
18/2014	7579-0300/13-5	7 dias corridos
133/2014	4782-0300/14-0	9 dias corridos
25/2015	43-0300/15-8	8 dias corridos
27/2015	935-0300/15-5	7 dias corridos
65/2015	3048-0300/15-3	2 dias corridos
80/2015	3449-0300/15-9	Encerrou-se na data de abertura
93/2015	4424-0300/15-9	Encerrou-se na data de abertura

Percebe-se pelo número reduzido de pregões que o padrão é que havendo a necessidade de apresentação de amostras/laudos, os pregões se estendam por semanas.

⁴ Ainda pode ser considerado um prazo de corte alto, mas dado o cenário geral, mostra-se aceitável.

O mais adequado é que os pregões, dada sua finalidade, sejam abertos e encerrados em poucos dias, e não que se estendam por diversas semanas, conforme já demonstrado.

Não obstante ao já exposto, há que se ressaltar que muitos outros processos de aquisição, no período aqui tratado, permaneceram abertos por períodos próximos a 30 dias. Em média, mantiveram-se abertos por 20 dias corridos.

Em 2014 foram 20 processos, e em 2015 foram 12, conforme demonstrado no Quadro 3:

Quadro 3: Pregões com duração entre 10 e 30 dias no período de 2014 a 2015

Pregão/Ano	Processo	Duração aproximada
1/2014	6398-0300/13-2	22 dias corridos
23/2014	7358-0300/13-2	23 dias corridos
31/2014	724-0300/14-6	22 dias corridos
51/2014	1188-0300/14-6	19 dias corridos
59/2014	1131-0300/14-8	20 dias corridos*
60/2014	1996-0300/14-8	21 dias corridos
67/2014	2053-0300/14-6	23 dias corridos
85/2014	3016-0300/14-4	17 dias corridos
91/2014	3452-0300/14-3	21 dias corridos
97/2014	3545-0300/14-8	13 dias corridos
144/2014	5243-0300/14-2	14 dias corridos
148/2014	5094-0300/14-8	22 dias corridos
152/2014	5581-0300/14-9	28 dias corridos
161/2014	4624-0300/14-7	11 dias corridos

162/2014	5721-0300/14-4	30 dias corridos
164/2014	5951-0300/14-6	24 dias corridos
167/2014	6162-0300/14-2	13 dias corridos
180/2014	5720-0300/14-1	30 dias corridos
185/2014	7286-0300/14-2	23 dias corridos
186/2014	7057-0300/14-3	25 dias corridos
3/2015	7618-0300/14-8	10 dias corridos
21/2015	745-0300/15-0	19 dias corridos
22/2015	41-0300/15-2	29 dias corridos
43/2015	1316-0300/15-2	23 dias corridos
54/2015	1356-0300/15-0	21 dias corridos
69/2015	3178-0300/15-7	21 dias corridos
101/2015	4902-0300/15-0	21 dias corridos
117/2015	5595-0300/15-0	21 dias corridos
120/2015	5560-0300/15-0	15 dias corridos*
123/2015	5597-0300/15-5	14 dias corridos
134/2015	6268-0300/15-5	12 dias corridos
158/2015	6779-0300/15-0	17 dias corridos

* Prazo contado até a data de abertura da fase recursal.

A partir do escopo inicialmente definido para a utilização da ferramenta de homologação de produtos e marcas, qual seja, pregões realizados que exigiram apresentação de amstras/laudos, cujos objetos trataram da aquisição de materiais de expediente, materiais de higiene, cartuchos, café, materiais elétricos e hidráulicos, luminárias e lâmpadas, insumos gráfi-

cos e mobiliário corporativo, verificou-se que dos 67 processos analisados, cinquenta e oito (86,57%) tiveram prazos entre 10 e 116 dias corridos, oito deles (11,94%) tiveram prazos inferiores a 10 dias e um (1,49%) teve prazo de 247 dias.

Em análise mais detalhada, compilando as informações dos 675 pregões até aqui analisados, obtém-se o Quadro 4 a seguir:

Quadro 4: Número de pregões por intervalo de tempo

Prazo em dias corridos	Número de pregões	Percentual
1 — 10	8	11,94%
10 — 20	12	17,91%
20 — 30	18	26,87%
30 — 40	7	10,45%
40 — 50	4	5,97%
50 — 60	5	7,46%
60 — 70	3	4,48%
70 — 80	7	10,45%
80 — 90	0	0%
90 — 100	0	0%
100 — 110	1	1,49%
110 — 120	1	1,49%
⋮	⋮	⋮
240 — 250	1	1,49%
Total	67	100%

Percebe-se que a maior concentração de pregões está na faixa de 20 a 29 dias, com 26,87% do total. Se somarmos a

esses os pregões com duração na faixa de 10 a 20 dias, teremos 44,78% do total. E se incluirmos, ainda, a faixa de 30 a 40 dias, teremos 55,23% do total dos 67 pregões analisados. Ou seja, mais de metade dos pregões teve duração entre 10 e 40 dias.

Na faixa de 40 a 80 dias, tivemos um percentual acumulado de 28,36%, o que equivale a quase 1/3 do total de pregões analisados no período de 2014 a 2015.

Por fim, somando-se todos os pregões da faixa de 10 a 80 dias, teremos 83,58% do total, número bastante expressivo e representativo do que vem ocorrendo com processos de aquisição que exigem a apresentação de amostras/laudos.

Lembrando, para que não se perca a dimensão do que se está discutindo, que os períodos de tempo apurados representam apenas uma fração do tempo de duração de um processo de aquisição, no caso, o período compreendido entre a data da abertura da sessão de disputa de lances e a adjudicação do objeto ao vencedor. Não se computou o tempo de tramitação interna do processo de aquisição (que envolve todo o planejamento da compra: definição e descrição do objeto, elaboração do termo de referência, pesquisa de preços, reserva de verba, autorização da autoridade responsável, elaboração da minuta de edital, análise e parecer pela assessoria jurídica etc.), tampouco o período legal de 8 dias úteis para apresentação de propostas (inciso V do art. 4º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), muito menos ainda prazos recursais e prazos para as devidas publicações legais. Ou seja, eliminou-se todos os períodos de tempo que pudessem macular a análise, ficando esta centrada no período que se inicia com a abertura da sessão de disputa de lances e se estende até a adjudicação do objeto ao vencedor.

Cabe ainda destacar que, no período de 2014 a 2015,

foram realizados outros pregões que também poderiam ter-se beneficiado da ferramenta de homologação, caso essa existisse, conforme demonstrado no Quadro 5, mas que não entraram no levantamento anterior porque não exigiam amostras/laudos.

Notadamente para aquisição de lâmpadas, luminárias e reatores, esses pregões (nove ao todo) apresentaram lotes fracassados e/ou desertos, ora em razão de propostas de preços superiores aos preços estimados, ora em decorrência de dificuldades das empresas participantes em ofertar produtos com as características técnicas definidas em edital, o que acarretou sucessivas desclassificações.

Acredita-se que esses problemas seriam mitigados caso houvesse uma relação de produtos previamente aprovados que servisse de balizador aos participantes.

Quadro 5: Processos passíveis de utilização da homologação de produtos e marcas

Pregão/Ano	Processo
69/2014	776-0300/14-0
82/2014	6388-0300/13-0
126/2014	3903-0300/14-8
154/2014	5722-0300/14-7
179/2014	6148-0300/14-5
63/2015	1703-0300/15-5
66/2015	2663-0300/15-5
147/2015	6569-0300/15-2
148/2015	6568-0300/15-2

Somando-se esses nove aos outros 67, teríamos 76 processos. Ao analisar esse número na perspectiva do total de preções realizados em 2014 e 2015 – 345 no total sendo 187 em 2014 e 158 em 2015 –, verifica-se que representam 22%, pouco mais de 1/5 do total. Porém, esses 22% representam 100% de todos os processos para os quais seria possível aplicar a homologação de produtos e marcas.

4 SOLUÇÃO PROPOSTA

No contexto da Administração Pública, a homologação é um procedimento prévio à licitação, no qual uma série de produtos e marcas é avaliada a partir de critérios objetivos com o intuito de averiguar quais deles são capazes de atender às características técnicas e aos critérios de qualidade exigidos pelo Poder Público. Realizada a avaliação, elabora-se documento contendo a relação completa dos produtos e marcas homologados, que fará parte das futuras licitações, de modo que todos os licitantes que os consignarem em suas propostas ficam automaticamente dispensados da apresentação de amostras. Dessa forma, a homologação consiste em análise prévia de amostras que se dá em momento anterior à realização do certame licitatório propriamente dito (ZÊNITE, 2014).

Chaves (2015, p. 14), por sua vez, propõe que “a partir da realização de ensaios e testes de amostras adquiridas ou recebidas de interessados” (fabricantes, representantes comerciais, distribuidores), “respeitados os princípios da isonomia, publicidade, ampla defesa e contraditório”, é possível estabelecer “padrão mínimo de desempenho e qualidade aceitável”

e, como base nesse padrão, “pesquisar o mercado de modo a identificar as marcas que o atendem para fins de balizamento das aquisições futuras”.

De forma a ilustrar o modelo proposto, apresenta um exemplo prático que consiste na aquisição de cartuchos de tinta:

Um órgão público, desejando garantir a qualidade mínima aceitável nas compras de cartuchos de tinta, instaura procedimento de padronização e, após realizar ensaios técnicos, chega à conclusão de que, dentre os cartuchos compatíveis disponíveis no mercado, o desempenho mínimo aceitável, considerando a relação custo-benefício, seria de um mínimo de 3.500 laudas impressas em modo rascunho como rendimento. A partir desse resultado, a Administração formaria uma relação daquelas marcas as quais, segundo exame das respectivas amostras, atendem ao padrão previamente estabelecido. (CHAVES, 2015, p. 14).

De posse da relação das marcas que possuem desempenho mínimo aceitável, a Administração estabeleceria uma relação de marcas pré-qualificadas e a incluiria nas licitações destinadas à aquisição de cartuchos.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (2000, s/p) argumenta que “para compras em larga escala de um determinado material”, seria possível ao órgão interessado:

- a) Convocar, por edital, todos os fornecedores de determinado produto para se pré-qualificarem visando a uma futura licitação sob pena de não serem considerados os produtos ofertados não pré-qualificados;
- b) Em seguida, solicitar aos fornecedores que apresentassem amostras do produto;
- c) Com base nos requisitos previstos no edital, promover uma avaliação dos produtos;
- d) À vista dessa avaliação, selecionar, então, uma ou vá-

rias marcas que considera de desempenho satisfatório.

Diante do exposto, propõem-se ao TJ-RS um processo de homologação de produtos e marcas nos seguintes moldes:

- a. definição do produto a ser homologado, a partir da descrição detalhada das suas características;
- b. definição do tipo de documentação técnica que deverá acompanhar as amostras (laudos, certificados etc.);
- c. descrição dos critérios de análise das amostras;
- d. definição dos prazos para envio das amostras pelas interessadas e de divulgação de cronograma para análise das amostras;
- e. condições de participação e de impedimento à participação;
- f. regras para participação nas sessões de análise das amostras e para interposição de recursos;
- g. Cadastro de Produtos Homologados, com validade de 12 (doze) meses, prorrogável por igual período, a critério da Administração.

5 VANTAGENS DIRETAS E INDIRETAS DA HOMOLOGAÇÃO

Pensando-se no contexto do TJ-RS, as vantagens tanto diretas quanto indiretas da homologação de produtos e marcas, além das citadas ao longo texto e da própria redução no tempo de duração da fase de disputa de cada pregão, seriam:

- a. ampliação do número de produtos e de fornecedores

capazes de atender às necessidades deste Tribunal e maior conhecimento do mercado local/regional;

- b. possibilidade de substituição de produtos atualmente adquiridos por outros similares, com melhor relação de custo/benefício;
- c. eliminação prévia de produtos que, em condições normais, seriam submetidos à análise durante o pregão e o fariam se estender no tempo;
- d. estabelecimento de critérios apurados para o julgamento da qualidade dos produtos adquiridos, haja vista a realização dos testes fora do contexto de disputa dos pregões e com critérios previamente definidos à análise, o que atualmente ocorre em poucos casos;
- e. sinalização às empresas que formam o mercado local/regional acerca dos padrões de qualidade esperados pelo TJ-RS em suas aquisições;
- f. redução expressiva no número de itens/lotes fracassados a cada pregão, que, além de redundarem em novos gastos para serem adquiridos visto que uma nova licitação deverá ser realizada, frustram as expectativas de setores/departamentos que contavam com os produtos para realização das suas atividades;
- h. facilidade de obtenção de preços com o mercado para formação do preço de referência adotado pelo TJ-RS em cada aquisição. Dessa forma, a pesquisa tornar-se-á mais confiável;
- i. previsibilidade no processo de compras para volume expressivo de produtos, notadamente aqueles para os quais demandam-se maiores quantidades e que se realizam com maior frequência, uma vez que a quali-

- dade já será conhecida de antemão;
- j. manutenção do interesse das empresas em participar da disputa, contrariamente ao que ocorre à medida que a licitação se prolonga no tempo;
 - k. possibilidade de se planejar um cronograma de compras no qual a fase externa da licitação, pelo menos tratando-se dos pregões eletrônicos, tenha duração razoável e minimamente previsível sem que se estenda por várias semanas ou mesmo meses;
 - l. redução nos custos para realização de cada licitação, pelo fato, por si só evidente, de que uma quantidade menor de horas dedicada a cada processo de aquisição, de cada um dos departamentos nele envolvidos, reduz o valor do processo como um todo.

A homologação poderá ainda proporcionar a diminuição na variedade de produtos adquiridos pelo TJ-RS, à medida que permita uma análise detalhada dos estoques existentes e da real necessidade da aquisição de materiais de baixa, ou até mesmo, insignificante demanda, quando comparados aos demais, proporcionando melhoria na gestão de materiais e redução de custos com a manutenção de estoques.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adequada utilização da homologação de produtos e marcas é uma excelente oportunidade para revisão de processos de trabalho, traduzindo-se na aplicação concreta do princípio da eficiência na Administração Pública. Isto é, trata-se da

racionalização de atividades que impactam diretamente nas aquisições públicas do TJ-RS, notadamente aquelas de maior ocorrência e que movimentam maior volume de produtos. Sua adoção, espera-se, beneficiará todas as áreas envolvidas no processo de compras, tornando-o mais célere, efetivo e barato, e ainda possibilitará a melhoria na gestão da cadeia de suprimentos, permitindo inclusive que outros processos, atrelados àquele, sejam revistos e modificados. Ademais, trata-se de uma proposta de mudança significativa, capaz de trazer resultados consistentes e duradouros à Administração.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 jul. 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/2d8Dow4>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

_____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

CHAVES, L. C. A. A pré-qualificação de marcas como ferramenta

de garantia de qualidade nas compras públicas. **Revista JML de licitações e contratos**, Paraná, v. 9, n. 36, p. 11-19, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/2nbP6bu>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

FERNANDES, J. U. J. A qualidade na lei de licitações: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, n. 38, ano 5, jan. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/429>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

FILHO, M. J. **Pregão**: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOURA, L. R. **Gestão do relacionamento com fornecedores**: análise da eficácia de programa para desenvolvimento e qualificação de fornecedores para grandes empresas. 2009. 386 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, F. F. et al. Homologando fornecedores: uma estratégia competitiva nas organizações. In: SIMPÓSIO DE EXCELÊNCIA EM GESTÃO E TECNOLOGIA, 11., 2014. Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: Associação Educacional Dom Bosco, 2014.

REVISTA ZÊNITE. Marca. Homologação. Possibilidade. **Revista Zênite**, Curitiba, n. 246, ago. 2014.

SANTANA, J. E. **Pregão presencial e eletrônico**: sistema de registro de preços. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SANTIN, M. R.; CAVALCANTI, O. A. Qualificação de fornecedores na indústria farmacêutica. **Infarma**, Brasília, v. 16, n.

11-12, p. 45-49, 2004.

SOUZA, R. C. **Proposta de homologação e qualificação de transportadoras**: um estudo de caso. 2012. 46 f. Monografia (Especialização em Gestão Empresarial) – Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2012.

TORRES, M. D. F. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

Lei de Responsabilidade Fiscal: Observância dos Limites de Gastos com Pessoal no Poder Executivo dos Estados da Região Nordeste de 2013 a 2015, Período de Início da Recessão Econômica Brasileira

Fiscal Responsibility Law: Observance of the Limits of Personnel Expenses in the Executive Branch of the States of the Northeast in the Years from 2013 to 2015, the Beginning of the Brazilian Economic Recession

Juliana Almeida Costa¹
Wescley Soares Silva²

RESUMO

Considerando a representatividade dos gastos com pessoal nos orçamentos dos entes públicos, bem como o início de período de recessão econômica e consequente crise fiscal vivenciada pelo país, este estudo tem como objetivo analisar o cumprimento dos limites de gastos com pessoal no Poder Executivo dos estados

¹ Pós-Graduada (lato sensu) em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal, pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Graduada em Ciências Contábeis, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Técnica em Contabilidade do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFCE). E-mail: almeidac.ju@gmail.com

² Mestrando em Economia do Setor Público, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Gestão Pública Municipal, pela Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro – Brasileira (UNILAB). Graduado em Ciências Contábeis, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Auditor de Controle Interno da Controladoria e Ouvidoria Geral do Estado do Ceará (CGE). E-mail: wescleyssilva@gmail.com

da região Nordeste à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal, no período de 2013 a 2015. Para tanto, realizou-se uma análise descritiva, com abordagem qualitativa dos dados. A coleta de dados foi realizada com base nos Relatórios de Gestão Fiscal do último quadrimestre do exercício. Os resultados demonstraram que: (i) o declínio do Produto Interno Bruto influenciou negativamente a Receita Corrente Líquida entre 2014 e 2015, reduzindo a base de cálculo para apuração dos índices estaduais; (ii) a despesa total com pessoal cresceu em percentuais maiores que a Receita Corrente Líquida, entre 2013 e 2014, já entre 2014 e 2015 a Receita Corrente Líquida diminuiu em patamares maiores do que os dispêndios com pessoal, corroborando o aumento dos índices; (iii) a maioria dos estados obedeceu ao limite máximo fixado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, inclusive no período de redução da Receita Corrente Líquida. Contudo, apresentaram dificuldades quanto à obediência ao limite de alerta e ao prudencial. Conclui-se que a observância aos limites de gastos com pessoal estipulados pela Lei de Responsabilidade Fiscal para o Executivo estadual é prejudicada em períodos de menor arrecadação.

Palavras-Chave: Gastos com pessoal. Lei de Responsabilidade Fiscal. Poder Executivo. Recessão econômica. Receita Corrente Líquida.

ABSTRACT

Considering the representativeness of personnel expenditures in the budgets of public entities, as well as the beginning of the period of economic recession and the consequent fiscal crisis experienced by the country, this study aims to analyze compliance with the limits of personnel expenses in the Executive Branch of the states of the Northeast region based on the Fiscal Responsibility Law, in the period from 2013 to 2015. For this purpose, a descriptive analysis was conducted, with a qualitati-

ve approach to the data. Data collection was carried out based on the Fiscal Management Reports of the last four months of the year. The results showed that: (i) the decline of the Gross Domestic Product negatively influenced the Net Current Revenue between 2014 and 2015, reducing the calculation basis for the state indices; (ii) total staff expenditure increased by more than Net Current Revenue, between 2013 and 2014, and between 2014 and 2015, Net Current Revenue decreased by more than personnel expenses, corroborating the increase in indices; (iii) most of the states obeyed the maximum limit set by the Fiscal Responsibility Law, including in the reduction period of the Net Current Revenue. However, they presented difficulties in complying with the alert and prudential limits. It is concluded that compliance with the limits of personnel expenses stipulated by the Fiscal Responsibility Law for the state government is impaired in periods of lower collection.

Keywords: Personnel Expenses. Fiscal Responsibility Law. Executive Branch. Economic Recession. Net Current Income.

1 INTRODUÇÃO

Os gastos do setor público vêm sendo motivo de constantes preocupações por parte dos governos e da sociedade, especialmente as despesas com pessoal, pois representam parcela significativa nos orçamentos públicos.

Nesse cenário, almeja-se maior eficiência e eficácia na gestão pública, com o objetivo de tornar o Estado mais produtivo e eficiente, controlando os gastos e conferindo maior transparência na aplicação dos recursos públicos (MARTINS; MARQUES, 2013).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), promulgada em 2000, trouxe inovação nos padrões de gestão na administração pública, forçando o combate de costumes antes praticados na sociedade como o nepotismo e outras práticas corruptas adotadas de forma indiscriminadas (VESELY, 2011).

Essa normativa tem como princípios básicos o controle, o planejamento, a responsabilização e a transparência. Princípios estes que exigem do gestor público uma administração pública pautada na eficiência da prestação dos serviços públicos. Segundo Pelegrini (2013), a LRF procurou sanar as deficiências no controle das contas públicas, baseando-se na responsabilidade com os gastos públicos, definida como gestão fiscal.

Nesse contexto, a LRF estabeleceu regras, limites e controles para uma ação planejada, preventiva e transparente tanto no que diz respeito à instituição, arrecadação e renúncia de receitas como na geração de despesas e endividamento público, nos três níveis de governos.

Uma das obrigações trazidas pela lei foi o controle dos gastos com pessoal, sendo estabelecidos limites em relação à Receita Corrente Líquida, de cada ente político, e seus respectivos Poderes.

De acordo com Mendes (2015), há uma constante preocupação que excessivos gastos com pessoal possam comprometer toda a receita, prejudicando o atendimento de outras demandas como saúde e educação. Para Gadelha (2011), as despesas com pessoal, dada sua elevada rigidez, tendem a se manterem constantes ou crescentes, enquanto o fluxo das receitas é afetado pelo ciclo econômico.

No Brasil, um dos indicadores econômicos utilizados é o Produto Interno Bruto (PIB), o qual consiste na soma de todos

os bens e serviços produzidos no país. De acordo com os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o PIB cresceu 2,7% em 2013, ficou estagnado em 2014 com ligeira expansão de 0,01% e declinou 3,8% em 2015, indicando um cenário de retração econômica.

Considerando que os gastos com pessoal são representativos no total da despesa pública e que em períodos de crise econômica os recursos são mais restritos, este estudo parte do seguinte questionamento: o Poder Executivo dos estados da região Nordeste cumpriu os limites de gastos com pessoal previstos nos termos da LRF no período de 2013 a 2015? Para tanto, foram analisados os Relatórios de Gestão Fiscal referentes ao último quadrimestre do período de 2013 a 2015, dos estados da região Nordeste, especificamente: Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia.

Este estudo se justifica pelo cenário de recessão econômica vivenciada pelo país, que vem gerando desequilíbrio nas contas públicas em vários estados da federação, por exemplo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, tendo como consequência a falta de recursos para honrar compromissos decorrentes da folha de pagamento de pessoal.

Cabe destacar que este estudo foi aplicado ao Poder Executivo dos estados do Nordeste, haja vista esse poder ser detentor da maior parcela do orçamento e da despesa com pessoal. Por sua vez, a região Nordeste detém o maior número de estados da federação, com relevante participação no PIB nacional. Além disso, os pesquisadores são residentes da região objeto do estudo, o que instiga estudar o contexto regional onde estão inseridos de modo a contribuir para um maior conhecimento da realidade local.

Dessa forma, a estrutura do artigo consiste, inicialmente, em uma revisão da literatura que retrata o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, assim como a abordagem das despesas de pessoal na LRF. Na sequência, descreve-se a metodologia e os resultados da pesquisa. Por fim, são expostas as conclusões, as limitações da pesquisa, assim como sugestões para pesquisas futuras.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 Advento da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Constituição Federal de 1988 trouxe avanços no que tange às finanças públicas, no Brasil, como a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e regras rígidas na contratação de operações de crédito. Também estabeleceu a obrigatoriedade da edição de lei complementar para tratar das finanças públicas no país (VESELY, 2011).

Até então o Brasil carecia de maior fiscalização e controle preventivo mais eficiente e eficaz das contas públicas. Era comum verificar o emprego de recursos públicos sem responsabilidade dos gestores, que administravam a coisa pública como se fosse seu próprio patrimônio. Além disso, a sociedade tinha déficits elevados, dívida pública crescente, renegociações recorrentes de dívidas com a União e instabilidade econômica avassaladora, os investidores questionavam a capacidade de o Brasil honrar suas dívidas, o que afetava fortemente a entrada de capital externo (VESELY, 2011).

Contudo, somente após mais de uma década foi editada a

Lei Complementar 101/2000 que trata sobre finanças públicas, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Sua promulgação ocorreu seguida ao episódio da crise de endividamento dos estados brasileiros, que culminou, em 1997, no refinanciamento das dívidas de 25 estados da federação pelo Governo Federal. Nesse período, além dos recorrentes déficits, os estados apresentavam um histórico de gastos com pessoal bastante elevado, equivalendo em média a 79,1% da receita corrente líquida em 1995 e 65,4% em 1996 (GIUBERTI, 2005).

Conforme exposto por Mendes (2005), a LRF é considerada por diversos estudiosos como marco no tocante às finanças públicas, pois vem disciplinar a responsabilidade na gestão dos recursos públicos nos três poderes e em todos os entes do governo, isto é, na União, nos Estados e nos Municípios. Já na concepção de Silva (2001), a LRF representa uma ferramenta eficaz no auxílio à gestão dos recursos públicos, haja vista consubstanciar-se em regras claras e precisas, as quais deverão ser aplicadas por todos os gestores de recursos públicos. E Fioravante, Pinheiro e Vieira (2006) complementam que um dos principais objetivos da LRF é o controle de gastos e endividamento excessivo por parte dos governos subnacionais, isto é, dos estados e municípios.

Dentre as questões abordadas pela LRF, os limites de gastos com pessoal é um dos mais representativos na análise dos gastos públicos, e atua diretamente no sentido de conter déficits e acumulação de dívidas (ROGERS; SENA, 2007). Dessa forma, a seguir, é realizada uma análise dos dispositivos da LRF no tocante às despesas com pessoal.

2.2 Despesas com pessoal na LRF

De acordo com o disposto no artigo 18 da LRF, o valor total do gasto com pessoal é composto por:

O somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

Tendo em vista a representatividade desses gastos, a Lei fixou limites gerais e específicos para as despesas com pessoal, isto é, limites de gastos para o ente federativo como um todo. Giuberti (2005) destaca que a imposição de limites para os gastos com pessoal está atrelada ao fato deste ser o item de despesa corrente mais significativo e apresentar um histórico elevado por um extenso período, principalmente no caso dos estados brasileiros. Nunes (2002), por sua vez, afirma que a definição de limites para os gastos com pessoal deve-se primordialmente a necessidade de manter o setor público com os recursos necessários ao atendimento das demandas sociais, bem como para a manutenção de suas atividades.

Nesse cenário, as despesas com pessoal, por esfera de governo, não devem ultrapassar os limites impostos pela LRF, sendo 50% da receita corrente líquida (RCL) para União e 60% da RCL para Estados e Municípios, conforme exposto na Tabela 1.

Tabela 1: Limites da LRF com gastos de pessoal por esfera de governo.

Esfera de governo	% da RCL
União	50%
Estado	60%
Município	60%

Fonte: Elaboração dos autores, com base na LRF.

Para o cálculo dos limites da LRF referente aos gastos com pessoal, faz-se necessário a compreensão do conceito de Receita Corrente Líquida, o qual consiste na soma das receitas tributárias, patrimoniais, industriais, agropecuárias, de serviços, transferências correntes e outras receitas também correntes, sendo deduzidas nos estados as parcelas entregues aos municípios por determinação constitucional, assim como a contribuição dos servidores públicos para o custeio de seu sistema de previdência e assistência social, e as receitas provenientes da compensação financeira entre os diversos regimes de Previdência (BRASIL, 2000).

Conforme Alves, Freitas e Oliveira (2015), de forma simples a RCL representa os recursos arrecadados livres disponíveis para aplicação em diversas ações governamentais pelos gestores públicos.

Na esfera estadual, objeto deste estudo, o limite de 60% da RCL é partilhado entre o Poder Executivo, o Poder Legislativo, incluído o Tribunal de Contas do Estado, o Poder Judiciário e o Ministério Público, conforme ilustrado na Tabela 2. Ressalta-se que nos estados que possuem Tribunal de Contas dos Municípios, o limite do Poder Executivo será reduzido em 0,4% e o limite do Poder Legislativo será acrescido no mesmo percentual.

Tabela 2: Limites da LRF com gastos de pessoal na esfera estadual.

Poder	% da RCL
Poder Executivo	49%
Poder Legislativo (incluído o Tribunal de Contas do Estado)	3%
Poder Judiciário	6%
Ministério Público	2%
Limite Total – Esfera Estadual	60%

Fonte: Elaborado pelos autores, com base na LRF.

Observação: Nos estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, o percentual do Executivo será de 48,6% e do Legislativo será de 3,4%.

Dalmonech, Teixeira e Sant’Anna (2011) discorrem que ao estabelecer o limite máximo imposto para as despesas líquidas com pessoal do Poder Executivo, a LRF não considerou o fato de os estados brasileiros serem heterogêneos. Para os autores, a lei segregou os estados em dois grupos: um grupo penalizado composto pelos estados de maior crescimento econômico ao qual foi estabelecida a redução das despesas com pessoal; e outro grupo não penalizado formado pelos estados com menor crescimento econômico, ao qual foi permitido gastar acima do que realmente necessitam.

A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos para as despesas com pessoal é efetuada ao final de cada quadrimestre. A LRF estipula que compete aos Tribunais de Contas verificar o cálculo dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder ou órgão e alertá-los quando observar que o montante da despesa total com pessoal ultrapassar 90% do limite.

Considerando que os gastos de pessoal são de difícil re-

dução devido à sua rigidez, no intuito de não exceder o limite máximo definido, a LRF estabelece ainda limite prudencial de 95%. Se a despesa total com pessoal ultrapassar o limite prudencial, os gastos com pessoal passam a sofrer restrições no sentido de evitar exceder o limite geral, mais especificamente: vedação de concessão de vantagens e reajustes que configurem aumento real; criação de cargos, empregos e funções; alteração de estrutura de carreira que proporcione aumento da despesa; provimento de cargos públicos; e contratação de horas extras (CORBARI, 2008).

A Tabela 3 demonstra o limite de alerta e o limite prudencial em termos percentuais, para o Poder Executivo Estadual, foco deste estudo:

Tabela 3: Limites de alerta e prudencial.

Poder Executivo Estadual	% da RCL
Limite de alerta	44,10%
Limite prudencial	46,55%
Limite máximo	49%

Fonte: Elaborado pelos autores, com base na LRF.

Observação: Nos estados em que houver Tribunal de Contas dos Municípios, o limite de alerta será de 43,74%, o limite prudencial será de 46,17% e o limite máximo será de 48,6%.

Caso os estados ultrapassem o valor estabelecido, compete ao gestor tomar providências para enquadrar sua folha de pagamento nos parâmetros da LRF, uma vez que o percentual excedente terá de ser eliminado nos dois quadrimestres subsequentes, sendo pelo menos um terço no primeiro (BRASIL, 2000).

Para tanto, deverá reduzir em pelo menos 20% as despesas com cargos comissionados e funções de confiança, exoneração de servidores não estáveis e, se necessário, exoneração de servidor estável, consoante o disposto nos parágrafos 3º e 4º da CF/88.

Por fim, cabe salientar que não alcançada a redução no prazo estabelecido e enquanto perdurar o excesso o ente não poderá: receber transferências voluntárias, ressalvadas as destinadas à saúde, à educação e à assistência social; obter garantia direta ou indireta do outro ente; e contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal, conforme dispõem o artigo 23, § 3º, e o artigo 25, § 3º, ambos da referida lei fiscal.

3 METODOLOGIA

O delineamento desta pesquisa se deu em função do objetivo, da abordagem do problema e dos procedimentos. Este estudo se enquadra como pesquisa descritiva quanto aos objetivos, na medida em que visa identificar e obter informações sobre as características de um problema específico (COLLIS; HUSSEY, 2005), mais especificamente a observância aos limites de gastos com pessoal à luz da LRF pelo Poder Executivo dos estados da região Nordeste.

Quanto à abordagem, a pesquisa se caracteriza como qualitativa, pois não utiliza instrumento estatístico na análise dos dados, o pesquisador é o instrumento chave na coleta direta dos dados (ZANELLA, 2012 apud RICHARDSON et al., 2007).

No que tange aos procedimentos adotou-se a pesquisa

documental e a pesquisa bibliográfica. Documental por utilizar dados e materiais não editados (MARTINS; THEÓPHILO, 2009) e bibliográfica por utilizar materiais já elaborados como livros, revistas, trabalhos científicos (GIL, 2010).

Dessa forma, este estudo utilizou no seu desenvolvimento a pesquisa bibliográfica para levantamento de livros e trabalhos científicos que tratam sobre o mesmo tema da pesquisa; e a pesquisa documental para levantamento dos normativos que tratam sobre finanças públicas no Brasil, especialmente no que se refere aos gastos de pessoal, bem como consulta aos Relatórios de Gestão Fiscal.

A população do estudo reúne os nove estados integrantes da região Nordeste, mais especificamente: Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia. Foi considerada a região Nordeste, em virtude de ser a região do Brasil que possui o maior número de estados, assim como abrange um quarto da população nacional, conforme o Censo de 2010. Destaca-se também que o PIB da região representou 13,5% do PIB nacional em 2013, segundo o IBGE. Ademais, diante do contexto de retração econômica do país, verificada principalmente no período entre 2014 e 2015, faz-se necessário analisar seus reflexos a nível regional, haja vista os distintos aspectos econômicos das regiões brasileiras.

A escolha do Poder Executivo se deu por ser o poder responsável pela arrecadação dos tributos e execução das políticas públicas, além de ser o detentor da maior parte do orçamento, apresentando, portanto, o maior percentual dos gastos com pessoal da administração pública (MENDES, 2015).

A pesquisa foi realizada por meio de consulta aos Portais de Transparência e nas páginas das Secretarias da Fazenda na

internet no âmbito do Poder Executivo dos estados do Nordeste, utilizando os Relatórios de Gestão Fiscal do último quadrimestre do período de 2013 a 2015, para coleta dos dados sobre a RCL, dos gastos de pessoal e o cumprimento a seu limite. Os dados foram coletados no período de agosto de 2016.

Foram utilizados os Relatórios de Gestão Fiscal do último quadrimestre, pois englobam as despesas com pessoal relativas a todo o exercício, isto é, de janeiro a dezembro. Conforme expõem Diniz et al. (2004), a apuração dos gastos com pessoal será efetuada quadrimestralmente, consignando a despesa do mês de referência com as dos onze meses anteriores. Após apurada a despesa, ela será dividida pela receita corrente líquida contabilizada no mesmo período. Dessa relação se obterá o índice percentual a ser empregado para o confronto com os limites impostos pela LRF.

Para análise do comportamento real da receita corrente líquida e dos gastos com pessoal no período em análise, foi realizada a correção monetária dos valores por intermédio do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), o qual registra as variações de preços de matérias-primas da agropecuária e indústria, de produtos intermediários e de bens e serviços finais, considerando o primeiro e o último dia do mês de referência. O IGP-DI representa uma medida síntese da inflação nacional, sendo diretamente empregado no cálculo do PIB e das contas nacionais em geral (FGV, 2014).

Para tanto, os valores de 2013 e 2014 foram corrigidos para 2015, com base no IGP-DI acumulado do exercício. Dessa forma, permite-se a análise tanto nominal quanto real do comportamento das variáveis analisadas. A Tabela 4 apresenta os valores acumulados do IGP-DI acumulados para os exercícios

de 2014 e 2015.

Tabela 4: IGP-DI acumulado anual.

Exercício	IGP-DI acumulado anual
2015	10,67
2014	3,77

Fonte: Elaborado pelos autores, com base nos dados da FGV (2016).

Ressalta-se ainda a utilização do software Microsoft Office Excel para o auxílio do tratamento dos dados, proporcionando a melhor análise no uso de tabelas e gráficos.

4 ANÁLISE DOS RESULTADOS

Inicialmente, analisou-se o comportamento da RCL no período de 2013 a 2015, uma vez que esta é o parâmetro estipulado pela LRF para limitar os gastos com pessoal. A Tabela 5 apresenta os valores nominais e reais da RCL, assim como a variação nominal e real por estado da região Nordeste e por exercício financeiro.

Tabela 5: Evolução da RCL dos estados da região Nordeste, no período de 2013 a 2015.
Em milhões de reais.

Estado	Receita Corrente Líquida									
	Valor nominal		Variação nominal (%)		Valor real		Variação real (%)			
	2013	2014	2013/2014	2014/2015	2013	2014	2013/2014	2014/2015		
Alagoas	5.465	5.970	9,23%	6,01%	6.278	6.607	5,25%	4,22%		
Bahia	23.081	25.871	12,09%	5,17%	26.511	28.633	8,00%	4,98%		
Ceará	13.380	14.395	7,59%	5,43%	15.369	15.932	3,67%	4,74%		
Maranhão	9.139	10.153	11,09%	5,51%	10.498	11.237	7,05%	4,67%		
Paraíba	6.775	7.400	9,22%	2,84%	7.782	8.190	5,24%	7,08%		
Pernambuco	17.174	18.475	7,58%	6,35%	19.727	20.448	3,66%	3,91%		
Piauí	5.785	6.202	7,20%	6,43%	6.645	6.864	3,29%	3,84%		
Rio Grande do Norte	7.276	7.802	7,23%	2,50%	8.357	8.635	3,32%	7,39%		
Sergipe	5.524	5.982	8,29%	6,20%	6.345	6.621	4,35%	4,05%		

Fonte: Dados da pesquisa.

Observou-se que no período de 2013 a 2014, todos os estados do Nordeste apresentaram crescimento tanto nominal quanto real da RCL. Já no período de 2014 a 2015, constatou-se que os estados, de modo geral, apresentaram crescimento nominal da RCL, contudo isso não se refletiu em aumento real da receita.

Depreende-se, portanto, que a estagnação do PIB brasileiro, em 2014, e o declínio de 3,8% do PIB, em 2015, repercutiram negativamente na RCL dos estados nordestinos, reduzindo a base de cálculo para apuração dos índices de gastos com pessoal.

Posteriormente, realizou-se a análise da evolução da despesa total com pessoal no que se refere ao Poder Executivo. A Tabela 6 evidencia os valores nominais e reais das despesas com pessoal do Executivo, bem como a variação nominal e real por estado do Nordeste e por exercício financeiro.

Tabela 6: Evolução da despesa total com pessoal do Poder Executivo dos estados da região Nordeste, no período de 2013 a 2015.
 Em milhões de reais.

Estado	Despesa Total com Pessoal										
	Valor nominal			Variação nominal (%)		Valor real			Variação real (%)		
	2013	2014	2015	2013/2014	2014/2015	2013	2014	2015	2013/2014	2014/2015	
Alagoas	2.608	2.968	3.060	13,81%	3,11%	2.995	3.285	3.060	9,66%	-6,84%	
Bahia	10.465	11.765	12.953	12,42%	10,10%	12.021	13.021	12.953	8,32%	-0,53%	
Ceará	5.825	6.166	6.971	5,87%	13,05%	6.690	6.825	6.971	2,01%	2,14%	
Maranhão	3.587	3.930	4.593	9,55%	16,87%	4.120	4.349	4.593	5,56%	5,60%	
Paraíba	3.200	3.648	3.876	14,01%	6,25%	3.675	4.038	3.876	9,86%	-4,00%	
Pernambuco	7.712	8.543	9.076	10,77%	6,24%	8.858	9.455	9.076	6,74%	-4,01%	
Piauí	2.757	2.738	2.818	-0,67%	2,92%	3.167	3.031	2.818	-4,29%	-7,02%	
Rio Grande do Norte	3.555	4.166	4.201	17,19%	0,83%	4.084	4.611	4.201	12,92%	-8,90%	
Sergipe	2.692	2.872	3.038	6,66%	5,79%	3.092	3.178	3.038	2,78%	-4,42%	

Fonte: Dados da pesquisa.

Verificou-se que de 2013 a 2014 os estados aumentaram tanto de forma nominal quanto real seus dispêndios com pessoal, a exceção do estado do Piauí que apresentou uma retração real de 4,29%. Destaca-se que os estados de Alagoas, Bahia, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte elevaram seus gastos na referida rubrica em proporções maiores que a evolução da RCL no período.

No período compreendido entre 2014 e 2015, todos os estados da região exibiram crescimento nominal dos gastos com folha de pessoal. Todavia, somente Ceará e Maranhão apresentaram aumento real dessa despesa, 2,14 e 5,60%, respectivamente.

A Tabela 7 demonstra os percentuais das despesas com pessoal em relação à RCL do Poder Executivo dos estados do Nordeste, destacando os estados que ultrapassaram os limites estipulados pela LRF.

Tabela 7: Gastos com pessoal do Poder Executivo dos estados do Nordeste.

Estado	2013	2014	2015
Alagoas	47,71% **	49,71% ***	48,35% **
Bahia	45,34% *	45,48% *	47,61% **
Ceará	43,53%	42,84%	45,93% *
Maranhão	39,25%	38,70%	42,87%
Paraíba	47,23% **	49,3% ***	50,93% ***
Pernambuco	44,9% *	46,24% *	46,19% *
Piauí	47,65% **	44,15% *	42,70%
Rio Grande do Norte	48,86% **	53,4% ***	52,53% ***
Sergipe	48,74% **	48% **	47,82% **

Média regional	45,91%	46,42%	47,21%
-----------------------	---------------	---------------	---------------

Fonte: Dados da pesquisa.

- * Estados que ultrapassaram o limite de alerta
- ** Estados que ultrapassaram o limite prudencial
- *** Estados que ultrapassaram o limite máximo

O primeiro limite imposto pela LRF é o de alerta, que corresponde a 90% dos 49% da RCL, ou seja, 44,10%. Salienta-se que nos estados do Ceará e Bahia, o limite de alerta é de 43,74%, uma vez que possuem Tribunal de Contas dos Municípios. O estado da Bahia atingiu esse limite em 2013 e 2014, o Piauí em 2014 e o Ceará em 2015. Destaca-se que Pernambuco atingiu o citado limite nos três exercícios financeiros analisados. Nesse cenário, esses estados devem atentar para possíveis incrementos nos seus gastos com pessoal, haja vista a imposição de sanções legais quando da ultrapassagem do limite prudencial.

No tocante ao limite prudencial, que corresponde a 95% do limite máximo, isto é, 46,55% (regra geral) e 46,17% nos estados do Ceará e Bahia, constatou-se que em 2013, 5 dos 9 estados ultrapassaram esse limite. Em 2014, o estado de Sergipe o excedeu. Além de Sergipe, em 2015 Alagoas e Bahia também extrapolaram o limite supracitado.

Já no que tange ao limite global do Poder Executivo estadual, observou-se que em 2013 todos os estados o obedeceram. Em 2014, os estados de Alagoas, Paraíba e Rio Grande do Norte o excederam. Em 2015, Rio Grande do Norte e Paraíba permaneceram irregulares. Apesar da redução em termos reais dos gastos com pessoal no exercício de 2015, os referidos estados não conseguiram alinhar esses dispêndios com o limite

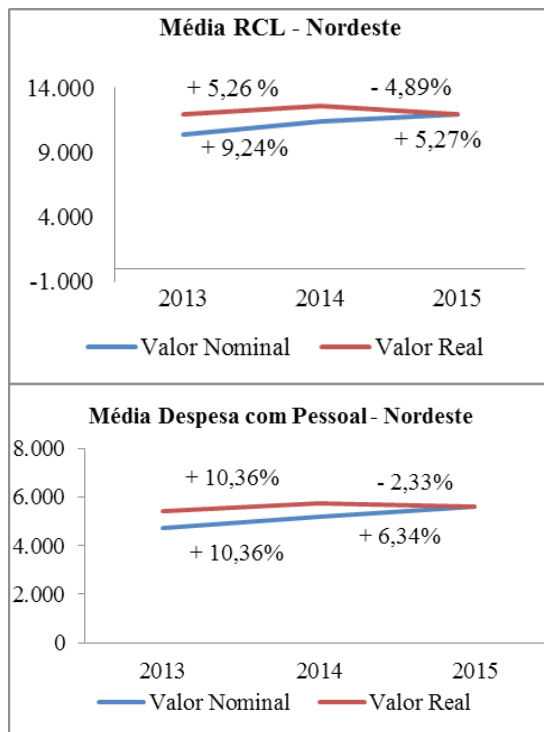
máximo estipulado na LRF, uma vez que a RCL diminuiu em percentuais maiores nesse ano.

No geral, no período em análise, o impacto da LRF sobre os gastos com pessoal foi satisfatório na medida em que a maioria dos estados (7 dos 9 analisados), mesmo com retração de sua RCL em 2015, permaneceu abaixo do limite máximo fixado em lei: 49% (regra geral) ou 48,6% nos estados que possuem Tribunais de Contas dos Municípios. Contudo, os estados nordestinos apresentaram dificuldades quanto à obediência aos limites de alerta e prudencial, inclusive entre 2013 e 2014, no qual não foi constatada redução da RCL. Nos três exercícios considerados, apenas o estado do Maranhão cumpriu todos os limites.

Quanto à média regional, conforme a Tabela 7, esta passou de 45,91% em 2013 para 47,21% em 2015. Esses números indicam o crescimento da proporção das despesas com pessoal sobre a RCL. Um dos fatores que pode ter influenciado esse aumento corresponde à retração da economia brasileira no período, refletindo na redução em termos reais da RCL dos estados do Nordeste em média de 4,89% em 2015 (Gráfico 1) e, consequentemente, na diminuição da base de cálculo dos limites com o funcionalismo público.

Da análise do Gráfico 1 constatou-se que entre 2013 e 2014, em termos reais, a despesa média com pessoal (+ 10,36%) cresceu em patamares superiores que a média da RCL (+ 5,26%). Em contrapartida, no intervalo entre 2014 e 2015 a RCL (-4,89%) diminuiu em percentuais maiores que a despesa média com pessoal (-2,33%), outro fator que pode ter corroborado para o aumento da representatividade dos gastos com folha de pagamento.

Gráfico 1: Evolução da RCL e despesa total com pessoal em milhões de reais.



Fonte: Dados da pesquisa.

Somando as despesas de pessoal de todos estados nordestinos relativas ao Poder Executivo, observou-se que essas despesas passaram em termos reais, por exemplo, de R\$ 48.698.271.435,85 em 2013 para R\$ 50.584.774.833,65 em 2015, tendo crescido 3,87%. Comparando 2015 com 2013, a RCL obteve um crescimento na ordem de 0,12%, passando de R\$ 107.501.738.191,23 em 2013 para R\$ 107.633.939.877,37 em 2015.

Nesse cenário, percebe-se que os dispositivos da LRF

não foram capazes de impedir acréscimos nos patamares dos índices estaduais. Rogers e Sena (2007) explicam que esses aumentos também estão atrelados à dificuldade em se cortar gastos dessa natureza, uma vez que a maioria dos funcionários é admitida por intermédio de concursos públicos e não pode ser demitida arbitrariamente. Acrescenta-se ainda o crescimento natural vegetativo da folha de pagamento que independe de reajustes salariais. Esse crescimento pode ter sido decorrente da contratação de novos servidores ou pode corresponder às vantagens às quais os servidores públicos têm direito (ROGERS; SENA, 2007).

Outro ponto que pode gerar aumento de gastos com pessoal é a criação indiscriminadamente de cargos de provimento em comissão sem nenhum critério técnico para fins de politização das administrações públicas, sendo nomeadas em muitos casos pessoas de relações próximas, ou que contribuíram para a eleição da autoridade nomeante (MARTINS, 2015).

Dessa forma, é necessário maior rigor no planejamento e controle por parte da gestão pública do Executivo estadual para o cumprimento dos limites referentes a gastos com pessoal, principalmente nos períodos de retração econômica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo teve por objetivo principal analisar o cumprimento dos limites de gastos com pessoal no Poder Executivo dos estados da região Nordeste à luz da Lei de Responsabilidade Fiscal no período de 2013 a 2015, haja vista a retração econômica vivenciada no país. Para tanto, a pesquisa de cunho

descritivo com abordagem qualitativa dos dados utilizou a evolução da RCL e da despesa total com pessoal, bem como os limites estipulados pela LRF para os gastos com essa rubrica em uma população que reuniu os nove estados nordestinos. Os dados foram obtidos a partir dos Relatórios de Gestão Fiscal do último quadrimestre, disponíveis nos Portais da Transparência e nas páginas na internet das Secretarias da Fazenda do Poder Executivo dos estados.

Por meio da análise do comportamento da RCL, verificou-se que no intervalo entre 2014 a 2015, os estados nordestinos, de modo geral, apresentaram retração real da receita. Infere-se, portanto, que o declínio do PIB brasileiro no período influenciou negativamente a RCL e, conseqüentemente, reduziu a base de cálculo para mensuração dos índices estaduais de gastos com pessoal.

Quanto à evolução das despesas com pessoal, em termos reais, constatou-se que entre 2013 e 2014 cresceram em média em patamares maiores que a RCL, impactando no aumento dos índices estaduais. Além disso, entre 2014 e 2015 a RCL diminuiu em percentuais maiores que os gastos com pessoal, o que também contribuiu para o aumento dos índices de gastos com essa rubrica.

Quando da análise dos limites impostos pela LRF, observou-se que no geral o impacto da LRF sobre os gastos com pessoal foi satisfatório, uma vez que a maioria dos estados obedeceu ao limite máximo fixado, inclusive no período de declínio da RCL. É importante destacar que o Poder Executivo dos estados nordestinos apresentou dificuldades quanto à obediência aos limites de alerta e prudencial. Essa inferência é corroborada ao verificar que apenas o estado do Maranhão cumpriu todos

os limites nos três exercícios analisados. Contudo, salienta-se que no período de crescimento econômico, 2013, todos os estados obedeceram ao limite máximo.

Nota-se, portanto, que a problematização da observância dos limites de gastos com pessoal é agravada em função do declínio da arrecadação fiscal nos períodos de recessão econômica, uma vez que as receitas oscilam conforme o ciclo econômico, enquanto as despesas com funcionalismo tendem a se manter constantes ou crescentes, haja vista sua elevada rigidez, refletindo-se no aumento dos índices de gastos.

Cabe ressaltar a importância deste estudo, ao apresentar o tema despesas com pessoal do Poder Executivo sob a perspectiva da LRF, considerando o período de retração econômica, em que há menor disponibilidade de recursos para alocação nas políticas públicas. Destaca-se ainda que esses achados podem contribuir para a análise da sociedade quanto a melhor alocação dos recursos públicos, pois possibilitam uma reflexão quanto ao comprometimento de parte volumosa do orçamento com pagamento de pessoal, o que pode comprometer a capacidade dos entes de investir em áreas como saúde, educação e segurança.

Constituem limitações deste estudo, dentre outras, a população constituída somente pelos estados da região Nordeste, o limitado período de análise, assim como a não utilização de ferramentas estatísticas. Assim, para futuras pesquisas sugere-se a ampliação do estudo para outras regiões do país, bem como para os municípios, onde as políticas públicas ocorrem mais próximas das pessoas. Recomenda-se ainda a ampliação do intervalo temporal de investigação e a adição de instrumentos estatísticos que possibilitem uma análise quantitativa dos dados.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A.; FREITAS, M. R. O.; OLIVEIRA, L. G. L. A análise do controle das despesas com pessoal no Poder Judiciário: um estudo aplicado aos Tribunais de Justiça de médio porte. **Revista Controle**, Ceará, v. XIII, n. 2, p. 32-58, dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 8 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2015.

_____. **Lei Complementar n. 101**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 5 set. de 2015.

COLLIS, J.; HUSSEY, R. **Pesquisa em administração**: um guia prático para os alunos de graduação e pós-graduação. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

CORBARI, E. C. **Grandes municípios brasileiros**: estrutura do endividamento e impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

DALMONECH, L. F.; TEIXEIRA, A.; SANT'ANNA, J. M. B. O impacto ex-post da Lei de Responsabilidade Fiscal nº 101/2000 nas finanças dos estados brasileiros. **Revista de Administração**

Pública, Rio de Janeiro, v. 45, n. 4, p. 173-196, jul./ago. 2011.

DINIZ, J. A. et al. Os impactos financeiros gerados pela LRF no que tange ao comprometimento das receitas correntes líquidas com despesas de pessoal. In: CONGRESSO USP DE CONTRO-LADORIA E CONTABILIDADE, 4., 2004, São Paulo. **Anais...** São Paulo: USP, 2004.

FIORAVANTE, D. G.; PINHEIRO, M. M. S.; VIEIRA, R. S. **Lei de Responsabilidade Fiscal e Finanças Públicas Municipais**: impactos sobre despesas com pessoal e endividamento. Brasília: IPEA, 2006. Texto para discussão n. 1223.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Índice Geral de Preços - Disponibilidade Interna**: Metodologia. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ZIJft2VaUK4J:portalibre.fgv.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp%3FfileId%3D8A7C82C5463DB40301465E-0DD359454D+%&cd=5&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.> Acesso em: 20 set. 2016.

GADELHA, S. R. B. Análise dos impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre a despesa de pessoal e a receita tributária nos municípios brasileiros: um estudo com modelo probit aplicado a dados em painel. **Revista Brasileira de Economia de Empresas**, Brasília, v. 11, n. 1, p. 65-77, 2011.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2010.

GIUBERTI, A. C. Lei de Responsabilidade Fiscal: efeitos sobre os gastos com pessoal dos municípios brasileiros. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 23., 2005, Rio Grande do Norte. **Anais...** Rio de Janeiro: Anpec, 2005.

MARTINS, A. A.; MARQUES, H. R. A contribuição da Lei de Responsabilidade Fiscal na gestão pública. **Revista Controle**, Ceará, v. 11, n. 1, jan./jun. 2013.

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

MARTINS, M. A. S. Cargos em comissão na administração pública: limites a sua criação e utilização indevida. **Revista Controle**, Ceará, v.13, n. 1, p. 346-370, jun. 2015.

MENDES, D. A. P. **Custos no setor público: uma análise da implantação do sistema de apuração de custos do processo eleitoral brasileiro – o caso do tribunal superior eleitoral**. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Administração e Ciências Contábeis da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

MENDES, S. **Administração financeira e orçamentária: teoria e questões**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

NUNES, S. P. P. (Org.). **Programa Nacional de Treinamento: Manual Básico de Treinamento para Municípios**. 2. ed. Brasília: MPOG; BNDES, 2002. Disponível em: <<http://www.bn->

des.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/bf_bancos/e0001704.pdf> . Acesso em: 9 jul. 2016.

RICHARDSON, R. J. et al. **Pesquisa social**: métodos e técnicas. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ROGERS, P.; SENA, L. B. Análise agregada dos municípios mineiros de grande porte quanto à adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). **Revista Contemporânea de Contabilidade**, Florianópolis, n. 8, p. 99-119, jul./dez. 2007.

PELEGRINI, S. A. Lei de Responsabilidade Fiscal e suas implicações nas esferas municipais. **Revista Controle**, Ceará, v. 11, n. 2, dez. 2013.

SILVA, M. S. Orçamento público e controle: uma primeira leitura da experiência do Fórum Popular do Orçamento do Rio de Janeiro. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, 6., 2001, Buenos Aires. **Anais...** Buenos Aires: CLAD, 2001.

VESELY, T. A. **LRF comentada**: uma década de sucesso e aprendizado da Lei da Transparência. Brasília: Gran Cursos, 2011.

A Importância do Município na Estrutura Federalista Brasileira para a Concretização de uma Democracia Participativa

The Importance of the Municipality in the Federalist Structure for the Achievement of a Brazilian Participatory Democracy

Ana Carolina Pessoa Holanda¹

RESUMO

Esta pesquisa aborda a questão da importância do município na estrutura federalista brasileira, tem por objetivo geral demonstrar a relevância desta unidade federativa como um mecanismo de concretização da democracia, tendo em vista que a proximidade do povo com o poder torna-o mais acessível ao controle e às exigências sociais. Apresentam-se como objetivos específicos: o destaque dos principais aspectos do Estado Federal, a verificação da relação entre a descentralização estatal e a democracia e análise da unidade federativa municipal em seus âmbitos histórico, conceitual e organizacional. A principal problemática levantada consiste no fato de que as atenções da sociedade concentram-se com mais intensidade nos âmbitos federal e estadual, sendo que a entidade municipal, local onde de fato as pessoas vivem e desenvolvem-se, fica relegada a último plano. O estudo de natureza qualitativa caracteriza-se como uma pesquisa do tipo descritiva, e é composta de um estudo bibliográfico no qual os dados são provenientes de livros,

¹ Advogada, bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor), especialista em Direito e Processo Constitucionais pela Unifor. E-mail: a.carolinapholanda@hotmail.com

artigos, publicações, legislações constitucionais e infraconstitucionais. Ao finalizar a pesquisa, compreende-se que a elevação do município à categoria federativa pela Constituição de 1988 intensificou a descentralização política na estrutura federal brasileira, possibilitando com a proximidade do povo com o centro de poder local o incremento da participação popular e, conseqüentemente, da própria democracia.

Palavras-Chave: Estado Federal. Descentralização. Democracia. Participação. Município.

ABSTRACT

The present research addresses the issue of the importance of the city in brazilian federal structure, aims to demonstrate the importance of this general federal unit as a mechanism for achieving democracy, considering that the proximity of the people with the power makes it more accessible to the control and social requirements. Are specific objectives: the highlight of the main aspects of the Federal State, the checking of the relationship between State decentralization and democracy and analysis of Federal municipal unit in their historical, conceptual and organizational spheres. The main issue raised is that the attention of society focus with more intensity in the federal and State spheres, municipal entity, where in fact people live and thrive, is relegated to last plan. The study, qualitative in nature, is characterized as a search of the descriptive type, and consists of a bibliographical study in which the data are derived from books, articles, publications, constitutional laws and infra-constitutional. At the end of the survey, it is understandable that the elevation of the Municipality the Federal category by the Constitution of 1988 intensified the political decentralization in brazilian federal structure, enabling, with the proximity of

the people with the local Center, the increased popular participation and, consequently, of democracy itself.

Keywords: Federal State. Decentralization. Democracy. Participation. Municipality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elevou o município à categoria de unidade federativa e em virtude dessa inovação, conferindo-lhe autonomia política, administrativa e financeira para atuar de forma independente no âmbito no qual incidem. Nessa conjuntura federalista, os entes municipais podem ser considerados os centros de poder mais importantes para a concretização da democracia, pois é nesse ambiente reduzido onde são vislumbradas as atuações governamentais, facilitando a fiscalização e as respostas estatais adequadas às demandas sociais.

Desse modo, o objetivo geral deste trabalho é demonstrar a importância da entidade municipal para a eficácia da democracia, tendo em vista que a proximidade do povo com o poder torna-o mais acessível ao controle e às exigências sociais. Para tanto, apresentam-se como objetivos específicos o destaque dos principais aspectos inerentes ao Estado Federal, a verificação da relação entre descentralização e democracia, e a análise da unidade federativa municipal em seus âmbitos histórico, conceitual e organizacional, estabelecendo uma linha de raciocínio entre esses temas a partir de um ideal de promoção de participação popular para alcançar, ao final, o objetivo geral.

O interesse por essa temática surgiu a partir da verificação de que as atenções da sociedade concentram-se com mais

intensidade nos âmbitos federal e estadual, sendo que a entidade municipal, local onde de fato as pessoas vivem e desenvolvem-se, fica relegada a último plano. Compreende-se, portanto, que o aprofundamento desse tema faz-se necessário para a construção de um arcabouço teórico sobre essa questão específica, ressaltando-se também que se considera de fundamental importância questionar os aspectos que envolvem essa matéria para despertar o interesse da sociedade acerca desse espaço político no qual pode desempenhar com mais facilidade o poder democrático do qual é titular.

Considerando a problemática central desta investigação, a abordagem qualitativa apresenta-se como a metodologia mais adequada. Em relação à metodologia, trata-se de uma pesquisa do tipo descritiva que se utiliza de uma estratégia bibliográfica para sua realização, ressaltando-se que os dados são provenientes de livros, artigos, periódicos, publicações, além de legislações constitucionais e infraconstitucionais.

Portanto, a partir da análise dos temas abordados relativos à federação, à descentralização estatal, à democracia e ao ente municipal, pretende-se conseguir demonstrar que a unidade municipal assume de fato papel relevante na estrutura federalista brasileira, como instrumento de materialização de uma democracia participativa.

2 O FEDERALISMO E O ESTADO FEDERAL

O termo “federal” advém do latim *foedus*, sendo traduzido como “ligação”, “pacto” ou “aliança”, estando, assim, o federalismo intrínseca e etimologicamente relacionado com a

formação de algo a partir da união de determinados grupos, entidades ou sociedades (SILVA, 1996, p. 280). Por isso, as teorias sobre o federalismo antecedem o próprio surgimento do Estado Federal, sendo que a partir de uma perspectiva histórica podem ser vislumbradas em Montesquieu (1999, p. 153-154), quando este idealiza uma república federativa, construída a partir de “[...] uma convenção, pela qual diversos corpos políticos concordam em se tornar cidadãos de um Estado maior, que querem formar. É uma sociedade de sociedades, as quais constituem uma nova, que pode aumentar com novos associados [...]”.

Para Franco (1958, p. 155-156), o federalismo seria uma “[...] tendência natural de organização social”, sendo objeto de estudo da ciência política, pois estaria relacionado a qualquer tipo de associação, não necessariamente estatal. Desse modo, o federalismo é antecedente e mais abrangente que o Estado Federal, pois este com sua origem oficial na Constituição dos Estados Unidos de 1787 poderia ser conceituado como uma organização política construída mediante um texto constitucional que estabelece as normas de regência estatal a partir do federalismo. A base dessa organização é um sistema de repartição de competências entre as unidades federativas, as quais são autônomas perante o ente central que as engloba (FERREIRA, 1983, p. 909).

As federações, ao lado das confederações, são espécies de Estados compostos que se caracterizam pela existência de mais de uma organização estatal detentora de poder político, as quais possuem capacidade legislativa no âmbito territorial em que atuam. A característica que as distingue é a soberania, pois nas confederações todos os organismos que as compõem são soberanos, e nas federações, os Estados que delas fazem

parte são tão-somente autônomos, pois a soberania concentra-se em um único ente, que é fruto da união das coletividades. Essa autonomia permite a existência de um pluralismo legislativo e administrativo, que possibilita aos estado-membros organizarem-se conforme as peculiaridades de suas regiões, conferindo-lhes mais liberdade e independência para a construção de uma organização particular a partir da sociedade ali inserida.

A inserção da Federação como modalidade estatal pode dar-se a partir de uma construção societária, em virtude da qual organizações soberanas e preexistentes se desvinculam de suas soberanias para a formação de única entidade que as englobe. Esse método é denominado de federalismo por agregação ou centrípeto, e é exemplificado pela federação dos Estados Unidos (PINTO, 2013, p. 121). Por outro lado, a adoção desse modelo pode ocorrer por imposição normativa, dividindo-se algo previamente unitário e conferindo autonomia às partes que surgirem para que possam gerir seus próprios interesses, havendo ainda, entre elas, um elo central que as conecta entre si. Desse modo, o federalismo será centrífugo ou por secessão, como foi o caso da República Federativa do Brasil.

2.1 Origens históricas

O federalismo surge a partir da união de determinados grupos que possuem características similares entre si, tais como, costumes, ideologia, contiguidade territorial, língua e outros, e que não conseguem satisfazer seus objetivos isoladamente, desencadeando com isso ideais de integração e unificação com a manutenção simultânea de algumas das peculiaridades inerentes a cada grupo. É possível vislumbrar estruturas organizacio-

nais baseadas nesses princípios federativos na Grécia Antiga na qual existiam diversas associações políticas e religiosas criadas a partir de alianças firmadas entre as cidades-Estado com o principal objetivo de promover a união entre elas em torno de um inimigo em comum na proteção do território que as englobava (BARACHO, 1986, p. 11).

Já o Estado Federal surgiu oficialmente com a Constituição dos Estados Unidos de 1787, quando os Estados estadunidenses, livres, independentes e soberanos, reunidos primeiramente em uma confederação para a manutenção da independência em face à coroa britânica que os colonizava, decidiram aprofundar os vínculos que os conectavam. Para tanto, criaram após a Convenção da Filadélfia, através do referido texto constitucional, uma Federação de Estados, formada por um ente central, detentor de soberania, e por entidades estatais regionais possuidoras de autonomia, indispensável na manutenção de suas particularidades e perseguição de seus próprios interesses. Modificou-se assim a condição de Estados soberanos para Estados autônomos submetidos a um único ente soberano criado a partir da associação destes. Sobre o impacto que a modificação estrutural na criação da Federação promoveu nos americanos, Wood (2013, p. 168) destaca que “[...] aos olhos de alguns, a inauguração de um novo governo federal prometia a harmonia e a estabilidade que levariam os Estados Unidos a se tornar uma grande e gloriosa nação”.

Desse modo surge o Estado Federal, criado a partir de uma experiência cotidiana dos colonos estadunidenses, que inspirados em teorias preexistentes sobre o federalismo construíram uma nova forma estatal, formada pela associação de Estados soberanos que decidiram se reunir e conferir a sobe-

rania que possuíam a um único ente central, responsável pela manutenção da união e da harmonia entre todos, sem que precisassem dispor da independência necessária na manutenção de suas particularidades regionais.

2.2 Um breve histórico do Estado Federal no Brasil

O Estado brasileiro foi criado de forma unitária em 1824, após D. Pedro I dissolver a Assembleia Constituinte e outorgar a Constituição Imperial, contrariando os anseios populares que influenciados pelos ideais federalistas estrangeiros desejavam o estabelecimento de uma descentralização política e autonomia provincial. Descontentes com essa imposição, as elites regionais aprovaram em 1834 o Ato Adicional, na Assembleia Geral, que lhes possibilitaram dirigir política e institucionalmente as províncias (DOLHNIKOFF, 2007, p. 65). No entanto, essa vitória só perdurou até 1840 quando os conservadores aprovaram uma lei de interpretação do referido ato, que diminui a autonomia provincial até então existente.

Essa retroação, somada a uma crise generalizada, enfraqueceu o Império, desencadeando a proclamação da República em 1889. Em 24 de fevereiro de 1891, a Constituição foi promulgada, estabelecendo a República como forma de governo, o Presidencialismo como sistema de governo e a Federação como forma de Estado.

Verifica-se, portanto, que a federação foi instituída no Brasil de forma diversa de como ocorreu nos Estados Unidos, pois neste a vontade federal surgiu a partir de uma experiência cotidiana de intenso regionalismo, pela qual os Estados americanos por um movimento centrípeto decidiram se reunir sob um único

centro que lhes proporcionasse mais estabilidade e harmonia. Já no Brasil, o movimento federalista foi invertido, pois se deu a partir de uma imposição normativa que dividiu o poder unitário em partes autônomas através da aplicação de uma teoria estrangeira para apaziguar os ânimos das elites regionais, uma vez que a inexistência de regiões fortemente estabilizadas não permitiu a promoção de uma verdadeira descentralização do ente central, que continuou com amplos poderes, consolidando uma tendência de concentração dos poderes estatais em uma única entidade central, que persiste até os dias atuais.

Após a Constituição de 1981, os textos constitucionais seguintes mantiveram a federação como forma de Estado, contudo, o que modificava era o modo como esta era materializada, pois ora havia uma maior centralização, como nas Constituições de 1937 e 1967, ora havia maior descentralização do poder, como nas Constituições de 1934 e 1946. Nesse sentido, Clève (1993, p. 59) ressalta que “[...] a cada golpe, a cada ditadura ou regime de exceção, morria o Estado Federal para ceder lugar a uma espécie de Estado Unitário não assumido”.

A Constituição de 1988, vigente até os dias atuais, foi resultado de um processo de redemocratização pelo qual a sociedade brasileira reivindicou liberdade, e o retorno à democracia se iniciou, nos termos de Moraes (2011, p. 137), pela “[...] participação popular, pela ativação da sociedade, na revolta silenciosa contra o caráter excludente, desmobilizador, do autoritarismo burocrático [...]”. Por isso, este texto constitucional foi elaborado com a colaboração de diversos setores da sociedade. Em relação à forma do Estado, a federação foi mantida, mas intensificou a descentralização estatal, ao elevar os municípios à categoria federativa, conferindo-lhes autonomia política, ad-

ministrativa e financeira, concretizadas por competências específicas, para perseguirem seus próprios interesses.

2.3 As principais características do Estado Federal

A partir da conceituação exposta e do histórico apresentado, destacam-se algumas características inerentes a essa modalidade estatal, tais como a profunda descentralização política e administrativa, mediante a qual o Estado é dividido em unidades federativas autônomas. A estrutura clássica, originada nos Estados Unidos, é constituída de duas esferas governamentais distintas, a União e os Estados-membros, que possuem atribuições distintas em seus respectivos âmbitos de atuação. Já no Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu uma configuração diferenciada, formada pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, que possuem competências especificadas no texto constitucional.

Em virtude dessa descentralização típica do Estado Federal, confere-se autonomia às unidades federativas, pela qual terão liberdade para deliberar sobre as competências específicas que lhes foram concedidas pelo texto constitucional federal, possibilitando-lhes organizar e legislar acerca dos interesses dos âmbitos territoriais sobre os quais incidem. Silva (2011, p. 100, grifos originais) destaca que essa característica se baseia “[...] na existência de **órgãos governamentais próprios**, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura [e] na **posse de competências exclusivas**, um mínimo, ao menos, que não seja ridiculamente reduzido [...]”.

A repartição de competências estabelecida pelo documento constitucional, decorrente da referida autonomia, representa um dos elementos fundamentais no Estado Federal, já que

ao delimitar o exercício do caráter autônomo garante que este será respeitado pelas demais entidades, uma vez que as atribuições estarão previamente estabelecidas no texto constitucional, podendo ser exercidas independentemente de autorização prévia ou posterior ratificação.

3 A RELAÇÃO ENTRE DESCENTRALIZAÇÃO ESTATAL E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

A descentralização pode ser conceituada como um mecanismo que promove a divisão das funções estatais, transferindo-as para que entidades determinadas possam exercê-las com o objetivo de, ao ampliar o alcance das decisões proferidas, tornar a prestação estatal mais eficaz e eficiente. Nesse sentido, Baracho (1985, p. 157) explica que a “[...] descentralização implica em um fenômeno de transferência e repartição de funções do Estado a uma pluralidade de entes [e que] ocorre descentralização quando o ordenamento jurídico confere, em forma regular e permanente, determinadas atribuições a certas entidades”.

É importante destacar que a descentralização pode ser vislumbrada tanto como instrumento de organização política do Estado, denominada de descentralização política, como um mecanismo de estruturação interna do Estado denominada de descentralização administrativa ou por serviços, pela qual se transfere apenas a execução destes para outras pessoas jurídicas atuarem de forma especializada.

Para este estudo, destaca-se a descentralização política mediante a qual se divide o Estado em duas ou mais entidades que poderão estabelecer regras próprias para reger o âmbito no

qual incidirão, e, ao mesmo tempo, participar da formação da vontade geral. É típica de Estados compostos, principalmente Federais, pois estes são formados pela união de duas ou mais estruturas estatais que possuem autonomia e liberdade de atuação para a perseguição de seus próprios interesses. Não é possível a incidência dessa forma de organização em Estados unitários, pois são constituídos por apenas uma única pessoa jurídica de direito público que incidirá sobre todo o território estatal.

Desse modo, verifica-se a importância de uma organização política descentralizada para a Federação, pois a partir dela é possível a existência concomitante de entidades estatais que possam estabelecer regras próprias para reger o espaço territorial no qual exercerão suas atribuições, desencadeando o exercício libertário destas de modo a atender às demandas sociais de acordo com as necessidades e particularidades locais ou regionais. De acordo com Baracho (1985, p. 157), o federalismo seria uma forma de aplicação da descentralização, pois “[...] a uma coletividade reconhece-se a competência para editar ela própria, com a cautela de respeitar o quadro de atribuições anteriormente definidas, o exercício de sua atividade normativa”. Por isso que a viabilização dessa estrutura descentralizada só é possível quando há uma distribuição constitucional das competências para os entes estatais, que serão organizadas e divididas de acordo com o interesse e o âmbito de atuação de cada entidade.

3.1 O regime democrático

“Democracia” advém do termo grego *demokratía*, composto pelo elemento *demos*, que significa “povo”, e *kratia*, que pode ser traduzido como “governo” (PIMENTA, 1982, p. 45).

Nesse sentido, a democracia pode ser conceituada como um regime político construído a partir da vontade popular. Contudo, a variabilidade do povo que manifesta essa vontade e o modo como é exercida faz que este conceito se transforme conforme o decurso temporal, podendo-se concluir que esse regime não é estático, pelo contrário, tão mutável quanto os próprios personagens que o constroem, sendo assim, fruto de um processo histórico que acompanha o desenvolvimento da vida dos indivíduos em sociedade (SILVA, 2011, p. 129).

Pode-se dizer então que o único aspecto imutável desse conceito é a proveniência do poder, que sempre se encontrará no povo. Nesse sentido, Silva (2011, p. 134-135) recorda que o décimo sexto presidente estadunidense, Abraham Lincoln, em 1863, proferiu um discurso no qual ao se referir à democracia, proclamou se tratar de um “[...] governo do povo, pelo povo e para o povo”. O desdobramento desse pronunciamento consiste em entender que o governo do povo é aquele no qual o poder é proveniente e de titularidade deste; o governo pelo povo significa que este participará da formação da vontade governamental para que a manifestação desta seja legítima; e o governo para o povo é aquele cujas decisões são proferidas e executadas visando atender aos interesses da população. Para Kelsen (1993, p. 35) o relacionamento entre o povo e a construção da ordem social é o que caracteriza a democracia, uma vez que:

a democracia, no plano da ideia, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.

Em virtude dessas premissas conceituais, a democracia rege-se por dois princípios basilares: o da soberania e o da participação popular (SILVA, 2011, p. 131). De acordo com o primeiro, o povo, além de fonte, é o único titular do poder, e por isso pode exercê-lo legitimamente para direta ou indiretamente elaborar as regras e proferir as decisões que irão organizar e reger a sociedade. Já o segundo enuncia que para o exercício legítimo do poder no regime democrático é imprescindível que a população participe efetivamente, de forma direta ou indireta, da formação da vontade estatal, para que esta seja um reflexo dos interesses conjugados daquela. Para Bonavides (2008, p. 283), a participação popular é o cerne da democracia, porque sem aquela esta é “[...] quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis”.

A igualdade e a liberdade são valores fundamentais do regime democrático, pois este é um mecanismo de materialização daqueles (SILVA, 2011, p. 131). Por isso, compreende-se a igualdade tanto formal como materialmente, pois, como conclui Ferreira (1971, p. 187), deve ser realizada “[...] não só formalmente no campo jurídico, porém estendendo a sua amplitude às demais dimensões da vida sociocultural”.

Já a liberdade está relacionada com o fato de que na democracia o povo se submeterá livremente à vontade estatal porque contribuiu intensa e ativamente para sua formação. Nesse sentido, Aristóteles (2007, p. 206) enuncia que a liberdade “[...] é o objeto de toda democracia”, e que esta se constitui no fato de que “[...] a sabedoria resida na massa do povo, e que aquilo que ele tenha decretado seja definitivamente firmado como o direito ou justo por excelência”. Em relação à indispensabilidade da li-

berdade nas democracias indiretas para a garantia da legitimidade das representações eletivas, Sartori (1994, p. 51-52) conclui que “[...] a eleição deve ser uma eleição livre. Assim como a representação sem eleitores tem pouco significado, o voto sem a livre escolha não pode resultar num governo representativo e torna-se apenas a renúncia periódica do povo à sua soberania”.

A democracia é um regime que advém da vontade popular, mas o modo como será exercida varia conforme os instrumentos escolhidos pelo próprio povo para materializar o exercício. Desse modo, quando surgiu na Grécia Antiga, a democracia era direta (ou participativa) e aqueles que eram considerados cidadãos podiam sem interlocutores exercer conjuntamente todas as funções estatais. No entanto, dada a complexidade dos Estados contemporâneos, que não se resumem mais a um pequeno espaço territorial e a uma população reduzida, desenvolveram-se outras espécies desse regime, por exemplo, a democracia indireta, mediante a qual o povo exerce o poder estatal através de representantes por ele escolhidos. Por isso, para Goyard-Fabre (2003, p. 127): “a representação é um dos parâmetros essenciais da democracia. [...] os governantes, que recebem seu mandato dos governados, devem agir em lugar deles é um dos axiomas fundamentais da democracia”.

No entanto, em virtude da imprescindibilidade da efetiva participação popular no regime democrático, desenvolveu-se a democracia semidireta, que agrega elementos de participação direta por meio de instrumentos que utilizados em conjunto com a representatividade da democracia indireta intensificam a presença do povo na construção da sociedade, possibilitando a este uma maior interação com o Estado e com aqueles que elegeram como representantes. O Brasil adotou essa espécie

democrática nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal e estabeleceu alguns mecanismos de participação direta, que podem ser exemplificados com a iniciativa popular, por meio da qual o povo pode apresentar projetos de lei ao Poder Legislativo; o referendo, que é uma espécie de consulta legislativa, mediante a qual determinada lei só será aprovada após a anuência popular; e o plebiscito, que é uma consulta prévia, pela qual se questiona a população sobre determinada matéria para que depois ser normatizada e inserida no ordenamento jurídico.

Diante do exposto, pode-se conceituar democracia como um regime político construído a partir da vontade popular que se desenvolve constantemente em virtude da mutabilidade desta e que tem como objetivo primordial atender aos interesses do povo, proporcionando a este o poder e a autonomia para influenciar e participar na construção e organização do Estado no qual está inserido, com a finalidade de materializar uma sociedade livre e sem privilégios.

3.2 A relação entre democracia na localidade e descentralização

A democracia surgiu na Grécia Antiga como forma de governo através da qual aqueles que eram considerados cidadãos interferiam diretamente nas decisões estatais, manifestando-se com liberdade e igualdade no exercício das funções de Estado. Porém, essa espécie de participação direta na formação da vontade geral só foi possível porque as cidades-Estado possuíam condições específicas que permitiram esse desenvolvimento, como nos termos de Ferreira (1971, p. 203), “[...] a pequena extensão territorial dos Estados gregos, reduzidos frequentemente às exíguas

proporções de uma cidade, e a sua reduzida população [...]”.

Contudo, dada a complexidade dos Estados contemporâneos, o exercício direto tornou-se inviável, tendo-se desenvolvido outras espécies de manifestação democrática, tais como a democracia indireta e semidireta, mas verifica-se que o surgimento da democracia nas pequenas extensões territoriais gregas possibilitou uma forte interação entre seus habitantes, que podiam deliberar, decidir e executar as funções estatais em conjunto. Com isso, demonstra-se que quanto menor o âmbito de incidência do governo, maiores são as possibilidades de concretização da democracia, no sentido de que esse fato promove e incentiva a participação da população nas decisões estatais, mesmo que essa interferência não ocorra nos moldes passados, mas apenas no sentido de facilitar o acompanhamento das atuações governamentais, controlando-as, fiscalizando-as e reivindicando as modificações que entendam ser necessárias. Sobre a importância do poder local na efetivação do espírito democrático, Tocqueville (2005, p. 71) enuncia:

[...] É na comuna que reside a força dos povos livres. As instituições comunais estão para a liberdade assim como as escolas primárias estão para a ciência: elas a colocam ao alcance do povo, fazem-no provar seu uso tranquilo e habituam-no a empregá-la. Sem instituições comunais uma nação pode-se dotar de um governo livre, mas não possui o espírito da liberdade.

Portanto, a localidade que seja titular de poder político e administrativo, com liberdade para dispor sobre suas particularidades, pode ser vislumbrada como um espaço que facilita o exercício da democracia pela sociedade, pois a aproxima do centro de poder que decidirá sobre o modo como a vida ocor-

rerá naquele ambiente, permitindo um acesso mais direto para que a população possa fiscalizar e exigir as medidas que entendam ser necessárias.

Por isso, a democracia na localidade e a descentralização política do Estado Federal estão intrinsecamente relacionadas, uma vez que ao ensejar a concomitância de unidades estatais políticas exercendo autonomamente as funções estatais de modo diversificado e mais adequado às necessidades e particularidades das sociedades localizadas nos espaços nos quais incidem, a descentralização acarreta o pluralismo no desempenho das funções de Estado. Assim, na medida em que a democracia fundamenta-se no poder conferido ao povo, e que este é um conjunto heterogêneo de grupos sociais, com características e necessidades diversas, pode-se concluir que uma organização política descentralizada ao possibilitar atuações estatais diferenciadas e plurais, de acordo com as demandas sociais nas quais serão executadas, é um importante mecanismo de concretização da democracia no Estado federal. Nesse sentido, Baracho (1985, p. 155) conclui que:

[...] A descentralização não existe a não ser nas sociedades que conhecem e praticam a democracia. A descentralização prolonga, precisa e vivifica a democracia. Amplia as possibilidades do exercício da liberdade, ao precisar os direitos dos indivíduos, reconhecendo as respectivas competências. Garante a mais ampla participação na gestão dos negócios públicos da República. Ela torna-se instrumento de maior controle da política nacional.

Além disso, ao garantir liberdade para uma atuação adequada às particularidades regionais e locais, a descentralização possibilita também que o poder estatal se aproxime do povo, o

que em uma democracia é essencial, já que se o poder pertence ao povo, este deve se encontrar o mais próximo dele, seja para exercê-lo direta ou indiretamente, controlando seu exercício. Nesse sentido, para Santos (2008, p. 9):

[...] O fato de o governo municipal atuar sobre um universo menor de cidadãos favorece a maior participação da população na formulação das políticas públicas, o que democratiza as estruturas de poder e “territorializa” a demanda por cidadania, de “baixo para cima”, conferindo legitimidade ao poder público.

Diante do exposto, é possível concluir que, enquanto instrumento de organização estatal e elemento imprescindível na construção do Estado Federal, na medida em que viabiliza a coexistência de diversas entidades políticas reunidas sob uma mesma estrutura estatal soberana, possibilitando a existência de centros de poder mais próximos do povo e, com isso, contribuindo para uma participação popular mais efetiva, a descentralização pode ser considerada um importante mecanismo para o desenvolvimento do regime democrático.

4 O MUNICÍPIO

O desenvolvimento da vida em sociedade iniciou-se a partir da união entre diversos grupos familiares, que formaram fâtrias, posteriormente, tribos. Ao mesmo tempo o homem foi progressivamente adquirindo conhecimento sobre os recursos naturais, o que desencadeou o surgimento de técnicas de agricultura e pecuária e ensejou a passagem da fase histórica nômade para a sedentária, na qual os indivíduos passaram a fixar-se em determinado local, construindo abrigos artificiais,

preferencialmente em terras férteis, próximas a cursos de água. O conjunto desses abrigos deu origem às aldeias, e o progresso delas às comunidades que vislumbravam no auxílio mútuo uma ampliação dos mecanismos de segurança e subsistência, culminou com o surgimento das cidades. Como afirma Coulanges (1995, p. 133), “[...] a cidade não é um agregado de indivíduos, mas uma confederação de muitos grupos já anteriormente constituídos e que a cidade deixa subsistir”.

Já a ideia de município surgiu na República Romana, durante o governo de Caio Júlio César, que conferiu esta terminologia às cidades que eram subjugadas por seu exército e passavam a seu domínio. Essas cidades ficavam submetidas às determinações romanas, mas podiam conservar alguns direitos, aqueles relativos ao matrimônio e ao comércio, à eleição de seus próprios governantes e ao preenchimento dos cargos públicos daquela circunscrição, o que conferia uma espécie de autonomia para essas entidades.

O referido regime municipal foi sendo estendido para outras regiões da Itália, posteriormente para a Grécia e Península Ibérica, modificando-se com o decurso do tempo e de acordo com as necessidades e particularidades de cada região (MEIRELLES, 2007, p. 34). No entanto, o declínio do Império Romano promoveu uma migração da população urbana para as regiões rurais, gerando a decadência dos centros urbanos. O retorno das cidades como pontos de destaque dos territórios estatais ocorreu com o desenvolvimento do comércio, posteriormente com a Revolução Industrial. Contudo, a autonomia das cidades nem sempre esteve presente, oscilando de acordo com o período, o local, o sistema governamental e a forma de estado adotada.

Atualmente os municípios possuem acepções diferenciadas, que variam de acordo com a forma de organização estatal adotada e o grau de autonomia que lhe são conferidas pelo texto constitucional. Diferenciam-se das cidades no que tange à amplitude, pois estas estão relacionadas apenas aos centros urbanos inseridos no âmbito municipal, e este também abrange as regiões rurais que se encontrem no território delineado pelo ordenamento jurídico.

4.1 O Município na história do Brasil

No período colonial, o Brasil era dividido em capitanias hereditárias e não possuía estrutura organizacional ou legislação própria, sendo aplicadas no território brasileiro aquelas que vigoravam na metrópole. Em virtude disso, os Municípios brasileiros, formados a partir de vilas, eram governados por Câmaras, que exerciam funções administrativas, legislativas e judiciais, e podiam dispor sobre algumas matérias de interesse local. Contudo, mesmo com essa parcela de liberdade governamental, os municípios ficavam restritos às determinações e à autonomia concedida pelas Capitanias Hereditárias e pelo poder centralizador da metrópole. Esse cenário organizacional permaneceu o mesmo até o advento da Constituição de 1824.

Em 1824, Dom Pedro I dissolveu a Assembleia Constituinte e outorgou a Constituição Imperial, inaugurando o Estado Brasileiro, que foi dividido em Províncias que poderiam ser subdivididas de acordo com o interesse estatal. Antes de ser imposto, o texto constitucional nos termos do seu preâmbulo foi submetido às Câmaras Municipais para aprovação, denotando a importância do âmbito municipal na representação da

vontade do povo e na construção do Estado. Além disso, o sistema governamental dos municípios, através das Câmaras, foi disseminado para todas as cidades e vilas com a manutenção da autonomia econômica e administrativa, mas com a perda do exercício da função jurisdicional.

No entanto, em 1834, houve a reforma da Constituição pelo Ato Adicional, que estabeleceu maiores poderes às Assembleias Provinciais e reduziu a autonomia municipal, pois diversas atribuições de interesse local, tais como as relativas à fixação de despesas e impostos municipais e à criação, suspensão e nomeação de empregos municipais, foram designadas para essas assembleias (FERREIRA, 1993, p. 25).

A Proclamação da República em 1889 ensejou a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil em 1891, que se transformou em uma Federação. O único dispositivo constitucional que se referia aos municípios subordinava a autonomia deles aos Estados. Sobre esse período, Meirelles (2007, p. 39) comenta que:

Durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891 não houve autonomia municipal no Brasil. O hábito do centralismo, a opressão do coronelismo e a incultura do povo transformaram os Municípios em feudos dos políticos truculentos, que mandavam e desmandavam nos “seus” distritos de influência, como se o Município fosse propriedade particular e o eleitorado um rebanho dócil ao seu poder.

Nos textos constitucionais seguintes, houve uma constante oscilação em relação à autonomia municipal, pois ora esta era garantida apenas formalmente, uma vez que havia uma concentração de poderes no âmbito federal e estadual, como se verifica nas Constituições de 1937, 1967 e na Emenda Consti-

tucional de 1969, pelas quais os entes municipais ficavam submetidos aos poderes daqueles; ora a autonomia formal vinha acompanhada de instrumentos indispensáveis para sua materialização, como a previsão de competências e tributações específicas, nos casos dos textos constitucionais de 1934 e 1946.

Após um longo período ditatorial, a pressão social conseguiu a promulgação da Constituição de 1988, que manteve a federação como forma estatal, mas intensificou a descentralização desta, integrando os municípios na estrutura organizacional do Estado, conferindo-lhes o status de entidades federativas, nos termos dos artigos 1º e 18, e outorgando-lhes autonomia política, administrativa e financeira, além de mecanismos para sua concretização. Ao tratar desse destaque constitucional, Krell (2003, p. 46-47) afirma que “[...] o município brasileiro certamente é a entidade territorial local investida da autonomia mais abrangente no mundo inteiro. No exercício de suas atribuições, ele atua em absoluta igualdade de condições com as outras esferas governamentais [...]”.

A autonomia que é conferida às unidades federativas abrange as dimensões política, administrativa e financeira, e possibilita uma atuação independente nos âmbitos nos quais incidem para organizar-se, eleger seus representantes, editar sua legislação, prestar serviços, arrecadar e aplicar os tributos, dentre outras. Ressalta-se ainda que o exercício dessas atribuições não necessita de autorização prévia ou posterior aprovação, pois emanam da própria Constituição Federal. E de acordo com Costa (2006, p. 69), foi a atribuição dessa autonomia que possibilitou ao município ser categorizado como entidade federativa, pois

[...] o traço que distingue essa entidade de seus con-

gêneres, principalmente nos Estados unitários, [...], vem a ser exatamente a vontade política que faz com que não se limite apenas às tarefas de execução cotidiana, mas de construção da vontade e do exercício desta.

E o caráter autônomo municipal está diretamente relacionado aos assuntos de interesses locais, que podem ser conceituados, de acordo com Meirelles (2007, p. 110), como aqueles sobre os quais há uma “[...] predominância do interesse do Município sobre o do Estado ou da União”, pois nestes há uma relevância imediata para a localidade, uma vez que atingem diretamente os indivíduos que se situam naquela circunscrição territorial.

Em relação à autonomia política, a Constituição Federal no artigo 29 confere aos municípios competências relacionadas a capacidade de editar sua própria lei orgânica, viabilizando sua auto-organização de acordo com as particularidades e interesses locais. Ademais, poderá legislar sobre as matérias que lhes foram atribuídas constitucionalmente para que sejam aplicadas no âmbito local, conforme o disposto nos incisos I e II, do artigo 30, da Constituição Federal, que tratam da edição de leis sobre assuntos de interesse local e da suplementação da legislação federal e estadual no que couber. É importante salientar também a eletividade dos agentes políticos do governo municipal (prefeito, vice-prefeito e vereadores), prevista nos incisos I e II do artigo 29, do referido texto, e que permite aos municípios a escolha de seus próprios representantes.

A autonomia administrativa trata da possibilidade de, com independência, a unidade municipal promover a gestão dos assuntos de interesse local, bem como a prestação dos serviços públicos respectivos, de acordo com o disposto nos incisos IV à IX do artigo 30, da Constituição Federal. A autonomia

financeira garante aos municípios a permissão para instituir, arrecadar e aplicar os tributos de sua competência, nos termos do inciso III, do artigo 30, do texto constitucional. É, portanto, um mecanismo que viabiliza a concretização das demais autonomias, pois somente com recursos financeiros torna-se possível a prestação e a manutenção das atividades governamentais.

Diante do exposto, a partir da verificação do histórico brasileiro, é possível concluir que o município, importante esfera de interpelação entre o Estado e a sociedade, sofreu constantes oscilações jurídicas no que concerne sua autonomia, desencadeando uma supervalorização das demais entidades federativas, principalmente da União. Esse cenário obstaculizou a realização efetiva da típica descentralização do Estado Federal, que só passou a ser concretizada com a Constituição de 1988, pois elevou o município à categoria federativa, concedendo-lhe uma posição diferenciada, uma vez que a partir de uma autonomia baseada no interesse local possibilitou-lhe atuar amplamente sobre os assuntos que estejam relacionados a este, de modo a proporcionar uma melhor adequação das disposições gerais ao âmbito específico no qual incidirá.

4.2 A importância do município para a concretização da democracia

A democracia quando surgiu na Grécia Antiga era exercida diretamente pelo povo, porém na contemporaneidade, tornou-se inviável essa atuação popular direta, em decorrência do crescimento populacional e da complexidade das sociedades. Porém, a partir do histórico grego, é possível concluir que, em tese, os âmbitos territoriais menores, organizados com uma es-

trutura mais simplificada e menos burocrática, teriam maiores probabilidades de concretização efetiva da democracia, pois o povo se sentiria mais confortável ao se direcionar a um centro de poder que estivesse mais próximo, para expor suas opiniões e anseios, acompanhar e fiscalizar atuações governamentais, e reivindicar as modificações que entender serem necessárias, ou seja, participar ativamente, materializando, assim, o espírito cidadão e democrático em toda a sua plenitude.

A descentralização política no âmbito da Federação ao dividir as funções estatais entre entidades federadas autônomas, permite uma atuação plural do Estado, ampliando seu alcance e adaptando-o às heterogeneidades da sociedade, promovendo também uma aproximação maior com o povo, e este que em um regime democrático é o titular do poder poderá participar de forma mais intensa das etapas de constituição, execução e fiscalização das atribuições estatais, influenciando em sua materialização e controlando seu exercício. A Constituição Federal de 1988, contrapondo-se ao histórico constitucional centralizador, intensificou a descentralização política na estrutura organizacional do Estado, elevando os municípios à categoria federativa e conferindo-lhes autonomia e mecanismos de concretização.

Nesse contexto, os municípios representam o grau mais elevado de descentralização política no Brasil e são considerados, desde a promulgação da Constituição de 1988, as entidades federativas de menor extensão territorial que possuem autonomia política, administrativa e financeira, para dispor sobre os assuntos que lhes foram explícita e implicitamente conferidos pelo texto constitucional. Desse modo, podem ser considerados mais importantes que os demais entes federais, uma vez que são nos municípios onde vivem as pessoas de fato subsistindo

e sofrendo diretamente com as pressões diárias decorrentes das dificuldades que permeiam a vida em sociedade. As demais entidades possuem sua relevância, atuando de forma macroscópica para estabelecer políticas nacionais ou regionais, mas que ao final serão aplicadas efetivamente no âmbito municipal. Corroborando essa visão, Silva (2003, p. 107-108) destaca que:

[...] Na pirâmide do Estado Federado, a base, o bloco modular é o Município, pois é neste que reside a convivência obrigatória dos indivíduos. É nesta pequena célula, que as pessoas exercem os seus direitos e cumprem suas obrigações; é onde se resolvem os problemas individuais e coletivos. Está no Município a escola da democracia.

É importante ressaltar também que a distância que existe entre o foco do poder federal e estadual, onde as atuações governamentais são planejadas, e o local onde são aplicadas poderia prejudicar a compreensão sobre as reais demandas e os melhores mecanismos para atendê-las, pois aqueles que vivenciam as problemáticas no seu cotidiano têm conhecimento mais apurado sobre a dimensão e motivação destas. Assim, a plenitude da autonomia conferida aos municípios, direcionadas aos assuntos de interesse local, possibilita uma atuação adaptada às necessidades e peculiaridades que se apresentam. A relevância da localidade, portanto, é preponderante, pois é nesta que as ações estatais impactam diretamente na vida dos indivíduos com maior facilidade de visualização das problemáticas cotidianas imediatas e conseqüentemente de uma resposta mais eficiente e adaptada.

Vale ressaltar ainda que a existência de um governo local viabiliza um controle social mais intenso das ações governamentais, pois a concretude destas ocorrerá em um espaço

territorial no qual as pessoas transitam cotidianamente, o que torna mais fácil para a população a contemplação do que o ente federativo está realmente fazendo ou deixando de fazer. A estrutura municipal mais simples, que geralmente não é formada por muitos órgãos ou pessoas jurídicas, também permite que o cidadão possa encontrar mais facilmente o agente público responsável por uma atuação específica, podendo reclamar-lhe diretamente suas insatisfações, exigindo soluções necessárias aos transtornos que porventura se manifestem. Em relação à importância do controle a ser exercido pela sociedade, Krell (2003, p. 93) afirma que:

Nos dias de hoje, há uma concordância universal sobre a importância da participação ativa da população na gestão dos problemas de “sua” cidade. Experiências em vários países provaram que o poder público normalmente cumpre suas tarefas e presta os serviços públicos de qualidade nas diferentes áreas setoriais somente onde os cidadãos interessados cobram essas atividades diretamente dos governantes.

Assim, a unidade federativa municipal possui o espaço mais propício para o desenvolvimento humano democrático, uma vez que a proximidade com o poder permite aos cidadãos fiscalizar mais de perto seus representantes, cobrando-lhes diretamente uma atuação condizente com as necessidades da sociedade ali inserida.

Entretanto, para que isso ocorra, faz-se necessária a implementação de um sistema educacional que privilegie o ensino da cidadania, promovendo um maior engajamento popular, estimulando as pessoas a uma prática de constante presença na vida pública, possibilitando a estas compreender que o progresso de toda a sociedade depende de um conjunto politizado e

organizado que esteja atento aos acontecimentos políticos, econômicos e sociais que ocorrem no cotidiano. É importante perceber que só uma educação de qualidade poderá transformar o individualismo, típico das sociedades atuais, em solidariedade, que é indispensável ao desenvolvimento de todos, elevando os indivíduos a verdadeiros cidadãos ativos, críticos, conscientes e responsáveis. Ao tratar da importância desse ensino democrático, Krell (2003, p. 93-94) destaca que:

Para tornar possível essa participação ativa, devem ser fortalecidas as organizações da sociedade civil, com o fim de uma melhor mediação das relações conflituosas entre os atores sociais. Essa mudança somente pode ser alcançada através de processos de aprendizagem social que levam a certa “cultura de participação”, quase sempre acompanhada pela desconfiança em relação às estruturas de representação parlamentar. Além disso, uma verdadeira participação popular tem como consequência positiva o aumento da eficiência administrativa e planejadora do poder público.

Portanto, a promoção constante de debates, as consultas populares, a oitiva das organizações sociais, o incentivo à participação popular nos conselhos municipais, a utilização com mais frequência do plebiscito e do referendo são alguns dos mecanismos que poderão ser utilizados para deliberação sobre questões relevantes que permeiam a vida social na localidade e que promovem uma interação maior entre o Estado e a população, envolvendo-a nas questões públicas e permitindo que possa influenciar diretamente nas decisões estatais. Sentindo-se partícipe, o povo poderá perceber a importância do seu protagonismo para o aprimoramento social e despertar em si um sentimento de apego e cuidado com o espaço democrático que

estará ajudando a construir, favorecendo, com isso, o estabelecimento de um vínculo mais intenso com o Estado, que será mais de colaboração do que de mera dependência.

Conclui-se que o atual município brasileiro, detentor de liberdade e independência para dispor sobre as principais matérias que ocorrem dentro de sua delimitação territorial reduzida, é um poderoso instrumento de estímulo à participação popular, pois veicula uma aproximação com a sociedade, tornando-se mais acessível para que esta possa fiscalizar as atuações governamentais e exigir que sejam realizadas da forma mais adequada às necessidades locais, sendo, por isso, um importante mecanismo de concretização de uma democracia participativa.

5 CONCLUSÃO

Os temas analisados, envolvendo o Estado Federal, a descentralização, o regime democrático e o município, demonstraram a relevância deste em uma estrutura federativa como um mecanismo de concretização da democracia, tendo em vista que a proximidade do povo com o poder faz que este se torne mais suscetível ao controle e às exigências sociais.

Destacou-se que após um histórico constitucional de submissão os entes municipais foram elevados à categoria federativa pela Constituição de 1988 e, com isso, receberam autonomia política, administrativa e financeira para perseguir e defender seus próprios interesses através das competências delineadas no texto constitucional. E o fato de que todos esses poderes e toda essa liberdade se concentrarem nessas pequenas extensões territoriais, nas quais a vida em sociedade de fato

existe e se desenvolve e onde a população pode vislumbrar e sentir concretamente as ações governamentais faz com que essas unidades federativas sejam os espaços mais propícios para o incremento de uma participação popular mais ativa, pois a população poderá fiscalizar diretamente a atuação estatal e exigir, com mais facilidade, que elas sejam realizadas da forma mais adequada para atender aos interesses públicos locais.

A partir da realização desta pesquisa, é possível concluir que o município – como unidade federativa mais próxima do povo, possuidor de autonomia e competências específicas conferidas pelo texto constitucional, com vistas a atuar de acordo com seus próprios interesses – é um importante mecanismo de concretização de uma democracia participativa, pois a população ao possuir um acesso mais fácil ao poder local poderá atuar diretamente sobre este com maiores probabilidades de ser ouvida e de ter suas demandas atendidas.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Escala, 2007. Vol. 16. (Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal).

BARACHO, J. A. O. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Descentralização do Poder: federação e município. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 22, n. 85, p. 151-184, jan./mar. 1985. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181609>>. Acesso em: 15 mar. 2016

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência; por uma nova hermenêutica; por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

CLÈVE, C. M. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

COSTA, N. N. **Direito municipal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COULANGES, F. de. **A cidade antiga**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DOLHNIKOFF, M. **O pacto imperial**: origens do federalismo no Brasil. São Paulo: Globo, 2007.

FERREIRA, L. P. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FERREIRA, W. J. **O município à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Edipro, 1993.

FRANCO, A. A. M. **Curso de direito constitucional brasileiro**: teoria geral. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. Vol. 1.

GOYARD-FABRE, S. **O que é democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, H. **A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

KRELL, A. J. **O município no Brasil e na Alemanha:** direito e administração pública comparados. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

MEIRELLES, H. L. **Direito municipal brasileiro.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTESQUIEU, C. L. S. **O espírito das leis.** Trad. Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, F. **Constituição econômica brasileira:** história e política. Curitiba: Juruá, 2011.

PIMENTA, E. Ó. **Dicionário brasileiro de política.** Belo Horizonte: Lê, 1982.

PINTO, K. C. **Curso de teoria geral do Estado:** fundamento do direito constitucional positivo. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, A. M. S. P. **Município, descentralização e território.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SARTORI, G. **A teoria da democracia revisitada**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. Vol. 1.

SILVA, P. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. Vol. 2.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, S. K. G. **O município na Constituição Federal de 1988: autonomia, competência legislativa e interesse local**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

TOCQUEVILLE, A. **A democracia na América: leis e costumes**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOOD, G. S. **A revolução americana**. Trad. Michel Teixeira. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

Regras para envio de artigos ao Conselho Editorial da Revista Controle

A Revista Controle – Doutrina e Artigos - é uma publicação do Tribunal de Contas do Estado do Ceará (TCE-CE). Os artigos devem abordar assuntos relacionados as seguintes áreas: Direito Constitucional, Direito Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade, Controle Externo, Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), Lei de Licitações e Contratos, Fiscalização das Organizações Sociais, Processo Administrativo, Finanças Públicas, Contabilidade Pública, Auditoria Operacional, de Gestão e de Processos e temas afins.

A Revista Controle recebe artigos para compor sua próxima edição, obedecendo às seguintes regras:

- Os artigos e resenhas enviados para seleção devem ser inéditos.
- Para fins de seleção, o(s) autor(es) deverá(ão) enviar cópias para o e-mail revistacontrole@tce.ce.gov.br com o assunto **“Publicação Revista Controle”**.
- Título em português (e na língua original do artigo, para os textos escritos em língua estrangeira) e em inglês.
- O título em português deve estar escrito sem negrito, centralizado e em letras caixa-baixa. O título em inglês e/ou na língua original do texto deve estar abaixo do título em português, em itálico, centralizado, em letra caixa-baixa.

- Resumo e palavras-chave em português e em inglês (e na língua original do artigo). Cada resumo deve conter no máximo 250 palavras, devendo ser evitadas as abreviaturas. O resumo em língua estrangeira deve ser uma versão fiel do resumo em português, assim como as palavras-chave em língua estrangeira. Ao final de cada resumo devem constar 03 a 06 descritores ou palavras-chave para indexação.

- Texto (contendo introdução, desenvolvimento e conclusão, mesmo que os tópicos recebam designações diferentes). A estruturação do texto deve se adequar às exigências de um trabalho científico, contendo introdução, desenvolvimento, conclusão e referências alinhados à esquerda.

Formatação

Fonte

- Times New Roman
- Resumo 10
- Texto 12
- Citação longa 10
- Nota de rodapé 10
- Títulos
- Título do artigo 14 Caixa baixa - sem negrito
- Títulos das partes do artigo - 12 Caixa baixa negrito
- Subtítulos 12 Caixa baixa itálico
- Sub-subtítulos 12 Caixa baixa normal

Referências

- Fonte tamanho 12 (destaque para títulos das obras em negrito)

Margens

- esquerda: 3,0 cm
- direita: 2,0 cm
- superior: 3,0 cm
- inferior: 2,0 cm

- Os artigos deverão ter, no máximo, 20, e, no mínimo, 10 páginas, com espaçamento entrelinha de 1,5.

- As **citações e referências** devem seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (NBR 10520/2002 e NBR 6023/2002), respectivamente. As citações deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e suas fontes deverão constar no próprio corpo do texto, conforme os exemplos abaixo:

Citação direta

Segundo Fulano (ano, página), “entende-se que ...” , ou “Entende-se que ...” (FULANO, ano, página).

Citação indireta

A teoria da ... (Cf. FULANO, ano, página), ou,

A teoria da ... (FULANO, ano, página).

Quanto às referências

- Ao final do artigo, o texto deverá conter lista de referências completas dos documentos utilizados pelo autor para seu embasamento teórico.

- As referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda.

- As obras poderão ser referenciadas em parte ou no todo, em formato impresso ou digital, conforme os exemplos abaixo:

Monografias no todo

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras de edificações públicas.

Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

Parte de monografia

QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro. A importância da dimensão ambiental nas contas públicas: alguns temas para análise no Tribunal de Contas de Santa Catarina . In: CONCURSO de Monografia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 1, 2006 , Florianópolis. Tribunal de Contas do Estado de

Santa Catarina: contas públicas: transparência, controle social e cidadania. Florianópolis: TCE, 2006. p. 73-147.

Artigo ou matéria de revista, boletim etc.

CUNHA, Jatir Batista da. Legitimação ativa para exigir quitação. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, v.31, n.83, p.19-21, jan./mar. 2000.

Trabalho apresentado em evento

Conflito de interesses: como identificar e prevenir. In: ENCONTRO DE REPRESENTANTES SETORIAIS DA COMISSÃO DE ÉTICA PÚBLICA, 5., 2004, BRASÍLIA. Ética na gestão. Brasília : ESAF, 2004. p. 93-104.

CABRAL, Analúcia Mota Vianna. Estudo de modelo de eficácia da gestão de obras públicas municipais. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, VII, 2002, Brasília. Disponível em: Acesso em: 23 de março de 2006.

Teses e dissertações

BUENO, H. Utilização da sala de situação de saúde no Distrito Federal. Brasília. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde), Universidade de Brasília, Distrito Federal, 2003.

Legislação

BRASIL. Lei nº 11.474 , de 15 de maio de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, Ano 144, nº 93, 16 maio 2007. Seção I, p.1.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, 2000. Disponível em: . Acesso em: 8 maio 2006.

Jurisprudência

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 016/2002-TCU-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 30 de janeiro de 2002. **Diário Oficial de União**, 15 de fev. 2002.

- Cada autor receberá, sem nenhum ônus, três exemplares do número da revista em que foi publicado o seu trabalho.
- Os artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores, não significando necessariamente a opinião do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e do Instituto Plácido Castelo.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ
INSTITUTO SUPERIOR DE CONTAS E GESTÃO PÚBLICA MINISTRO PLÁCIDO CASTELO

RUA SENA MADUREIRA, 1047 - CENTRO
CEP: 60.055-080 - FORTALEZA - CEARÁ



www.tce.ce.gov.br

