

Sociedade democrática,  
direito público e  
controle externo

©Copyright 2006, Tribunal de Contas da União  
Setor de Administração Federal Sul  
Quadra 4, Lote 1  
Brasília DF 70042 900  
www.tcu.gov.br

Presidente (Exercício 2006)  
Guilherme Palmeira

Vice-presidente (Exercício 2005-2006)  
Walton Alencar Rodrigues

Ouvidoria do Tribunal de Contas da União  
Edifício Sede, sala 106

Central de atendimento da Ouvidoria  
0800 644 1500  
www.tcu.gov.br

Negócio  
Controle Externo da Administração Pública e da gestão  
dos recursos públicos em benefício da sociedade

Missão  
Assegurar a efetiva e regular gestão dos  
recursos em benefício da sociedade

Visão  
Ser instituição de excelência no controle e contribuir  
para o aperfeiçoamento da Administração Pública

---

Sociedade democrática, direito público e controle externo / José Geraldo de Sousa Junior, organizador; Arsênio José da Costa Dantas ... [et al.] .  
– Brasília : Tribunal de Contas da União, 2006.  
534 p.

Publicação resultante das obras produzidas pelos participantes do  
Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo, na  
Universidade de Brasília (UnB), para Analistas de Controle Externo do  
Tribunal de Contas da União.

1. Controle externo. 2. Direito público. I. Título.

---

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa

Tribunal de Contas da União – TCU  
Universidade de Brasília – UnB

# Sociedade democrática, direito público e controle externo

Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo para  
Analistas de Controle Externo do Tribunal de Contas da União

José Geraldo de Sousa Junior  
(Organizador)

Brasília, 2006

Universidade de Brasília

Timothy Martin Mulholland  
Reitor

Edgar Nobuo Mamiya  
Vice-Reitor

Prof. Marcus Faro de Castro  
Diretor da Faculdade de direito

Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira  
Vice-Diretor da Faculdade de Direito

Cristiano Paixão  
Coordenador de Pós-Graduação da Faculdade de Direito

Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo

Corpo Docente

Alejandra Leonor Pascual  
Alexandre Bernardino Costa  
Ana Frazão de Azevedo Lopes  
Benjamin Zymler  
Bistra Stefanova Apostolova  
Carlos Alberto Reis de Paula  
Cristiano Otávio Paixão Araujo Pinto  
Flavio Dino de Castro e Costa  
Georges Carlos Fredderico Seigneur  
Giovanna Maria Frisso  
Guilherme Fernandes Neto  
José Geraldo de Sousa Junior  
José Jardim da Rocha Junior  
Mamede Said Maia Filho  
Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira  
Marcus Faro de Castro  
Mariana de Siqueira de Carvalho Oliveira  
Menelick de Carvalho Netto  
Othon de Azevedo Lopes  
Ronaldo Rebelo de Brito Poletti

## Corpo Discente

Alessandro de Araujo Fontenele  
Antonio Pereira de Souza  
Arides Leite Santos  
Arsenio José da Costa Dantas  
Carlos Eduardo de Queiroz Pereira  
Carlos Henrique Caldeira Jardim  
Carlos Maynard Gomes Junior  
Cíntia Zaira Messias de Lima  
Conrado Wargas Neto  
Cristina Figueira Choairy  
Elmitho Ferreira dos Santos Filho  
Fernando Antonio Dorna Magalhães  
Guilherme Henrique de La Rocque Almeida  
Henrique Cesar de Assunção Veras  
Jane Carvalho Breder  
Jorge Luiz Carvalho Lugão  
José Silva de Sousa Leal  
Laureano Canabarro Dios  
Luiz Guilherme da Boamorte Silveira  
Lygia Maria Almeida Bandeira de Mello Ibiapina Parente  
Marcia Bittencourt da Costa  
Maria Antonia Ferraz Zelenovsky  
Mariana Priscila Maculan Sodré  
Mauro da Motta Aguiar  
Nagib Chaul Martinez  
Oswaldo Nunes Alves  
Paulo Antônio Fiúza Lima  
Rosanne Pimentel Mannarino  
Sérgio Ricardo de Mendonça Salustiano  
Teresa Cristina Mesquita Nogueira  
Valdir Lavorato  
Vilmar Agapito Teixeira  
Waldeck Miquilino da Silva  
Walter Facó Bezerra

# Sumário

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO INSTRUMENTO DA SOCIEDADE  
*Guilherme Palmeira, 9*

OS DESAFIOS DA UNB  
*Timothy Mulholland, 11*

SOCIEDADE DEMOCRÁTICA, DIREITO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO  
*Jose Geraldo de Sousa Junior, 20*

## Parte 1

### Constituição e Controle Externo

21

O Controle Externo das operações de crédito realizadas  
pelas sociedades de economia mista bancárias  
*Arsênio José da Costa Dantas, 23*

Parcerias Público-Privadas: novo modelo brasileiro de concessão  
de serviços públicos e novos desafios para o Controle  
*Carlos Eduardo De Queiroz Pereira, 37*

A exegese dialética elevada à categoria de *mandamus* constitucional  
como essencial ao aperfeiçoamento do Controle Externo. Pressupostos  
sociológico-jurídicos para a compreensão da sistemática organizacional  
das deliberações no âmbito do Tribunal de Contas da União  
*Carlos Maynard Gomes Júnior, 55*

Moralidade administrativa: conceito e Controle  
*Cíntia Zaira Messias de Lima, 67*

Os limites do Princípio da Legalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União  
*Cristina Figueira Choairy, 85*

Os limites do Controle Externo da União sobre as empresas controladas  
direta ou indiretamente por sociedades de economia mista  
*José Silva de Souza Leal, 97*

Corrupção, improbidade administrativa e o Tribunal de Contas da União  
*Márcia Bittencourt da Costa, 111*

Controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União  
*Mariana Priscila Maculan Sodré, 129*

Considerações sobre o Controle Externo das sociedades  
de economia mista e seus fins econômicos  
*Waldeck Miquilino da Silva, 143*

**Parte 2**  
**Controle Social e Cidadania Participativa**

155

A inelegibilidade e os Tribunais e Conselhos de Contas  
*Conrado Vargas Neto, 157*

Federalismo e o Controle pelo TCU das transferências fundo  
a fundo: o caso do Sistema Único de Saúde  
*Fernando Antonio Dorna Magalhães, 177*

Controle Social – um modelo em construção: contribuições  
do Tribunal de Contas da União  
*Jane Carvalho Breder, 189*

Participação social como instrumento para a construção da democracia:  
a intervenção social na administração pública brasileira  
*Lygia Bandeira de Mello Parente, 203*

O Tribunal de Contas da União e os conselhos de saúde:  
possibilidades de cooperação nas ações de Controle.  
*Maria Antonia Ferraz Zelenovsky, 213*

Prestação de contas do Governo da República. Para quem? A sociedade brasileira?  
*Rosanne Mannarino, 229*

A sociedade civil no contexto da Reforma Administrativa  
*Teresa Cristina Mesquita Nogueira, 241*

**Parte 3**  
**Democracia e Controle Externo**

253

O TCU e a revisão tarifária nos contratos de transmissão de energia elétrica  
*Alessandro de Araújo Fontenele, 255*

A atuação dos Tribunais de Contas para o cumprimento da Lei de  
Responsabilidade Fiscal e sua importância para as punições fiscais e penais  
*Elmitho Ferreira dos Santos Filho, 269*

O Controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário – algumas considerações  
*Guilherme Henrique de La Rocque Almeida, 283*

O sigilo fiscal como obstáculo à efetividade do Controle  
Externo – uma proposta de flexibilização  
*Henrique César de Assunção Veras, 295*

A integração do Tribunal de Contas da União com os órgãos de Controle  
Interno da administração pública federal no exame e julgamento dos processos  
de tomada e prestação de contas e de tomada de contas especiais  
*Luiz Guilherme da Boamorte Silveira, 309*

Terceirização de serviços na administração pública  
*Oswaldo Nunes Alves, 323*

○ controle da corrupção: desafios e oportunidades para o TCU  
*Vilmar Agapito Teixeira, 333*

○ Tribunal de Contas da União e a Avaliação de Programas Públicos:  
considerações acerca da construção de modelos avaliativos.  
*Walter Facó Bezerra, 357*

#### **Parte 4**

#### **Procedimento e Instrumentalidade no Controle Externo**

**373**

---

○ reconhecimento da prescrição pelo Tribunal de Contas da União  
*Arides Leite Santos, 375*

A súmula vinculante como instrumento de racionalização do sistema judicial  
*Antônio Pereira de Souza, 389*

A incidência da ampla defesa e do contraditório em  
processos de apreciação de atos de pessoal  
*Carlos Henrique Caldeira Jardim, 405*

A citação no processo do Tribunal de Contas da União: suas peculiaridades  
*Jorge Luiz Carvalho Lugão, 423*

Princípio constitucional da individualização da pena no  
âmbito do Tribunal de Contas da União  
*Laureano Canabarro Dios, 437*

A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de  
Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso  
de gestores ou responsáveis que venham a falecer  
*Mauro da Motta Aguiar, 447*

○ processo no Tribunal de Contas da União – comparações com  
o processo civil - independência e autonomia do órgão para o  
levantamento de provas em busca da verdade material.  
*Paulo Antônio Fiúza Lima, 465*

A efetividade das condenações pecuniárias do Tribunal de Contas da  
União em face da reapreciação judicial de suas decisões. O problema  
do acórdão do TCU como título executivo meramente extrajudicial  
*Nagib Chaul Martinez, 479*

A coisa julgada em tomadas e prestações de contas ordinárias  
*Sérgio Ricardo de Mendonça Salustiano, 495*

Litigância de má-fé no processo do Tribunal de Contas da União  
*Valdir Lavorato, 523*



# O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COMO INSTRUMENTO DA SOCIEDADE

---

Ao apresentar esta publicação resultante do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo, quero dizer da minha satisfação com os resultados alcançados. O Tribunal tem hoje um valioso arcabouço de conhecimento em Direito e Controle disponível ao seu Corpo Técnico e a qualquer cidadão que deseje informar-se acerca do trabalho de fiscalizar a aplicação do dinheiro público. E o melhor: conhecimento gerado dentro da própria Corte, o que nos torna inegável referência também em pesquisa.

Faço essa abertura satisfeito em ver concretizado um objetivo da instituição que dirijo, que há muito buscava titulação e qualificação de alto nível nessa área do conhecimento. Tudo isso só pôde ser obtido com vontade de realizar e com o auxílio de instituições de reconhecida competência, como é o caso da Universidade de Brasília. No que se refere à vontade de realizar, justíssima homenagem presto aos Ministros Valmir Campelo e Adylson Motta, meus antecessores na direção do Tribunal, cujas atuações foram decisivas para que se possa comemorar o sucesso de agora.

O acordo celebrado em agosto de 2004, realizado de janeiro de 2005 a julho de 2006, envolvendo o Tribunal de Contas da União (TCU), por intermédio do Instituto Serzedello Corrêa (ISC), e a Universidade de Brasília (UnB), por meio da sua Faculdade de Direito e da Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos (Finatec), não foi apenas um bem sucedido contrato de serviços como indicam os seus resultados efetivos. Foi um programa pioneiro e que causou importante impacto entre os servidores desta Corte de Contas, com reflexos benéficos na sua atividade finalística.

A realização do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo foi um marco para o corpo técnico desta Casa e essa transformação é também visualizada nas obras produzidas pelos participantes, aqui consolidadas sob o tema “*Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*”. Os resultados deste trabalho conjunto são evidentes, principalmente quanto ao amadurecimento intelectual desses profissionais, o que implica melhor desempenho como cidadãos, mais aptos e preparados para a defesa da efetiva e regular aplicação dos recursos públicos. Esta publicação, portanto, reflete o amadurecimento desta Casa em relação às suas próprias responsabilidades perante o futuro do Brasil.

GUILHERME PALMEIRA  
MINISTRO-PRESIDENTE DO TCU



A criação da Universidade de Brasília, nos anos de 1960, estabeleceu a referência para a universidade brasileira até o fim do século XX: uma instituição que busque o padrão internacional de qualidade com vistas a viabilizar a efetiva contribuição da comunidade científica ao desenvolvimento do País e de seu povo. Iniciou-se uma revolução.

No século XXI, a UnB se mantém como referência ao abraçar papel adicional, tão essencial quanto aquele: tornar-se a universidade da inclusão. As ambições brasileiras no mundo globalizado exigem que se multiplique por três o acesso dos jovens à universidade em curto prazo. Os 10% matriculados na educação superior representam apenas um terço da meta estabelecida no Plano Nacional de Educação, que é a de oferecer oportunidade a 30% desses cidadãos até 2011.

Estamos atrasados. Os anos de 1990 viram o Brasil tentar o que a História nunca havia visto antes: transferir para os estudantes o custo da expansão da universidade brasileira por meio das escolas privadas. A capacidade de as famílias custearem tal expansão foi, como se poderia prever, esgotada rapidamente. Some-se a isso a recorrente crítica à qualidade das instituições privadas. Na verdade, voltamos ao ponto de partida. O fato historicamente comprovado é que só o Estado pode propiciar educação abrangente e de qualidade. Sabiam disso todos os países do chamado Primeiro Mundo, bem como os de inspiração socialista e os diversos “tigres” que apareceram nas últimas décadas.

O acesso à educação superior hoje não significa que todos devem ser advogados, engenheiros e médicos, como na geração dos nossos avós. Significa que a formação universitária deve preparar os jovens para o desconhecido, para profissões em constante transformação e para as muitas que ainda serão inventadas em meio ao turbilhão de mudanças que as tecnologias, as economias, os estados e as sociedades irão passar no futuro próximo. Junte-se, ainda, que a democracia moderna irá precisar de número elevado de cidadãos com patamar de instrução elevado.

Em quatro décadas de atividades, a Universidade de Brasília não se deixou sucumbir por intempéries de qualquer ordem. Somos uma universidade vigorosa, voltada para a resolução dos desafios colocados com ritmo cada vez mais acelerado pela sociedade.

A cada momento, somos instados, como instituição de ensino, pesquisa e extensão, a nos desdobrarmos para formar os alicerces que levem a sociedade local e nacional a patamares mais elevados de desenvolvimento humano.

É nesse contexto de responsabilidade estratégica que se situa a parceria da UnB, por meio de sua Faculdade de Direito, com o Tribunal de Contas da União, a exemplo do que já vem sendo feito com outras instituições governamentais.

Essa parceria se inscreve em um protocolo de novas responsabilidades, de forma que as funções tradicionais de ensino, pesquisa e extensão tradicionalmente realizadas pela Universidade venham a se agregar a outras que compreendem as expectativas de especializar e de atualizar constantemente o exercício profissional qualificado, contribuir para a competitividade da economia, preparar quadros para o desempenho de papéis de liderança política e social, aprimorar o desempenho e a eficiência da gestão governamental e formular paradigmas para o estabelecimento de políticas públicas nacionais.



# SOCIEDADE DEMOCRÁTICA, DIREITO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO

---

O aperfeiçoamento científico e profissional do corpo de assessores e técnicos do Tribunal de Contas da União se insere nos objetivos de valorização de seus servidores e de qualificação das funções públicas atribuídas constitucionalmente ao Tribunal. Estes objetivos e atribuições se fazem tanto mais urgentes quanto, no contexto de realização ou de concretização da Constituição Federal promulgada em 1988, a implementação de políticas públicas e as ações de governo a cargo dos agentes do Estado, respondem a princípios e balizamentos, não apenas obedientes a fundamentos de legalidade, mas também, a reorientações determinadas pela condição de Estado Democrático de Direito e de Democracia Participativa designada pela “Constituição Cidadã”.

Neste contexto, o Direito Público e o Controle Externo se destacam como categorias relevantes e requerem refundamentação teórica e empírica para a sua atualização paradigmática. Assim, a proposta de um Curso de Especialização em “Direito Público e Controle Externo”, responde a essa dupla expectativa e encontra, na estrutura de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade de Brasília, base adequada para o seu desenvolvimento.

Com efeito, forte nessa área de conhecimento, as linhas de pesquisa e os grupos de investigação a partir delas institucionalizados reúnem reflexão avançada para proporcionar um programa de capacitação e aperfeiçoamento nos moldes propostos na parceria que se estabeleceu entre a Universidade de Brasília, por meio de sua Faculdade de Direito e o Tribunal de Contas da União, por meio de seu órgão de formação e capacitação de pessoal o Instituto Serzerdello Corrêa.

O esforço compartilhado de realização do presente curso, para além de materializar um projeto de capacitação científica e profissional, procurou mobilizar energias solidárias das instituições que com ele se comprometem orientadas pelos valores descritos na fundamentação da proposta. Para a Universidade de Brasília e para a sua Faculdade de Direito, trata-se, nesse passo, de combinar dois objetivos gerais de sua política acadêmica. De um lado, contribuir para o fortalecimento de novas atribuições que se colocam para as Universidades e para as Universidades Públicas principalmente, o que requer inseri-las no compromisso ético e responsável de desenvolver atribuições gerais de qualificação e de desenvolvimento científico em sua região e no País. De outro lado, além de atuar em suas atribuições clássicas de formação, reafirmar que incumbe à Universidade hoje, fazer investimentos cooperados e solidários do conhecimento que cria e fomenta.

Desse modo, na realização do Curso de que este livro é um registro crítico-descritivo, procurou-se combinar esses dois objetivos com a pretensão relevante de atender aos objetivos do TCU, vale dizer, elevar o padrão de desempenho de seus servidores, proporcionando-lhes adequada qualificação em área na qual a Universidade de Brasília e sua Faculdade de Direito se distinguem.

A realização do Curso de Especialização em Direito Público e Controle Externo procurou também estabelecer interconexões precisas entre os campos do Direito Público e da Teoria da Constituição e do Direito Constitucional, proporcionando uma visão abrangente com base em outros ramos dos saberes (Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica, Ciência Política e Hermenêutica), de modo a interligar saberes de áreas de conhecimento e de domínio conexo no plano das mudanças paradigmáticas que desde

a Constituição Federal de 1988 reorientam as relevantes funções de controle externo a cargo dos Tribunais de Contas.

O Curso organizou-se, assim, consoante três eixos, entretanto, interconexionados, constituídos por matérias de formação fundamental (Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica), matérias de conhecimento próprias às atribuições do grupo de interesse técnico (Teoria da Constituição e Hermenêutica do Direito Constitucional, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Teoria Geral do Processo Civil Coletivo) e matérias conexas a esse conhecimento (Direito Penal, Responsabilidade Civil). Permeando todos esses eixos e neles distribuídas interdisciplinarmente matérias com características de transversalidade (Metodologia da Pesquisa e do Ensino do Direito e Tópicos de Ciência Política, do Estado e do Controle Externo).

Para cada grupo de matérias atribuiu-se a carga horária de 30 horas (2 créditos), exceto Metodologia da Pesquisa e do Ensino do Direito que teve 45 horas, distribuídas em módulos de 15 horas, o último dos quais para coordenar a produção do trabalho final e Tópicos com 75 horas que foram, pelas razões já expostas de transversalidade, distribuídos ao longo do Curso.

A carga horária do curso foi de 360 horas, distribuídas por três semestres letivos, com aulas regulares às segundas e sextas feiras (das 08.30 às 12.30 horas), na sede do Instituto Serzerdello Corrêa.

O corpo docente do Curso foi constituído majoritariamente por professores da Faculdade de Direito da UnB, mestres e doutores. Mas houve também docentes convidados, incluindo membros qualificados da estrutura meio e também da estrutura-fim do próprio TCU. Adiante se apresenta o elenco docente, individualizadamente e também distribuído em seu exercício de orientação e exame dos trabalhos finalmente produzidos pelos alunos concluintes do Curso.

O Curso foi orientado pelos seguintes objetivos pedagógicos: a) uniformização dos procedimentos didáticos, que contaram com aulas expositivas, dinâmicas de grupo e metodologias de avaliação; b) uniformização dos conteúdos programáticos para que houvesse continuidade entre as matérias; c) preservação da relação interdisciplinar para a organicidade do desenvolvimento programático.

A avaliação final foi realizada com base na frequência e na qualificação do trabalho desenvolvido, sob orientação e análise de comissão de docentes, que teve a forma de um artigo, ao final trazido para o corpo desta publicação. Dispensável dizer que a aprovação foi plena, todos com média superior e a qualidade dos trabalhos pode ser agora confirmada com a edição de *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo*.

Para registro pedagógico e memória desta importante experiência, apresenta-se, a seguir, o quadro de disciplinas, distribuídas em seus eixos, a ponderação de créditos respectivos, sua distribuição semestral atribuição docente.

Nome da Disciplina	Nº Cred.	Semestre	Nome do Professor
<b>MATERIAS DO EIXO FUNDAMENTAL</b>			
Sociologia Jurídica	02	2º/2004	José Geraldo de Sousa Junior Mestre em Direito
Filosofia do Direito	02	2º/2004	Marcus Faro de Castro Doutor em Direito
Metodologia da Pesquisa e do Ensino do Direito	01	2º/2004	Alexandre Bernardino Costa Doutor em Direito
Tópicos de Teoria do Estado, da Política e do Controle Externo	01	2º/2004	Ronaldo Rebello de Brito Poletti Mestre em Direito
<b>MATÉRIAS DA ÁREA DE FORMAÇÃO</b>			
Teoria Geral do Processo Civil Coletivo	02	1º/2005	Guilherme Fernandes Neto Doutor em Direito
Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional	02	1º/2005	Menelick de Carvalho Netto Doutor em Direito
Direito Constitucional	02	1º/2005	Mamede Said Maia Filho Mestre em Direito
Metodologia da Pesquisa e do Ensino do Direito	01	1º/2005	Alejandra Leonor Pascual Doutora em Direito
Tópicos de Teoria do Estado, da Política e do Controle Externo	02	1º/2005	Carlos Alberto Reis de Paula Doutor em Direito Benjamim Zymler Mestre em Direito
<b>MATÉRIAS DA ÁREA DE CONHECIMENTO CONEXO</b>			
Direito Penal	02	2º/2005	Georges Fredderico Seigneur Mestre em Direito
Direito Administrativo	02	2º/2005	José Jardim da Rocha Junior Mestre em Direito
Inovações Conceituais e Práticas na Responsabilidade Civil	02	2º/2005	Flávio Dino de Castro e Costa Mestre em Direito
Metodologia da Pesquisa e do Ensino do Direito	01	2º/2005	Alejandra Leonor Pascual Doutora em Direito
Tópicos de Teoria do Estado, da Política e do Controle Externo (orientação e defesa de projetos de artigo)	02	2º/2005	Alexandre Bernardino Costa Doutor em Direito

No quadro a seguir, também para registro de memória acadêmica do processo pedagógico, apresenta-se quadro-síntese do resultado do Curso, com a designação dos alunos, seus orientadores, o título de seus artigos finais e a indicação dos membros das comissões que procederam ao exame de qualificação dos trabalhos para fins de publicação.

ALUNO	ORIENTADOR	TITULO DO ARTIGO
1. CARLOS EDUARDO DE QUEIROZ	BENJAMIN ZYMLER	PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: NOVO MODELO BRASILEIRO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E NOVOS DESAFIOS PARA O CONTROLE. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES - OTHON DE AZEVEDO LOPES
2. CARLOS H. CALDEIRA	BENJAMIN ZYMLER	A INCIDÊNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO EM PROCESSOS DE APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES - OTHON DE AZEVEDO LOPES
3. PAULO ANTONIO FIUZA LIMA	BENJAMIN ZYMLER	O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMPARAÇÕES COM PROCESSO CIVIL – INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DO ÓRGÃO PARA O LEVANTAMENTO DE PROVAS EM BUSCA DA VERDADE MATERIAL. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES – OTHON DE AZEVEDO LOPES
4. MARCIA BITTENCOURT DA COSTA	JOSÉ JARDIM DA ROCHA JUNIOR	CORRUPÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES – OTHON DE AZEVEDO LOPES
5. MARIANA PRISCILA MACULAN	JOSÉ JARDIM DA ROCHA JUNIOR	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES – OTHON DE AZEVEDO LOPES
6. TERESA CRISTINA MESQUITA	JOSÉ JARDIM DA ROCHA JUNIOR	A SOCIEDADE CIVIL NO CONTEXTO DA REFORMA ADMINISTRATIVA. Banca examinadora: ANA FRAZÃO DE A. LOPES – OTHON DE AZEVEDO LOPES
7. ARSENIO JOSÉ DA COSTA	JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR	O CONTROLE EXTERNO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA BANCÁRIAS. Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA - GIOVANNA FRISSE
8. JANE CARVALHO	JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR	CONTROLE SOCIAL: UM MODELO EM CONSTRUÇÃO: CONTRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA - GIOVANNA FRISSE
9. LYGIA MARIA ALMEIDA BANDEIRA	JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR	PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA: A INTERVENÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA - GIOVANNA FRISSE
10. ROSANNE MANNARINO	JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR	PRESTAÇÃO DE CONTAS DO GOVERNO DA REPÚBLICA. PARA QUEM? A SOCIEDADE BRASILEIRA? Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA- GIOVANNA FRISSE
11. WALTER FACÓ BEZERRA	JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR	O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO DE MODELOS AVALIATIVOS. Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA - GIOVANNA FRISSE



ALUNO	ORIENTADOR	TÍTULO DO ARTIGO
12. MARIA ANTONIA FERRAZ	MARIANA SIQUEIRA DE CARVALHO OLIVEIRA	O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS CONSELHOS DE SAÚDE: POSSIBILIDADE DE COOPERAÇÃO NAS AÇÕES DE CONTROLE. Banca examinadora: BISTRA STEFANOVA APOSTOLOVA - GIOVANNA FRISSO
13. OSVALDO NUNES	CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA	TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
14. GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE	FLAVIO DINO DE CASTRO E COSTA	O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
15. JORGE LUIZ CARVALHO LUGÃO	ALEXANDRE BERNARDINO COSTA	A CITAÇÃO NO PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: SUAS PECULIARIDADES. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
16. ANTONIO PEREIRA	ALEXANDRE BERNARDINO COSTA	A SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
17. WALDECK MIQUILINO DA SILVA	ALEXANDRE BERNARDINO COSTA	CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE EXTERNO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SEUS FINS ECONÔMICOS. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
18. JOSÉ SILVA DE SOUSA LEAL	ALEXANDRE BERNARDINO COSTA	OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. Banca examinadora: CRISTIANO PAIXÃO – MENELICK DE CARVALHO NETTO
19. ALESSANDRO DE ARAUJO FONTENELE	MAMEDE SAID	O TCU E A REVISÃO TARIFÁRIA NOS CONTRATOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Banca examinadora: GEORGES SEIGNEUR - ALEJANDRA PASCUAL
20. CRISTINA FIGUEIRA CHOARY	MAMEDE SAID MAIA FILHO	OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: GEORGES SEIGNEUR - ALEJANDRA PASCUAL
21. NAGIB CHAUL MARTINEZ	MAMEDE SAID MAIA FILHO	A EFETIVIDADE DAS CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM FACE DA REAPRECIÇÃO JUDICIAL DE SUAS DECISÕES. O PROBLEMA DO ACÓRDÃO DO TCU COMO TÍTULO EXECUTIVO MERAMENTE EXTRAJUDICIAL. Banca examinadora: GEORGES SEIGNEUR - ALEJANDRA PASCUAL
22. VILMAR AGAPITO TEIXEIRA	MAMEDE SAID MAIA FILHO	O CONTROLE DA CORRUPÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA O TCU. Banca examinadora: GEORGES SEIGNEUR - ALEJANDRA PASCUAL
23. ELMITHO FERREIRA	ALEJANDRA LEONOR PASCUAL	A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O CUMPRIMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS PUNIÇÕES FISCAIS E PENAS. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA

ALUNO	ORIENTADOR	TITULO DO ARTIGO
24. CARLOS MAYNARD GOMES	ALEJANDRA LEONOR PASCUAL	A EXEGESE DIALÉTICA ELEVADA À CATEGORIA DE MANDAMUS CONSTITUCIONAL COMO ESSENCIAL AO APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE EXTERNO. PRESSUPOSTOS SOCIOLÓGICO-JURÍDICOS PARA A COMPREENSÃO DA SISTEMÁTICA ORGANIZACIONAL DAS DELIBERAÇÕES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
25. CÍNTIA ZAIRA MESSIAS	ALEJANDRA LEONOR PASCUAL	MORALIDADE ADMINISTRATIVA: CONCEITO E CONTROLE. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
26. FERNANDO ANTONIO DORNA MAGALHÃES	MAMEDE SAID MAIA FILHO	FEDERALISMO E O CONTROLE PELO TCU DAS TRANSFERÊNCIAS FUNDO A FUNDO: O CASO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
27. HENRIQUE CÉSAR DE ASSUNÇÃO VERAS	MAMEDE SAID MAIA FILHO	O SIGILO FISCAL COMO OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO CONTROLE EXTERNO - UMA PROPOSTA DE FLEXIBILIZAÇÃO. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
28. LUIZ GUILHERME DA BOAMORTE	MAMEDE SAID MAIA FILHO	A INTEGRAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO EXAME E JULGAMENTO DOS PROCESSOS DE TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS E DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS. Banca examinadora: JOSE GERALDO DE SOUSA JR - ALEXANDRE BERNARDINO COSTA
29. CONRADO WARGAS NETO	GEORGES CARLOS FREDERICO SEIGNEUR	A INELEGIBILIDADE E OS TRIBUNAIS DE CONTAS. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO
30. LAUREANO CANABARRO	GEORGES CARLOS FREDERICO SEIGNEUR	PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO
31. MAURO DA MOTTA AGUIAR	GEORGES CARLOS FREDERICO SEIGNEUR	A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, E A PERMANÊNCIA DE SUA VALIDADE, NO CASO DE GESTORES OU RESPONSÁVEIS QUE VENHAM A FALECEER. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO
32. ARIDES LEITE	GUILHERME FERNANDES NETO	O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO
33. SERGIO RICARDO DE MENDONÇA	GUILHERME FERNANDES NETO	A COISA JULGADA EM TOMADAS E PRESTAÇÕES DE CONTAS ORDINÁRIAS. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO
34. VALDIR LAVORATO	GUILHERME FERNANDES NETO	LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Banca examinadora: MARCIO N. IORIO A. OLIVEIRA - MAMEDE SAID MAIA FILHO

Este livro e a experiência que ele contém são tributários de disposição solidária, da qual muitos permanecem anônimos. Mas há aqueles que não podem deixar de receber um registro de gratidão. Na UnB, além dos Reitores **Lauro Mohry** e **Timothy Mulholland** cujas diretrizes apóiam iniciativas deste porte e do Diretor **Marcus Faro de Castro**, do Vice-Diretor **Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira** e do Coordenador de Pós-Graduação **Cristiano Paixão** que as fomentam, menciono o **Professor Alexandre Bernardino Costa** que além de dedicar-se ao Curso com todo o seu cuidado metodológico, foi o garante da institucionalização da proposta, na condição de Coordenador de Extensão, de Especialização e de Educação Continuada, estabelecendo as gestões iniciais que a tornaram possível. Também em destaque os servidores **Diogo Oliveira dos Santos** e **Valgmar Lopes de Lima** que se incumbiram em todas as fases do Curso do planejamento e execução de suas atividades, criando os instrumentos e formulários para registro e avaliação de todos os procedimentos a ele afetos. **Diogo Oliveira dos Santos** foi também responsável pela organização dos originais que compõem este livro.

No TCU presto especial homenagem ao Ministro **Valmir Campelo Bezerra**, não só por sua esclarecida presidência, sob a qual se iniciou o projeto, mas por antiga amizade nos tempos pioneiros da formação histórico-social de Brasília; e ao Presidente do TCU **Adylson Martins Motta** que confirmou a realização completa da proposta assegurando a sua adequada realização. Ponho em relevo neste registro a primorosa e eficiente plataforma do **Instituto Serzerdello Corrêa**, de seu corpo técnico, em especial menção ao Diretor **Vilmar Agapito Teixeira** – também aluno – e aos assessores **Benjamim Lima Júnior** e **Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu**.

Parceira importante para a concretização do projeto, como gestora da execução do contrato que lhe deu suporte, destaco a **Finatec – Fundação de Empreendimentos Científicos e Tecnológicos**.

Os artigos que compõem este livro foram elaborados pelos alunos do Curso ao longo do desenvolvimento de suas atividades programáticas. Eles representam sínteses temáticas destacadas por seus autores, em interlocução com os conteúdos do Programa, sua pertinência epistemológica e relevância técnica. A produção dos textos se deu por meio de interlocução com os regentes das disciplinas que formam o eixo programático do Curso e as suas várias etapas respondem às exigências metodológicas também programaticamente fixadas.

Cada aluno-autor indicou um docente-orientador que acompanhou o processo de elaboração dos textos, fazendo registro desse acompanhamento e recomendando a aprovação final do trabalho para efeito de avaliação de desempenho. A indicação para publicar veio de bancas examinadoras constituída para esse objetivo, cujos pareceres, quando foi o caso, indicaram as modificações necessárias ao ajustamento dos textos respectivos às condições adequadas de publicação.

Analisados por seus conteúdos os artigos acabaram revelando elementos temáticos que facilitaram o seu agrupamento nas quatro partes em que são aqui classificados: **Parte 1 – Constituição e Controle Externo; Parte 2 – Controle Social e Cidadania Participativa; Parte 3 – Democracia e Controle Externo; e, Parte 4 – Procedimento e Instrumentalidade no Controle Externo**.

Nesta distribuição é possível que um ou outro texto possam estar localizados em conjuntos diversos do que o que lhes poderia designar a edição. Este ajustamento, entretanto, foi necessário para evitar excessiva fragmentação do sumário de temas.

Em última análise, nesta composição, os artigos apontam para um contexto em que Estado e Sociedade se transformam e nesse processo re-designam as instituições e as mediações que lhe dão sentido. Boaventura de Sousa Santos alude a um certo *choque desburocrático* que decorre das atuais relações entre Estado e cidadãos, para indicar ser “adequado definir os critérios que permitam aos cidadãos avaliar os seus resultados e apóia-los ou resistir-lhes” (*O Choque Desburocrático, Constituição & Democracia*, Tribuna do Brasil/UnB/SindjusDF, Observatório da Constituição e da Democracia, Grupo de Pesquisa Sociedade, Tempo e Direito, Faculdade de Direito da UnB, 2/4/06, pág. 24).

Penso que neste processo a categoria controle, social e político, atinge uma dimensão vigorosa, tanto em seus aspectos jurídicos quanto técnicos, passando a constituir-se como – é novamente Boaventura de Sousa Santos quem o diz – “*critério fundamental para avaliar a eficiência e a racionalidade das ações de governo, seu impacto na cidadania e, especialmente, nos direitos sociais dos cidadãos*” (*idem*).

De fato, os artigos que compõem *Sociedade Democrática, Direito Público e Controle Externo* caminham nesta direção. Eles revelam uma disposição funcional, qualificada na experiência de re-fundamentação paradigmática que o Curso Direito Público e Controle Externo proporcionou aos seus autores, para pensar o *controle externo* no patamar de relevância política que a Constituição de 1988 lhe atribuiu.

Eles situam, assim, o *controle externo* como idéia-força de uma solidariedade fiscalizadora e participativa que confere ao Estado e ao seu aparato administrativo, comprometimento direto com as exigências sociais de submissão a parâmetros de inclusão, segundo princípios de uma verdadeira democracia redistributivista, alternativa às formas burocráticas facilitadoras de exclusões.

JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR  
PROFESSOR DA FACULDADE DE DIREITO DA UNB  
COORDENADOR DO CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO E CONTROLE EXTERNO

## CONSTITUIÇÃO E CONTROLE EXTERNO



# O CONTROLE EXTERNO DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO REALIZADAS PELAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA BANCÁRIAS

---

ARSÊNIO JOSÉ DA COSTA DANTAS

“O Senhor... Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas – mas que elas vão sempre mudando...”. [Riobaldo, no Grande Sertão: veredas, de Guimarães Rosa].

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O CONTROLE EXTERNO; 2. A DISTINÇÃO PÚBLICO E PRIVADO E OS PARADIGMAS DE ESTADO DE DIREITO; 3. NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E REGIME JURÍDICO DE SEUS BENS; 4. ATUAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA; 5. O CONTROLE DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O artigo 70 da Constituição Federal de 1988 determina que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo e pelo sistema de controle interno de cada poder. O artigo 71 da Carta Magna explicita que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União – TCU, ao qual compete, entre outras atribuições, as seguintes:

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV – realizar por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II.

Da análise do artigo 70 e dos excertos do artigo 71, verifica-se que as sociedades de economia mista, por serem integrantes da administração indireta, submetem-se à fiscalização do TCU. Porém, dada a sujeição dessas sociedades ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o disposto no artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, este dispositivo tem sido invocado e, inclusive, fundamentado decisões no sentido de afastar o controle externo das sociedades mistas. Tal entendimento é exemplificado principalmente na decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.875,<sup>1</sup> que entendeu não ser cabível a exigência de instauração de tomada de contas especial<sup>2</sup> contra empregados do Banco do Brasil.

Consta da ementa da referida decisão o seguinte:

[...] O TCU NÃO TEM COMPETÊNCIA PARA JULGAR AS CONTAS DOS ADMINISTRADORES DE ENTIDADES DE DIREITO PRIVADO. A PARTICIPAÇÃO MAJORITÁRIA DO ESTADO NA COMPOSIÇÃO DO CAPITAL NÃO TRANSMUDA SEUS BENS EM PÚBLICOS. OS BENS E VALORES QUESTIONADOS NÃO SÃO OS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MAS OS GERIDOS CONSIDERANDO-SE A ATIVIDADE BANCÁRIA POR DEPOSITOS DE TERCEIROS E ADMINISTRADOS PELO BANCO COMERCIALMENTE.

Como o caso concreto versou sobre operações ativas realizadas pelo conglomerado Banco do Brasil com recursos captados de terceiros, durante a votação, a discussão foi centrada na natureza, ou seja, na origem dos recursos envolvidos nas operações, se pública ou privada, dado que o julgamento de contas pelo TCU cinge-se aos bens, dinheiros e recursos públicos (art. 71, II, CF). Ficou explicitado no voto vencedor, por maioria, que a prestação de contas só se daria, em se tratando de banco estatal, se envolvesse a gestão de fundos governamentais, levando gestores dessas instituições a entender que as operações de crédito por elas realizadas estariam fora da fiscalização do TCU, salvo se realizadas com recursos estritamente públicos.

É certo que a ausência de fiscalização do TCU em operações da espécie interessa a gestores dos bancos estatais, contudo, a teoria do controle externo e a distinção contemporânea entre o público e o privado no contexto do Estado Democrático de Direito estão a recomendar outra solução para o caso.

Assim, o objeto do presente trabalho é demonstrar que as operações de crédito realizadas por sociedades de economia mista bancárias com lastro em recursos captados no mercado sujeitam-se ao controle externo que compete ao TCU nos termos do art. 71 da Constituição Federal de 1988, em vista do ordenamento jurídico vigente e da regulamentação das instituições financeiras em geral.

24

## 1. O CONTROLE EXTERNO

De acordo com Vives, é essencial para a existência de um Estado democrático, não só a origem democrática do poder, mas também o seguinte requisito:

La creación y organización de todas aquellas instituciones y mecanismos que permitan el ejercicio de una actividad de control de esse poder estatal. (...) De esta forma, a medida que va avanzando el proceso de democratización, deberían ir progresando también de forma proporcional, los mecanismos de control.<sup>3</sup>

Para esse autor, o nascimento e o desenvolvimento do Estado Constitucional de Direito e a adoção do princípio da separação dos poderes trouxeram uma nova dimensão ao conceito de fiscalização financeira e contábil da Administração, bem assim que, necessariamente, deve existir uma atividade de controle entre o Legislativo e o Executivo ou a Administração Pública, atividade essa costumeiramente reforçada com a presença de um órgão de contas ou de controle externo.<sup>4</sup>

Essa visão de controle externo desenvolveu-se a partir dos dois modelos de controle de gastos públicos historicamente existentes, o jurisdicional francês, onde se situa o nascimento dos tribunais de contas, e o modelo britânico, que deu origem ao sistema de auditorias gerais, tendo sido recepcionada e adotada, de um modo ou de outro, por



muitos países do mundo. O objeto do controle, para Vives, abrange a totalidade da atividade/gestão econômico-financeira e das operações de todos os entes e organismos que compõem o setor público, e deve, portanto, atender à exigência de que se fiscalize toda atividade econômica estatal, e não apenas a legalidade dos atos da Administração, mormente no contexto do Estado Social empresário e do Estado Democrático de Direito.<sup>5</sup>

Apesar de esses órgãos de controle poderem existir em quaisquer regimes políticos, é certo que nos regimes democráticos é que assumem toda a sua plenitude, no desdobramento da função essencial de informar à sociedade e aos seus representantes no Parlamento, como são geridos os recursos financeiros e patrimoniais públicos que, na realidade, lhes pertencem, com a eventual e conseqüente apuração de responsabilidades.<sup>6</sup> Essa, portanto, é a perspectiva do controle externo que se deve adotar para o caso das operações de crédito realizadas com recursos captados junto a terceiros pelas sociedades de economia mista bancárias.

## 2. A DISTINÇÃO PÚBLICO E PRIVADO E OS PARADIGMAS DE ESTADO DE DIREITO

De acordo com Araújo Pinto, para que seja aceitável e coerente o discurso sobre o tratamento das esferas do público e do privado é necessário inserir a descrição nos paradigmas de Estado de Direito verificados na história ocidental. Conforme o autor, no **Estado Liberal**, moldado pelo constitucionalismo clássico, pode-se “perceber uma nítida assimetria na relação **público-privado**. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado”, com a predominância da figura do contrato. Como conseqüência da luta contra o absolutismo, o público, inteiramente associado ao Estado, é visto com reserva.<sup>7</sup>

Sobre esse primeiro paradigma, Carvalho Netto afirma que ao limitar o Estado à legalidade, ou seja, ao requerer que a lei autorize a atuação de um Estado mínimo, configura, um ordenamento jurídico de regras gerais e abstratas, essencialmente negativas, que consagram os direitos individuais ou de 1ª geração, cenário no qual “a atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado”.<sup>8</sup>

Surgem, entretanto, segundo Araújo Pinto, a partir da segunda metade do Século XIX, manifestações de conflito e revolta por parte de setores atingidos pela crescente desigualdade material na distribuição de poder e riqueza – processo esse inicialmente acelerado pela Revolução Industrial Inglesa –, que marcam a ruptura do paradigma liberal. Datam desse período também manifestações no campo da teoria da constituição, acerca do estrito formalismo em que vinha incorrendo o Estado Liberal. A reação do Estado às revoltas e conflitos deu-se mediante uma mudança de paradigma: o surgimento do **Estado Social**, cuja tônica é a idéia de compensação, tornando-se o Estado um grande provedor, daí decorrendo um enorme crescimento do número de seus órgãos e de suas competências. Nessa perspectiva, afirma o autor, modifica-se a relação público e privado, havendo a hipertrofia do público. Inverte-se a polaridade verificada no Estado Liberal: a dimensão privada é que passa a ser vista com desconfiança. Altera-se a distinção entre direito público e direito privado, e a rigor, todo direito é público no Estado Social.<sup>9</sup>

Acerca do Estado Social, Carvalho Netto pondera que:

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de 2ª geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais):

a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação, ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.<sup>10</sup>

Assim, para esse mesmo autor, a hermenêutica jurídica reclama métodos mais sofisticados como as análises teleológica, sistêmica e histórica capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, no sentido da materialização do direito que a mesma contempla, tendo em conta a dinâmica das necessidades dos programas sociais. Com o final da 2ª Guerra Mundial, prossegue Carvalho Netto, o modelo do Estado Social começa a ser questionado, mas é no início da década de setenta que a crise do paradigma do Estado Social manifesta-se em toda a sua dimensão, na medida em que o Estado interventor transforma-se em empresa acima de outras empresas, tendo lugar “o advento dos direitos da 3ª geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros. [...] A relação entre o público e o privado é novamente colocada em xeque”<sup>11</sup>

Sustenta Araújo Pinto que:

É com a crise do Estado Social que se viabiliza a construção - ainda em pleno andamento - de um novo paradigma: **o Estado Democrático de Direito**. [...] As esferas do público e do privado [...] passam, num cenário de construção do Estado Democrático de Direito, a ser vistas como complementares, equiprimordiais. [...] Figuras jurídicas clássicas como a de “discrecionabilidade da Administração” ou a de “ato de império” passam a ser observadas, sob o ponto de vista de uma crítica radicalmente democrática, como esferas de atuação do poder administrativo que atuaram, por grande período de tempo, isentas de qualquer controle ou discussão por parte da sociedade”.<sup>12</sup> [sem destaque no original]

26

Em sintonia com o exposto, Freitas assinala o seguinte:

O regime de princípios de Direito Público, bem entendido, não se apresenta em posição antagônica ao regime de Direito Privado, porque o sistema jurídico é um só, o que implica, por exemplo, que o chamado “Direito Privado Administrativo” não deve ser encarado como acento da estatização ou, o que seria erro idêntico, como sonegação do plexo específico de princípios publicistas regentes das relações de administração, ainda quando o Estado explore, por exceção, atividade econômica.<sup>13</sup>

No campo da hermenêutica constitucional, Carvalho Netto adverte que no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que satisfaçam a um só tempo, “a exigência de dar curso e reforçar a crença na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto”.<sup>14</sup>

A lição de José Afonso da Silva sintetiza esse cenário concluindo que:

A igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda em elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base

material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, como vimos, foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social, nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática, qual seja a que instaure um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e de sua participação nos rendimentos da produção”.<sup>15</sup>

Sobre controle e democracia, afirma Bobbio, ao discutir as informações de que hoje dispõem os governos democráticos sobre os cidadãos, que “a velha pergunta que percorre toda a história do pensamento político – ‘quem custodia os custódios?’ – hoje pode ser repetida com esta outra fórmula: ‘quem controla os controladores?’”. E nesse sentido, pondera que se não conseguir encontrar uma resposta adequada para esta pergunta, a democracia, como advento do governo visível, está perdida. Quer dizer, “mais do que uma promessa não cumprida, estaríamos aqui diretamente de uma tendência contrária às premissas: **a tendência não ao máximo controle do poder por parte dos cidadãos, mas ao máximo controle dos súditos por parte do poder**” [sem destaque no original].<sup>16</sup>

Bobbio ressalta outra citação, porquanto entende que ela enuncia em poucas linhas um dos princípios fundamentais do Estado Constitucional, o de que o caráter público é a regra e o segredo é a exceção, a qual lança luzes sobre o impenetrável universo das operações financeiras realizadas pelos entes governamentais: “Não há nada de secreto no Governo Democrático? Todas as operações dos governantes devem ser conhecidas pelo Povo Soberano, exceto algumas medidas de segurança pública, que ele deve conhecer apenas quando cessar o perigo”.<sup>17</sup>

Nessa mesma perspectiva a afirmação de Carvalho, ao discorrer sobre a Administração Pública no âmbito do Estado Democrático de Direito, no sentido de que a submissão da Administração a um conjunto de princípios, inclusive de natureza ética, exige, em contrapartida e como uma garantia maior do cidadão, a ampliação do controle sobre a atividade administrativa, tanto em nível judicial quanto por parte do Parlamento, e, ainda, pelo próprio Executivo.<sup>18</sup>

Bresser Pereira também deixa clara a importância social do controle, ao afirmar que existe no plano da sociedade civil uma luta democrática e republicana para que esta assuma o papel de defensora dos direitos de cidadania, e que através da democratização da sociedade civil e do aprofundamento da democracia, é possível construir um consenso sobre o interesse público, consenso esse que:

permite a emergência, neste último quartel do século XX, de um novo direito de cidadania, ‘os direitos republicanos’: **o direito que cada cidadão tem de que o patrimônio público seja de fato utilizado de forma pública**. Estes novos direitos [...] apenas se afirmam na medida em que a sociedade civil em cada país estabelece um consenso civilizado pelo interesse público, de forma a poder assumir a sua defesa: a defesa do patrimônio público. [...] Enquanto os direitos civis se afirmam contra um Estado autoritário todo-poderoso, os direitos políticos dão voz aos cidadãos dentro desse Estado, e os direitos sociais transformam o Estado em defensor de determinados direitos coletivos básicos, os direitos republicanos defendem o Estado ou mais amplamente a coisa pública contra sua captura por poderosos grupos privados<sup>19</sup> [sem destaque no original].

### 3. NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E REGIME JURÍDICO DE SEUS BENS

A personalidade jurídica das sociedades de economia mista tem tido, por muito tempo, caráter polêmico, em razão da dualidade de sua disciplina pelo direito privado e por normas de direito público.<sup>20</sup> A par disso, o legislador constituinte optou por consagrar a natureza privada da sociedade de economia mista, enquanto participante estatal na exploração direta de atividade econômica, conforme se verifica na letra do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Contudo, embora as sociedades de economia mista tenham personalidade de direito privado, o seu regime jurídico é híbrido, sofrendo influxo do direito público, conforme defendem Di Pietro<sup>21</sup> e Meirelles<sup>22</sup>, entendimento esse afirmado no julgamento do RESP 417794/RS no Superior Tribunal de Justiça.<sup>23</sup> Quer dizer, em que pese a sujeição ao regime jurídico das empresas privadas, a atuação das sociedades de economia mista encontra-se condicionada à disciplina normativa de direito público, mormente no que respeita à própria Constituição Federal de 1988.

Da interpretação do artigo 173, § 1º, inciso II, da Lei Maior, que prevê a sujeição das sociedades de economia mista ao regime jurídico próprio das empresas privadas, extrai-se que é vedado qualquer favorecimento legal ou benefício do Poder Público às empresas mistas enquanto participantes do domínio econômico, em resguardo ao princípio constitucional da livre concorrência, sem que isso signifique dispensá-las das sujeições típicas da Administração Pública, como a submissão ao controle externo.

Nesse sentido, sendo entes da administração indireta, as sociedades de economia mista devem observância aos princípios norteadores da Administração Pública de que trata o art. 37, *caput*, da Carta Magna. Assim, ainda que realizem negócios na esfera privada, estão sujeitas aos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, bem como sujeitam-se a outras limitações previstas no mesmo art. 37, como às exigências de autorização legislativa para sua instituição (inciso XIX), de investidura em cargos mediante aprovação em concurso público (inciso II), sujeição aos limites de remuneração, quando for o caso (§ 9º) e requisitos para ocupação de cargos (§ 7º), bem assim submetem-se ao regime de licitações e contratos (inciso XXI). Obedecem, ainda, à lei orçamentária anual, na hipótese prevista no art. 165, § 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Quanto ao regime dos bens das estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), Meirelles entende que:

São, também, bens públicos **com destinação especial e administração particular** das instituições a que foram transferidos para consecução dos fins estatutários. A origem e a natureza total ou predominante desses bens continuam públicas; sua destinação é de interesse público; apenas sua administração é confiada a uma entidade de personalidade privada, que os utilizará na forma da lei instituidora e do estatuto regedor da instituição. [...] Esse patrimônio, embora incorporado a uma instituição de personalidade privada continua vinculado ao serviço público, apenas prestado de forma descentralizada ou indireta por uma empresa estatal, de estrutura comercial, civil, ou mesmo especial. Mas, *lato sensu*, é **patrimônio público** [...].<sup>24</sup>

Geraldo Ataliba, por sua vez, não deixa qualquer dúvida sobre a relação do regime dos bens das empresas mistas e o controle externo, ao asseverar que o conceito de bem

para efeito de controle financeiro é o mais amplo possível, abrangendo dinheiros, direitos de conteúdo econômico e toda e qualquer coisa – em que o dinheiro se pode converter – imputável a qualquer título às pessoas públicas e às entidades da administração indireta, mesmo as regidas por regime de direito privado. Em conseqüência, assevera que “devem entender-se por bem, para o efeito do irresistível controle externo, todas e quaisquer coisas materiais e imateriais, dotadas de valor econômico, atual ou potencial, afetadas de algum modo à atividade administrativa”.<sup>25</sup>

O entendimento de que os bens das sociedades de economia, e de resto, das empresas públicas, por se submeterem ao mesmo regime constitucional, são públicos, embora pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado foi defendido por Freitas, a partir de diversos argumentos entre os quais o de que a Lei de Licitações trata seus bens como públicos – exigindo avaliação prévia, licitação na modalidade concorrência – ao disciplinar a alienação de bens imóveis e móveis, cuidando apenas de não exigir, em relação às empresas mistas e às públicas, diferentemente do que faz em relação aos imóveis de pessoas jurídicas de direito público, a autorização legislativa. Além desse argumento, registra Freitas o de que a expressão do art. 99, parágrafo único, do novo Código Civil, que considera dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas da Administração Pública para as quais tenha sido dada estrutura de direito privado, abarca as sociedades mistas e as empresas públicas, bem assim o de que a Lei de Responsabilidade Fiscal tratou os bens de determinadas empresas mistas e das empresas públicas como bens residentes no regime publicista.<sup>26</sup>

#### 4. ATUAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA A EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

A atuação dos bancos oficiais, sejam eles sociedades de economia mista ou empresas públicas, foi mantida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, significando que houve recepção constitucional e, conseqüentemente, que estão presentes os requisitos constitucionais de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo na exploração da atividade econômica por essas entidades, conforme disposto em seu art. 173, caput, da *Lex Maxima*.

As competências atribuídas ao Banco do Brasil, nos termos do artigo 19 da Lei nº 4.595/64, ao Banco do Nordeste, conforme disposto no artigo 8º da Lei nº 1.649/52, e ao Banco da Amazônia, de acordo com o art. 1º da Lei nº 5.122/66, todas sociedades de economia mista, não deixam dúvidas quanto à dimensão da coletividade abrangida com seus negócios, de modo que o interesse coletivo, nesse caso, se confunde com interesse público primário.<sup>27</sup> Corrobora tal entendimento, o fato de o sistema financeiro brasileiro ser um dos mais desenvolvidos do mundo, inclusive contando com a presença de instituições financeiras com destacada atuação internacional, plenamente capacitadas para atender aos agentes econômicos. Assim, a atuação de instituições financeiras controladas pelo Estado só se concebe num plano em que esteja presente o interesse público, do contrário, bastaria o Tesouro Nacional comprar uma participação acionária, minoritária, de outras instituições financeiras cujos lucros são astronômicos,<sup>28</sup> que estariam atendidas as necessidades de resultados financeiros.

A esse respeito, Carvalhosa considera que “o conceito fundamental, para se entender a função da sociedade de economia mista e sua forma capitalista, com a participação de acionistas privados minoritários, é de que ela precipuamente deve atender ao **interesse público primário**, e não ao **interesse público secundário** ou à **finalidade de lucro**”<sup>29</sup> [grifos do original].

## 5. O CONTROLE DAS OPERAÇÕES DE CRÉDITO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A votação do Mandado de Segurança nº 23.875 do STF, cujo excerto da ementa está transcrito retro, foi centrada na interpretação do disposto no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que trata da competência do TCU para o julgamento das contas dos administradores e daqueles que manejarem recursos públicos, ou seja, a competência jurisdicional do TCU. Nos termos do voto-vista vencedor, ficou assente o entendimento de que recursos captados de terceiros em decorrência da atividade bancária não são públicos. Não se atentou, entretanto, para o fato de que além da competência de julgar contas, o TCU tem um extenso rol de atribuições constitucionais, entre as quais a de realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial **das entidades da administração direta e indireta**, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, como determina o artigo 71, inciso IV, c/c o artigo 70 da Carta de 88.<sup>30</sup>

Voltando-se ao cerne da questão, uma situação hipotética, mas perfeitamente factível, pode exemplificar a jurisdição do TCU sobre as sociedades de economia mista, a par da natureza ou origem dos bens por elas geridos. Suponha que a sociedade de economia mista capte recursos em banco no exterior e, mediante contratação de terceiros aqui no Brasil, construa um centro tecnológico de processamento de dados. Pergunta-se: o TCU tem competência para fiscalizar a execução desses contratos? Pode verificar se os valores pagos aos contratados estão de acordo com os previstos no contratos? Pode examinar se os bens adquiridos estão tecnicamente em conformidade com as especificações contratuais? Evidentemente que sim, à luz dos dispositivos constitucionais, que estabelecem a competência do órgão de controle externo. E aí indaga-se: e os recursos hipoteticamente empregados na aquisição dos bens não são de natureza privada, porquanto obtidos via empréstimo em banco alienígena? Esse distinção, portanto, não importa ao controle externo, já que este deve cuidar de qualquer atividade financeira do ente público, razão pela qual o emprego de recursos captados no mercado pode ser fiscalizado mediante controle externo.

30

Deste mesmo modo ocorre quanto aos famigerados contratos de publicidade e propaganda celebrados por essas entidades com agências de publicidade, cujas despesas são custeadas com recursos provenientes da própria atividade de exploração econômica da empresa. A se adotar a distinção recurso público x recurso privado da decisão do STF em apreço, não haveria recursos públicos envolvidos. No entanto, só para citar casos recentes, a partir da avalanche de denúncias veiculadas na imprensa sobre possíveis casos de corrupção e de desvio de recursos envolvendo **preponderantemente** as estatais,<sup>31</sup> o Sr. Presidente do TCU, em 06/07/2005, fez comunicação no Plenário daquela Casa determinando a realização de auditorias nas entidades alvo das denúncias, com vistas a auxiliar os trabalhos de investigação paralelamente conduzidos pelas Comissões Parlamentares de Inquérito nos termos do art. 49 da Carta Magna. Toda a fiscalização do TCU e das CPI, cujos achados foram fartamente divulgados nos órgãos de imprensa, foi conduzida nas estatais sem que, a rigor, tivesse sido gasto sequer um centavo de recursos do Tesouro Nacional.

A Lei nº 4.595/64, em seu art. 17, estabelece que são consideradas instituições financeiras “as pessoas jurídicas públicas e privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, a intermediação ou a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”. Quer dizer, a função precípua das instituições financeiras, e, de resto, do sistema financeiro como um todo, é captar recursos dos poupadores e repassar aos agentes econômicos que necessitam de recursos. Portanto, a consecução dessa atividade da sociedade de economia mista bancária viabiliza-se mediante a realização de suas

operações passivas (ligadas à captação) e das operações ativas (aplicação), onde se incluem as operações de crédito, parcela significativa do total do ativo dos bancos.<sup>32</sup> Deve-se verificar que além dos bancos estatais citados, há outras sociedades mistas que realizam operações financeiras de valores expressivos como o Instituto de Resseguros do Brasil, a Petrobrás e Furnas, além das empresas públicas que atuam no sistema financeiro nacional como a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Portanto, abrir mão da fiscalização desses recursos é o mesmo que nada fiscalizar, o que se revela incompatível com o controle externo de natureza parlamentar, que visa ao controle de toda atividade econômica estatal, bem como não se coaduna com a atuação das estatais na exploração da atividade econômica sujeita ao requisito do relevante interesse coletivo, conforme a letra do art. 173 da Lei Maior.

Conforme já dito, o foco da citada decisão do STF foi a natureza dos recursos envolvidos nas operações de crédito vis-à-vis a competência do TCU para julgar as contas dos que se utilizarem de recursos públicos. Contudo, ainda que se tenha em foco, como fez o STF naquela ocasião, a atuação do TCU enquanto julgador de contas, pode-se verificar, que mesmo nessa hipótese, é cabível a fiscalização da Corte de Contas nas operações da instituição, porquanto o parágrafo único do art. 70 da Carta de 88, que estabelece quem tem o dever de prestar contas, inclui as situações em que se tenha bens e valores “pelos quais a União responda”. Nesse diapasão, quem responde pelos recursos captados ou aplicados pela sociedade de economia mista, regida pela Lei das Sociedades Anônimas, de acordo com a natureza ou tipo dessas sociedades, são os sócios, limitada a responsabilidade ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (artigo 1º da Lei nº 6.404/76), e o **sócio majoritário obrigatoriamente é a União**.

Além disso, o *caput* do mesmo artigo 70 prevê que a fiscalização da União e das entidades da administração direta e indireta, será exercida, entre outros aspectos, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade. Não se vislumbra como se possa verificar tais aspectos da gestão de uma sociedade de economia mista bancária sem que se fiscalize suas operações ativas, nas quais se incluem as operações de crédito, bem como suas operações passivas, enfim a intermediação financeira que caracteriza a instituição financeira, independentemente da fiscalização exercida pelo Banco Central, que em última instância cuida da solvência do sistema financeiro nacional, e pela Comissão de Valores Mobiliários, entidades vinculadas ao Ministério da Fazenda, portanto, situadas na órbita do mesmo Poder (Executivo).

Aliás, a própria regulamentação das instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN aponta para a natureza pública das operações. O Conselho Monetário Nacional, dentro de sua competência atribuída pela Lei nº 4.595/64, editou a Resolução nº 2.099/94 e alterações posteriores, que estabelecem uma relação direta de responsabilidade entre os acionistas e as operações realizadas pela instituição. O patrimônio líquido exigido (recursos dos sócios) da sociedade é função das suas operações ativas e dos riscos dessas operações, de modo que, para operar, ela tem que ter um patrimônio mínimo. Ressalte-se que no voto que fundamentou a mencionada resolução do CMN, e no próprio texto da Resolução, ficou estabelecida como condição indispensável ao funcionamento das instituições integrantes do SFN a manutenção de capital integralizado e patrimônio líquido ajustado nos níveis mínimos exigidos, bem como de patrimônio líquido em valor compatível com o nível de risco de suas operações ativas. Por este princípio, cada operação da sociedade mista bancária só poderá ser realizada se contar com a participação de recursos do acionista majoritário, de modo que ele assumo o risco dos capitais da operação junto com os demais acionistas e, principalmente, junto com os poupadores (terceiros). Como se sabe, o acionista majoritário das sociedades de economia mista bancárias é o Tesouro Nacional.

Melhor explicando, no dizer de Carvalho, "... se o banco pusesse seu próprio capital em risco quando fizesse empréstimos, expondo-se a perdas em caso de *default*, seria de se esperar que fosse mais cauteloso em suas decisões"<sup>33</sup> [destaque do original].

No bojo da adequação do capital das instituições às regras da Basileia é que foi editado o Programa de Fortalecimento das Instituições Financeiras Federais (conforme Medida Provisória nº 2.961/2001). Referida MP, até hoje sem conversão em lei, determinou a cessão de créditos ditos "podres" detidos pelos Bancos públicos para o Tesouro Nacional.<sup>34</sup> Ou seja, o Tesouro, para não ter que aportar mais capital nas suas instituições bancárias, por conta de riscos, diga-se, prejuízos, nessas operações, assumiu operações inicialmente conduzidas por elas.

Nesse sentido, considerando o capital majoritário da União nos bancos estatais e o limite acima referido, pode-se chegar à conclusão de que as operações de crédito das sociedades mistas bancárias, a par da captação de recursos de terceiros, deverão sempre contar com parcela de recursos do Tesouro Nacional, se respeitadas as regras do Conselho Monetário Nacional.

Observe-se que a realização de operações ativas, particularmente as de crédito, situam-se dentro da discricionariedade do administrador, evidentemente dentro dos critérios estabelecidos pela própria instituição, pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários. O TCU, portanto, não determina a quem os bancos federais devem emprestar ou quando e de quem devem comprar títulos ou realizar outros negócios, por exemplo. Porém, a Corte de Contas tem competência para fiscalizar tais operações a qualquer tempo, porquanto há o risco para o acionista controlador em cada uma de suas operações, conforme demonstrado.

32

A fiscalização restrita a recursos no âmbito de programas e fundos governamentais comprometeria o controle externo do resto dos recursos utilizados, que são larga maioria, não sendo razoável admitir que os administradores das estatais não se submetam à fiscalização do controle externo constitucional, ou que, no dizer de Jacoby Fernandes, "usem e abusem de recursos públicos como se dirigissem uma empresa privada".<sup>35</sup>

Convém ressaltar que, recentemente, em 10/11/2005, o STF, por unanimidade, fez o entendimento do voto-vista vencedor no MS nº 23.875 ao julgar os MS nºs 25.092 e 25.181, relativos a ações impetradas pela Companhia Hidroelétrica do São Francisco (CHESF) e pelo Banco do Nordeste do Brasil S/A, ambas sociedades de economia mista<sup>36</sup>. O Relator do primeiro, Ministro Carlos Velloso, indeferiu o pedido e consignou, como já fizera no voto vencido no MS nº 23.875, que "lesão ao patrimônio de uma sociedade de economia mista atinge sem dúvida, o capital público – erário, portanto –, além de atingir também o capital privado". Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio, relator do segundo, também indeferiu o MS e deixou consignado que "não se pode negar que a atuação de banco constituído sob a modalidade de sociedade de economia mista – revelando a história recente que não se primou pela cautela no campo da atuação financeira, fazendo-se negócios temerários em face de envolvimento políticos – diz com a possibilidade de, considerada gestão descabida, haver prejuízo ao erário".

Com essa novel decisão do STF, ficou assente que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista.<sup>37</sup>



## CONCLUSÃO

A partir do modelo de controle externo consagrado nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal de 1988 e de uma crítica democrática à atuação da Administração Pública, não se pode admitir que a gestão de centenas de bilhões de reais por parte das sociedades de economia mista bancárias, mormente destinados a operações de crédito, fique imune ao controle externo, somente por se tratar de atividade bancária.

Considerando que o Tesouro Nacional, enquanto acionista majoritário, está obrigado a responder pelo risco de operações de crédito realizadas pelas empresas mistas bancárias federais com recursos captados de terceiros, que lesão ao patrimônio desses bancos atinge o capital público, bem assim que a sua atuação na exploração da atividade econômica está condicionada a relevante interesse coletivo, é imprescindível para toda a sociedade que as operações dessas instituições sejam fiscalizada mediante controle externo. Tal exigência revela-se mais premente, sobretudo no contexto do Estado Democrático de Direito, onde se deve prestigiar a visibilidade, os mecanismos de controle da Administração Pública e a materialização de direitos, especialmente o direito republicano, para usar a expressão de Bresser Pereira, de proteção do patrimônio público contra sua captura por interesses privados.

Assim, a hermenêutica no sentido de que o controle externo alcança a atuação dos gestores das sociedades de economia mista independentemente da natureza jurídica dos bens da instituição fiscalizada – visto que a sujeição ao regime privado apenas busca garantir a livre concorrência na ordem econômica em que atuam as empresas mistas, como ocorre com os direitos e as obrigações trabalhistas e tributários –, bem como da distinção pública ou privada da origem dos recursos captados, no caso das operações bancárias, mostra-se consentânea com as disposições constitucionais citadas e com os ideais do Estado Democrático de Direito.

Ademais, adotando-se a definição de Vives, não se encontra justificativa, nesse cenário, para que as operações de crédito contratadas pelas instituições financeiras públicas (bancos estatais), e de resto quaisquer operações e atividades de natureza econômico-financeira dos demais órgãos integrantes da Administração Pública, não sejam submetidas ao crivo do controle externo, eis que tal controle constitui-se em função essencial derivada da própria natureza do Parlamento.

Nesse sentido, o indeferimento dos Mandados de Segurança nºs 25.092 e 25.181, em decisão unânime, determinando que as empresas estatais envolvidas (sociedades de economia mista) se submetam à fiscalização do TCU, com base no artigo 71 da Constituição Federal de 1988, aponta para um avanço no tocante ao controle das empresas mistas e quanto ao entendimento de que as operações de crédito realizadas com recursos captados no mercado pelos bancos estatais possam ser fiscalizadas pela Corte de Contas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. "Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado". In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEM, Jorge, SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. Brasília: ENAP, UNESP, 2001.
- CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. "Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do estado de direito". In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003.
- CARVALHO, Ferando José Cardim de. "Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia". In: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação financeira e bancária**. São Paulo: Atlas, 2005.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito". In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, n° 6. Brasília: Ed. UnB, 2° semestre de 1998.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. Vol. 4. 3ª ed. rev. at.. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.
- DANTAS, Arsenio José da Costa. "O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista". In: **Revista do TCU**. Ano 35. N° 99, jan/mar. 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FREITAS, Juarez. "Regime de bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas". In: **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**. Ano II, n° 22, maio 2002/2003.
- JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TÁCITO, Caio. **Regime jurídico das empresas estatais**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jan/mar, n. 195, 1994.
- TAVARES, José F. F. **Tribunal de contas**. Coimbra: Almedina, 1998.
- VIVES, Francesc Valles. **El control externo del gasto público – configuración y garantía constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

- <sup>1</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 23.875. Revisor: Ilmar Galvão. Data de julgamento: 07.03.02. Publicado no DJ de 30.04.2004.
- <sup>2</sup> Procedimento previsto no artigo 8º da Lei Orgânica do TCU (8.443/92) que visa à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano ou prejuízo ao erário.
- <sup>3</sup> VIVES, Francesc Valles. **El control externo del gasto público – configuración y garantía constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 27.
- <sup>4</sup> Idem, p.60.
- <sup>5</sup> Idem, p. 260/264. Nesse mesmo sentido o artigo 24 da Declaração de Lima, da INTOSAI - International Organization of Supreme Audit Institutions.
- <sup>6</sup> TAVARES, José F. F. **Tribunal de contas**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 23.
- <sup>7</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 36/37.
- <sup>8</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998. p. 8.
- <sup>9</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit. p. 38/41.
- <sup>10</sup> CARVALHO NETTO, Menelik de. op. cit. p. 8/9.
- <sup>11</sup> Idem, p.10.
- <sup>12</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit. p. 45.
- <sup>13</sup> FREITAS, Juarez. “Regime de bens das sociedades de economia mista e das empresas públicas”. In: **Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal**. Ano II, nº 22, maio 2002/2003. p. 874.
- <sup>14</sup> CARVALHO NETTO, Menelik de. op. cit. p. 11.
- <sup>15</sup> Apud CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. “Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do estado de direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Cláudia Fernanda (org.). **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 333.
- <sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p.43.
- <sup>17</sup> Idem, p. 100.
- <sup>18</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. op. cit. p. 335.
- <sup>19</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado”. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEM, Jorge, SOLA, Lourdes (org.). **Sociedade e estado em transformação**. Brasília: ENAP, UNESP, 2001, p. 106.
- <sup>20</sup> TÁCITO, Caio. **Regime jurídico das empresas estatais**. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jan/mar, n. 195, p. 1-8, 1994.
- <sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 354.
- <sup>22</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 330.
- <sup>23</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESP 417794/RS. Relator: Luiz Fux. Data do julgamento: 03.09.02. DJ de 30.09.02.
- <sup>24</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 493.
- <sup>25</sup> Apud CONTI, José Maurício. **Direito financeiro na constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 4.
- <sup>26</sup> FREITAS, Juarez. op. cit. p. 869/871.

- <sup>27</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 30.
- <sup>28</sup> De acordo com os balanços de 31/12/2005 recém-publicados pelos bancos, e fartamente comentados nos órgãos de imprensa, foram os seguintes os resultados em bilhões de reais: Bradesco, 5,5 (considerado o maior lucro da história dos bancos na América latina) ; Itaú, 5,2; Unibanco, 1,8. **Revista VEJA**, edição 1945, ano 39, nº 8, de 01/03/2006.
- <sup>29</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas. Vol. 4**. 3ª ed. rev. at.. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 402.
- <sup>30</sup> Para uma crítica aos argumentos do voto-vista vencedor do MS nº 23.875, Cf. DANTAS, Arsenio José da Costa. “O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista”. In: **Revista do TCU**. Ano 35. Nº 99, jan/mar. 2004, p. 21/31.
- <sup>31</sup> Para um maior detalhamento das principais estatais, dos valores geridos e do poder dos dirigentes/agentes públicos envolvidos ver encarte “quem tem a chave do cofre”: **Revista VEJA**, edição 1912, ano 38, nº 27, de 6/7/2005.
- <sup>32</sup> O ativo total do Banco do Brasil somava R\$ 253 bilhões em 31/12/2005, conforme balanço publicado em 21/02/2006 no jornal Correio Braziliense, já incluída a carteira de crédito de R\$ 102 bilhões, o que dá idéia da relevância dos recursos envolvidos.
- <sup>33</sup> CARVALHO, Fernando José Cardim de. “Inovação financeira e regulação prudencial: da regulação de liquidez aos acordos de Basiléia”. In: SOBREIRA, Rogério (org.). **Regulação financeira e bancária**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 135.
- <sup>34</sup> Fato relevante publicado no jornal Correio Braziliense, de 25/06/01. Especificamente quanto ao Banco do Brasil, operações de várias linhas de crédito, principalmente no âmbito do crédito rural, deixariam de ser de risco do Banco, bem como houve troca de outros ativos (títulos da dívida externa brasileira e do Programa Especial de Saneamento de Ativos – PESA) com o Tesouro, no valor de R\$ 11,3 bilhões, o que, na prática, reduziu os ativos do Banco ponderados pelo risco e permitiu à instituição se enquadrar nas regras da Basiléia.
- <sup>35</sup> JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, 2ª ed., p. 132.
- <sup>36</sup> INFORMATIVO STF de 10/11/2005, Ata nº 31 de 10/11/2005.
- <sup>37</sup> DIARIO DA JUSTIÇA Nº 53, de 17/03/2006, Ata nº 7

# PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: NOVO MODELO BRASILEIRO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E NOVOS DESAFIOS PARA O CONTROLE

CARLOS EDUARDO DE QUEIROZ PEREIRA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. 1.1. O PÚBLICO E O PRIVADO: DA GRANDE DICOTOMIA À ASSOCIAÇÃO. 1.2. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL. 1.3. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E A INSERÇÃO DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. 2. INOVAÇÕES E DESAFIOS PARA O CONTROLE. 2.1. ÓRGÃO GESTOR DAS PPP. 2.2. LICITAÇÃO. 2.3. FUNDO GARANTIDOR DAS PPP (FGP). 2.4. DIREITOS DE INGRESSO (STEP-IN RIGHTS). 2.5. RESPONSABILIDADE FISCAL. 2.6. REPARTIÇÃO OBJETIVA DE RISCOS. 2.7. CONTRAPRESTAÇÃO DO PARCEIRO PÚBLICO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva dos setores público e privado.<sup>1</sup>

Assim o Presidente da República qualificou as parcerias público-privadas ao submeter ao Congresso Nacional o projeto que daria origem à Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (PPP) no âmbito da Administração Pública.

Têm-se verificado ao longo da história significativas transformações nos sentidos com que o pensamento ocidental emprega os termos público e privado, bem como nas relações entre essas duas realidades.

Essas sucessivas transformações ocorreram a par das diversas mutações por que houve de passar a concepção política do Estado (absolutista, liberal, social, do bem estar social, neoliberal) e os conseqüentes reflexos sobre a ordem econômica.

Na década de 1980, a demanda por alocação de recursos públicos em políticas sociais vê-se reprimida, ao passo em que cresce a necessidade de investimentos em infra-estrutura para viabilizar o crescimento econômico sustentado.

Surgem as políticas de desestatização, trazendo consigo as associações entre o Poder Público e a iniciativa privada para a prestação dos denominados serviços públicos, contexto em que se inserem, inicialmente no Reino Unido, as *private finance initiatives*, que dão origem as hoje propagadas parcerias público-privadas.

No Brasil, a Constituição de 1988 expressa a concepção política que acolhe a livre iniciativa como um dos pilares da ordem econômica. Com o Programa Nacional de Desestatização, em 1990, impulsionam-se as privatizações e as concessões e permissões da exploração de serviços públicos, cujo marco ocorre com a Lei 8.987/1995.

Neste artigo, tecem-se algumas considerações sobre a nova modelagem de contrato administrativo de concessão introduzida pela Lei 11.079/2004 (Lei das PPP), com vistas a identificar inovações, diante do atual regime, e novos desafios impostos ao controle.

Para os efeitos aqui pretendidos, considera-se “controle” não uma espécie associada ao um exclusivo ente com atribuições constitucionais para fiscalizar os atos da Administração Pública, como o controle externo, interno, judicial, político e social, mas um gênero, que represente este instrumento imprescindível para o sucesso de toda ação administrativa.

A primeira parte do trabalho (Parcerias Público-Privadas) visa a contextualizar as PPP e subdivide-se em três itens: (i) O público e o privado – da grande dicotomia à associação, (ii) Parcerias público-privadas na experiência internacional e (iii) A ordem econômica brasileira e a inserção das parcerias público-privadas.

Na segunda e última parte (Inovações e desafios para o controle), destacam-se alguns pontos da Lei das PPP considerados essenciais para diferenciar o modelo de parcerias da concessão tradicional e as correspondentes perspectivas de atuação do controle: (i) Órgão gestor das PPP, (ii) Licitação, (iii) Fundo garantidor das PPP (FGP), (iv) Direitos de ingresso (*step-in rights*), (v) Responsabilidade fiscal, (vi) Repartição objetiva de riscos e (vii) Contraprestação do parceiro público.

## 1. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

### 1.1 O Público e o privado: da grande dicotomia à associação

Por meio de duas comentadíssimas passagens do *Corpus iuris*, que definem o direito público e o direito privado (*quod ad statum rei romanae spectat* e *quod ad singulorum utilitatem*)<sup>2</sup>, a dupla de termos público/privado faz seu ingresso na história do pensamento político e social do Ocidente como “a grande dicotomia”.<sup>3</sup>

Todavia, tem-se assistido, ao longo da história, constantes transformações políticas, econômicas e sociais que induzem significativas mudanças nos padrões de relação entre o setor público e o setor privado, entre o Estado e a livre iniciativa dos particulares.

Do ideário liberal desenvolvido pelos iluministas na luta contra o absolutismo, emerge a concepção da economia regulada exclusivamente pela lei natural da oferta e da procura de mercado, o *laissez-faire*. Assim, a estrutura administrativa do Estado Liberal é aquela que não intervêm na estrutura social e econômica dos cidadãos (Estado mínimo).

A despeito da efetiva evolução política que representou, aquela ordem, influenciada pelos paradigmas da razão, da liberdade e do individualismo, fortemente relacionados com a classe mais rica (burguesia comercial e industrial), não é suficiente para atingir a todos e surge como fruto da exploração do trabalho humano, produzindo uma sociedade desigual e injusta.

Inicia-se a gestação do Estado Social, no qual se afirmam os direitos sociais e trabalhistas, sendo propício para o redirecionamento das funções do Estado. Prega-se a intervenção do Estado na economia a fim de diminuir os conflitos sociais.

Com o fim da Segunda Guerra, a Europa precisa ser restaurada. Surge o Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*), tendo como referência histórica na Europa Continental o Plano Marshall em 1947, também caracterizado pela forte presença do Estado na economia, a prover diretamente determinados serviços de interesse geral, que passarão a ser considerados serviços públicos.

A crescente demanda por alocação prioritária de recursos públicos na implementação de políticas sociais (saúde, educação e segurança pública), coligada à necessidade de investimentos em infra-estrutura, peça fundamental para o crescimento econômico sustentável, vê-se reprimida diante do esgotamento das fontes internacionais de recursos públicos, bem como da renda nacional expressivamente apropriada mediante tributos. Culminam, na década de 1980, fortes ondas inflacionárias e estagnação da economia mundial.

Com a crise do Estado do Bem Estar Social, surgem com grande intensidade os debates neoliberais. Impõe-se ao Estado contemporâneo o desempenho de um novo papel: sai o protagonista absoluto do desenvolvimento econômico e social e surge a personagem co-partícipe na prestação dos serviços públicos em associação com o setor privado.

O capitalismo tecnológico globalizante acelera as transformações por que as relações entre o público e o privado têm de passar. A forma clássica, em que o primeiro figura simplesmente como contratante e o segundo como contratado, tem sido substituída por novos modelos. Surgem, então, as práticas genericamente conhecidas por desestatizações, como concessões para exploração de serviços públicos, privatizações e terceirizações, em cujo contexto inserem-se as denominadas parcerias público-privadas.

## 1.2 Parcerias público-privadas na experiência internacional

O termo *public-private partnership* (PPP), na experiência internacional, nem sempre tem correspondência com o conceito legal brasileiro de parceria público-privada (PPP), pois o conceito estrangeiro, em muitos casos, engloba concessões em geral, sociedade de economia mista, *joint ventures* e até privatizações. O que aqui denominamos PPP, para os britânicos equivale a *private finance initiative* (PFI), ou iniciativa para o financiamento privado.<sup>4</sup>

Os anos 90 foram marcados pela tentativa de viabilizar projetos de infra-estrutura e de provisão de serviços públicos por meio de parcerias com o setor privado. No Reino Unido, esse movimento tem grande intensidade, mas, além da busca por financiamento privado, o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação da prestação de serviços públicos.<sup>5</sup> De acordo com o modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria estar demonstrada a observância do imperativo do bom emprego dos recursos (*good value for money*). Não haveria taxas de retorno asseguradas aos investimentos nem pisos de lucratividade. O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000, do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (*Channel Tunnel Rail Link*), que teria custado cerca de £ 4 bilhões.<sup>6</sup>

Diferentemente do caso inglês, nos Estados Unidos as parcerias público-privadas são uma característica primária da política e do sistema de bem-estar norte-americano. Há muito existe um relacionamento de profunda interdependência entre o setor público e os operadores privados. Na área de serviços sociais, a associação voluntária de indivíduos precedeu a organização do próprio aparato estatal e da atividade empresarial. Organizações não-lucrativas (setor *non-profit*) assumiram o desempenho de uma série de papéis voltados para a satisfação de necessidades públicas tidas como não abrangidas pelo escopo de atuação do Estado e das empresas. As PPP norte-americanas, nessa área, em geral tomam a forma de contratos de aquisição de serviços (*purchase-of-services contracts*), por meio dos quais entes governamentais remuneram agentes *non-profit* pela prestação de determinados serviços. No que diz respeito à infra-estrutura, a construção da ferrovia *Transcontinental Railroad*, na década de 1860, é o exemplo recorrente.

Hoje as PPP mais relevantes são utilizadas nos setores de habitação e desenvolvimento urbano, transporte e de água e saneamento. Pesquisa realizada pelo *U.S. Council of State Governments* revelou que os estados norte-americanos recorrem às PPP devido, em ordem de importância, à redução de custos, à ausência de mão-de-obra especializada no setor público e *expertise* do setor privado, à falta de suporte e apoio do Governo, excesso de procedimentos burocráticos, necessidade de implementação rápida de projetos e de inovação e qualidade nos serviços. Cite-se entre os tipos de PPP para as obras de infra-estruturas nos Estados Unidos o modelo BOOT (*build-own-operate-transfer*), em que não há propriamente um contrato de operação entre as partes pública e privada. Esta última é tida como proprietária e, se houver transferência ao Poder Público, esta somente se dará após a recuperação econômica do empreendimento.<sup>7</sup>

No Chile, o rápido crescimento econômico por mais uma década tornaria a infra-estrutura existente insuficiente para atender aos fluxos econômicos crescentes. A experiência chilena com as PPP é considerada bem-sucedida. Desde 1994, o governo chileno engajou-se em 36 projetos, com ênfase na infra-estrutura de transportes rodoviários, envolvendo recursos da ordem de US\$ 5,5 bilhões. Na esteira na tradição latino-americana, o mecanismo utilizado foi a concessão, na qual a empresa privada constrói determinado projeto e depois o opera por certo número de anos como forma de recuperar seus investimentos por meio de cobrança de pedágio dos usuários. Ao final desse período, a concessão se extingue e dá-se a expropriação dos ativos pelo governo chileno. Mais de 2.000km de estradas foram concedidos.<sup>8</sup>

Em Portugal, a primeira PPP, no início da década de 1990, foi a construção da ponte Vasco da Gama, sobre o Rio Tejo, uma das maiores do mundo. Vários outros projetos foram implementados, envolvendo a construção ou reparação de rodovias e a criação de hospitais e de usinas de geração de energia. Estas últimas construídas sob a modalidade DBPO (*design-build-operate-finance*). A recente construção da segunda pista na ponte sobre o Tejo é o maior projeto de infra-estrutura português, custando em torno de US\$ 960 milhões. Parte do programa voltada para as estradas ganhou a designação de SCUT, associada à forma de remuneração do capital privado, em que se adota o chamado pedágio-sombra (*shadow toll*), sendo o operador da estrada remunerado pelo Poder Público, e não pelo usuário final, com base no número de veículos que trafegam pela estrada. Apesar do grande apelo político em razão da ausência de cobrança direta de pedágios ("portagem"), as concessões do tipo SCUT têm-se mostrado insustentáveis do ponto de vista financeiro, representando grande ônus para o governo português, que tem anunciado a conversão de todas as *shadow tolls* em pedágios. As PPP portuguesas têm propiciado ganhos de dinamismo no desenvolvimento da infra-estrutura, contudo, verificam-se problemas que podem servir de lições, como atrasos e adiamentos do lançamento de obras, excessivo impacto orçamentário, gastos governamentais imprevistos, procedimentos demasiadamente burocráticos, em especial para obtenção de licenças ambientais, compartilhamento insuficiente e impreciso de riscos, pouca rivalidade na licitação, insuficiências técnicas em gestão de PPP etc. Para mitigar esses aspectos negativos, foram anunciadas mudanças institucionais, como a criação de unidade gestora de PPP, com função de coletar, analisar e difundir informações, prover *expertise* técnica, avaliar licitações e negociar com os parceiros privados.<sup>9</sup>

### 1.3 A ordem econômica brasileira e a inserção das parcerias público-privadas

A ordem econômica reflete a concepção política do Estado, isto é, a definição de sua função, dos limites de sua atuação e do âmbito reservado à iniciativa privada. No Brasil, a Constituição de 1988 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade



econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. A regra expressa a concepção política que acolhe a livre iniciativa como um dos pilares da ordem econômica.

A atuação estatal na atividade econômica, em regra, constitui-se intervenção. Na órbita das atividades econômicas em sentido amplo<sup>10</sup>, há, porém, aquelas que consistem em meios de satisfazer direta e imediatamente necessidades indisponíveis para a comunidade<sup>11</sup>, concernentes à prestação de serviços públicos. Sem poder deixar de ser realizados, são sempre subordinados ao regime de Direito Público, competindo ao Poder Público prestá-los, diretamente ou atribuindo essa tarefa a agentes privados, por meio de concessão ou permissão.

Concessão de serviço público é o instrumento através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que o aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta a risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.<sup>12</sup>

A outorga a operadores privados da exploração de serviços públicos toma impulso com o Programa Nacional de Desestatização (PND)<sup>13</sup>, em 1990, que teve entre os objetivos fundamentais “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”. As privatizações das empresas prestadoras serviços públicos, na linha do PND, pressupunham a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica.<sup>14</sup>

Em 1995, a Lei 8.987 regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Seguem-na as leis específicas de diversos setores econômicos e criam-se as respectivas agências reguladoras (1996: Aneel, 1997: Anatel e ANP, 2001: ANTT e Antaq, 2005: Anac). Na linha preconizada pela Reforma Administrativa<sup>15</sup>, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

As concessões tradicionais são utilizadas quando se trata de projetos economicamente viáveis, auto-sustentáveis do ponto de vista financeiro. Há casos em que implementação do projeto demanda o aporte de recursos fiscais, uma contraprestação da Administração Pública em caráter complementar ao montante arrecadado com a tarifa cobrada dos usuários. Isso ocorre quando a prestação de serviços ou a construção de obras de infra-estrutura não for atraente para os agentes privados, devido à limitação dos ganhos passíveis de serem auferidos ou ao elevado nível dos riscos inerentes ao empreendimento. Nesses casos, têm lugar as parcerias público-privadas.

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada, definindo-a como contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A concessão patrocinada (não auto-financeável) envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, obrigatória contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e deve ser adotada para a construção e gerência de rodovias, ferrovias, portos, irrigação e outros investimentos em infra-estrutura. Na concessão administrativa, o serviço será prestado direta ou indiretamente à própria Administração Pública, que poderá licitar, por exemplo, a construção e operação de hospitais, escolas e penitenciárias.

Acerca da contraprestação da Administração Pública, o contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. Agrega-se, desse modo, mais um incentivo ao cumprimento das diretrizes da contratação estabelecidas na Lei das PPP, como a eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade e o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços.

## 2. INOVAÇÕES E DESAFIOS PARA O CONTROLE

### 2.1 Órgão gestor das PPP

Conforme previsto na Lei das PPP, o Decreto 5.385, de 4/3/2005, instituiu o Comitê Gestor de Parcerias Público-Privadas Federais (CGP), integrado por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), na coordenação, do Ministério da Fazenda (MF) e da Casa Civil da Presidência da República, competindo-lhe, precipuamente, (i) definir os serviços prioritários para a execução no regime de PPP, (ii) disciplinar os procedimentos para a celebração desses contratos, (iii) autorizar a abertura da licitação e aprovar os instrumentos convocatórios e de contratos, (iv) apreciar os relatórios semestrais de execução dos contratos, enviados pelos ministérios e agências reguladoras, em suas áreas de competência, (v) elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União relatório anual de desempenho dos contratos e disponibilizar, na Internet, as informações nele constantes.

Como estrutura de apoio, o CGP conta com a Comissão Técnica das Parcerias Público-Privadas (CTP), com representação multisetorial e funções de assessoramento técnico, e a Secretaria-Executiva, de apoio à execução dos trabalhos do CGP e da CTP.

Para a deliberação do CGT sobre contratação de PPP, o pedido deve ser instruído com pronunciamento prévio, fundamentado e conclusivo do MPOG, sobre o mérito do projeto, e do MF, quanto à forma da garantia a ser concedida ao empreendedor privado e a viabilidade de sua concessão, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao atendimento do limites fiscais e orçamentários previstos na Lei das PPP, que visam a cumprir os mecanismos de controle de endividamento público.

O CGP será, senão de direito, de fato, um órgão vinculado ao MPOG, a cuja autoridade titular caberá a designação de todos os seus membros, o que denota o enorme poder político do ministério. A acentuada proeminência dos membros do CGP no plano político os sujeitará a **“inúmeras pressões e atuação de poderosos lobbies de empreiteiras que rondam nebulosamente o universo licitatório do país”**.<sup>16</sup>

Destaque-se que todos os instrumentos de contrato, bem como suas alterações, deverão ser antes aprovados pelo CGT, o que inclui revisões tarifárias e da contraprestação pecuniária da Administração Pública. Requer-se especial atenção do controle sobre esse ponto, o que já ocorre com relação às concessões tradicionais, mas agora com foco não apenas na atuação das agências reguladoras, de quem se vê mitigada a competência para estabelecer ou homologar esses preços.

Como possui funções executiva, fiscalizatória e consultiva em relação aos contratos de concessão de que trata a Lei das PPP, o órgão federal de administração das parcerias deverá “prestar contas” ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União por meio de relatórios anuais, em que deverá constar as atividades exercidas pelo órgão e

o desempenho dos contratos de concessão.<sup>17</sup> A propósito, o TCU deve antecipar-se em disciplinar, mediante instrução normativa, os procedimentos para a elaboração, entrega e apreciação das informações que deverão constar nos relatórios de desempenho dos contratos de PPP, aplicando-se, no que couber, as regras estabelecidas nos normativos já em vigor, que dispõem sobre a fiscalização, prévia e concomitante, da outorga da concessão à execução contratual.<sup>18</sup>

## 2.2 Licitação

Por envolver a execução de obras e a prestação de serviços públicos, os contratos de parcerias serão precedidos de processo de licitação pública, conforme estabelece o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O atual marco regulatório das contratações públicas, formado pela Lei 8.666/1993 (contratação administrativa), pela Lei 8.987/1995 (concessão da prestação de serviços públicos) e por outras que lhes são correlatas, é complementado pela Lei 11.079/2004, em face das peculiaridades dos objetos da contratação no regime de parcerias público-privadas.

Conforme as concessões comuns, as concessões no regime de parcerias deverão ser licitadas na modalidade de concorrência, cuja abertura, entretanto, condiciona-se a autorização da autoridade competente<sup>19</sup>, fundamentada em estudo técnico atualizado (que justifique a contratação no regime de PPP e demonstre que as despesas não afetarão as metas de resultados fiscais e o limites das obrigações contraídas pela Administração), estimativa de impacto orçamentário-financeiro durante a vigência do contrato, previsão e compatibilidade com as leis orçamentárias (PPA, LDO e LOA), estimativa de fluxo positivo de recursos públicos para o cumprimento das obrigações, consulta pública e licenciamento ambiental.

Embora a lei condicione a abertura do certame licitatório a estudo prévio que justifique a contratação no regime de PPP, ou seja, à demonstração da efetiva vantagem em termos de custo e benefício (*value for money*), a experiência europeia mostra que a avaliação definitiva sobre o potencial do projeto em gerar *value for money* somente poderá ser feita ao final do processo de licitação.<sup>20</sup>

Deverão ser precedidas de autorização legislativa específica as concessões cuja contraprestação paga diretamente pela Administração Pública, além das tarifas cobradas dos usuários, exceder 70% do total da remuneração do parceiro privado.

Além dos critérios de julgamento previstos na Lei 8.987/1995, poderá ser adotado o de menor valor da contraprestação ou ainda o da ponderação deste critério com o de melhor técnica. Exame prévio das propostas técnicas, antes do julgamento, também poderá ser realizado apenas para fins de qualificação.

Com vistas a estimular a disputa, o edital poderá definir que as propostas econômicas escritas serão seguidas de lances em viva voz, na ordem inversa da classificação das propostas escritas, os quais poderão ser restritos aos licitantes cujas propostas escritas não ultrapassem de 20% o valor da melhor delas. Essa opção assemelha-se à modalidade do pregão (Lei 10.520/2002 e Decreto 3.555/2000).

O edital poderá também estabelecer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, com a adjudicação do objeto ao primeiro licitante habilitado, observada a ordem de classificação das propostas econômicas.

Outra novidade é a possibilidade de saneamento de falhas, de complementações ou correções de caráter formal na habilitação e nas propostas. O controle deve estar atento para que essa faculdade, em princípio vantajosa, não gere abusos ou manipulações de propostas, prejudicando, assim, o certame e colocando em dúvida todo o processo.

Conquanto a lei condicione a contratação no modelo de parceria público-privada à demonstração das razões de “conveniência e oportunidade”, a abertura do processo licitatório não configura ato discricionário, isso porque os critérios que apontam para a opção PPP devem ser objetivos, devendo ser apontados, por exemplo, os “gargalos” na infra-estrutura e os riscos de colapso dos sistemas (portuário, ferroviário, rodoviário, elétrico) caso as obras não sejam realizadas, bem como a falta de recursos públicos para realizar a operação.<sup>21</sup>

A lei determina a submissão das minutas de edital e de contrato à audiência pública. A medida, que visa a dar efetividade ao princípio da publicidade e é instrumento útil de controle social, já tem previsão na Lei 8.666/1993 (art. 39), não obstante, a Lei das PPP inova no prazo mínimo para o recebimento de sugestões, de 10 para 30 dias, e nas formas de divulgação, prevendo-a por meio eletrônico (Internet), além da publicação na imprensa oficial e em jornais de grande circulação.

A licença ambiental prévia ou a expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento deverá ser providenciada pela Administração Pública, sempre que o objeto do contrato o exigir. Essa providência é de suma importância, pois minimiza o risco de repetição dos problemas detectados em parcela significativa das licitações realizadas no setor elétrico antes da implantação do atual modelo setorial, em que a obtenção da licença ambiental ficava a cargo do licitante vencedor, o que gerou atrasos e paralisações frequentes nas obras, havendo casos em que nem chegaram a ser iniciadas.<sup>22</sup>

44

A lei prevê a possibilidade do uso da arbitragem ou de outros mecanismos privados de resolução de disputas, a exemplo da conciliação ou da mediação. A utilização da arbitragem foi viabilizada a partir da exclusão, pelo Senado Federal, do dispositivo da Emenda Constitucional nº 45 que vedava o emprego desse mecanismo de solução de conflitos nos contratos que envolvam a participação do Poder Público.<sup>23</sup>

Questão que exigirá especial atenção do controle diz respeito à desnecessidade de projeto básico para licitação de PPP. No regime da Lei 8.666/1993, o particular não pode interferir na definição do modelo do contrato, cabendo-lhe apenas o papel de cumprir fielmente as determinações fixadas pela Administração Pública. Na PPP, a situação é diferente. Por meio dela, quer-se que a iniciativa privada contribua com sua eficiência também no modelo contratual a ser adotado.<sup>24</sup>

### 2.3 Fundo garantidor das PPP (FGP)

As obrigações pecuniárias contraídas pelos parceiros públicos em virtude das PPP poderão ser garantidas por vinculação de receitas, instituição ou utilização de fundos especiais, contratação de seguro-garantia, garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras, garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para esse fim e outros mecanismos admitidos em lei.

A grande inovação, na esfera federal, diz respeito ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP), com patrimônio formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, destacando-se do patrimônio dos cotistas. O fundo tem natureza privada e

sujeita-se a direitos e obrigações próprios. O patrimônio do FGP, originalmente público, sujeita-se ao Direito Privado, deixando de ser contingenciável e executável em regime de precatórios, o que reduz o risco de não cumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública e torna a PPP mais atraente para os investidores e financiadores.

A Lei 11.079/2004 autoriza a União, suas autarquias e fundações públicas a participar do FGP no limite global de R\$ 6 bilhões. Tendo em vista o dispositivo legal, o Poder Executivo autorizou a integralização de cotas no FGP, mediante transferências de ações representativas da participação da União em sociedades de economia mista disponíveis para a venda, sem que isso represente perda do controle acionário.<sup>25</sup>

Consoante a lei, que determina ser o FGP criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada pela União, o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) designou para esse mister o Banco do Brasil S.A.<sup>26</sup>

O estabelecimento de significativas garantias para o setor privado também oferece vantagens para a Administração Pública, pois reduz o risco de crédito aos parceiros privados e, conseqüentemente, o *spread* bancário para a obtenção dos financiamentos, prevendo a Lei das PPP o compartilhamento com a Administração Pública desses ganhos econômicos obtidos pelo agente privado. Ademais, o incremento das garantias contribui de forma significativa para que o agente privado aceite receber a contraprestação da Administração Pública somente após a disponibilização do objeto da parceria, conforme obriga a lei em tela.<sup>27</sup>

A natureza privada do FGP não deve, por si só, constituir entrave para o controle. O fundo destina-se a prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública e por ela será criado, gerido, administrado e representado. Certo é que, à semelhança do que ocorre com as sociedades de economia mista, também de natureza privada, a gestão do FGP deverá ser informada por normas de Direito Público.<sup>28</sup>

A possível principal característica do FGP é formar significativa garantia com bens e direitos passíveis de constrição judicial e alienação, excluído de sistema de precatórios, sendo, assim, fator de segurança e atratividade para investidores e financiadores privados. Reduz-lhe esse caráter, entretanto, a possibilidade de parte do patrimônio do fundo, cindida do restante, ser afetada, constituindo “patrimônio de afetação” e compondo parcela de bem indisponível, destinada a prestar garantia específica, sem poder ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão e outro ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Cumpra ao controle atentar para os aportes da União, suas autarquias e fundações públicas ao FGP, que, em última análise, consistirão em alienações de bens e direitos sem prévio processo de licitação. Nesse sentido, quando cabível, a ação do controle deverá voltar-se, com especial cautela, para a avaliação prévia desses bens e direitos, por empresa especializada contratada para esse fim, e os critérios por ela adotados.

## 2.4 Direitos de ingresso (*step-in rights*)

Antes da celebração do contrato de PPP, os parceiros privados deverão constituir sociedade de propósito específico (SPE), incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria, com personalidade jurídica própria e distinta da dos sócios empreendedores.

Também inova a lei da PPP ao prever a possibilidade de o parceiro público autorizar a transferência do controle da SPE para os seus financiadores, sem que importe na

caducidade da concessão, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. São os direitos de ingresso (*step-in rights*), exercidos em caso de inadimplência nos contratos de financiamento ou de queda nos níveis de retorno do empreendimento a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras.<sup>29</sup>

A Lei 11.196, de 21/11/2005<sup>30</sup>, que converteu em lei a denominada “MP do Bem”, estendeu a todas as concessões de serviços públicos o aludido mecanismo de garantia criado pela Lei das PPP, com o que se pretende incrementar o estímulo ao financiamento de projetos de infra-estrutura no Brasil.

Atualmente, quando uma concessionária de serviço público encontra-se em má situação financeira, os bancos são obrigados a acelerar o vencimento de seus créditos e, em casos extremos, pedir a falência da concessionária. Esses eventos prejudicam a prestação dos serviços e podem levar à caducidade da concessão.

O risco de descontinuidade do projeto e de interrupção do fluxo de caixa é ruim para todos. Os consumidores sofrem com a perda de qualidade dos serviços ou sua interrupção, os bancos reduzem suas chances de receber à medida que a situação do concessionário se deteriora, o Estado se vê obrigado a assumir a prestação dos serviços, o que implica custos adicionais para os cofres públicos.

Tratando-se de PPP, a incerteza da conclusão do projeto é também demasiadamente prejudicial ao parceiro privado, pois somente a partir da disponibilização do serviço fará jus à contraprestação da Administração Pública.

46

A atuação do controle é fundamental para que esse novo instrumento de garantia não se reduza a um pernicioso meio de favorecimento de banqueiros e outros financiadores, em detrimento da efetiva sustentabilidade financeira do projeto e de sua adequada conclusão em benefício dos destinatários do serviço.

Destaque-se que os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a medida deverão estar previstos no contrato de parceria. A medida não importa em caducidade, pois que não induz à extinção da concessão. Entretanto, com a restrição de direitos do concessionário, o ingresso dos financiadores no controle da SPE deverá ser precedido da verificação, em processo administrativo, da situação que o autoriza, assegurado o direito de ampla defesa, conforme previsto no art. 37, § 2º, da Lei 8.987/1995, e as indenizações, conforme o caso, sem prejuízo da atuação cautelar da Administração, com vistas a afastar iminente ameaça à continuidade da prestação dos serviços.

## 2.5 Responsabilidade fiscal

Consoante a Lei 11.079/2004, a responsabilidade fiscal representa uma das diretrizes a serem observadas na contratação de parceria público-privada.

Com essa orientação, a lei impõe expressamente a observância de algumas regras que condicionam a abertura do processo licitatório:

(i) Estudo técnico demonstrativo: (i.a) de que as despesas criadas e aumentadas não afetarão as metas anuais relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais integrante da Lei de Diretrizes Orçamentárias, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser

compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa e (i.b) da observância dos limites globais para o montante da dívida pública e os limites e condições relativos à realização de operações de crédito do ente contratante da Federação.

Esses requisitos já são previstos nos arts. 4º, § 1º, e 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF).

(ii) Elaboração de estimativa de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato<sup>31</sup> e (iii) a declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas no decorrer do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias e estão previstas na Lei Orçamentária Anual.

A teor dos arts. 15 e 16 da LRF, não observadas essas condicionantes, a geração da despesa será considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.

(iv) estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública e (v) seu objeto estar previsto no Plano Plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado.

A imposição de limites à participação da União em parcerias público-privadas também visa à observância dos mecanismos de controle de endividamento público previstos da LRF. Nesse sentido, a União somente poderá celebrar contratos de PPP quando: (i) a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% da receita corrente líquida<sup>32</sup> do exercício e (ii) as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 anos subsequentes, não excedam a 1% da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

Se um dos mencionados limites for ultrapassado no âmbito de estado, Distrito Federal e município, a União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária ao respectivo ente da Federação.

As conseqüências do descumprimento da LRF explicam o rigor da lei e sujeitam os administradores públicos a sanções administrativas e penais. Além disso, o ente público que descumprir as imposições da lei terá retidos repasses financeiros da União e recusadas as contas pelos Tribunais de Contas.<sup>33</sup>

Embora inspiradas no texto moralizador a LRF, deve ser notada a dificuldade de se assegurar esses enquadramentos por toda a duração do contrato de parceria, que pode chegar a 35 anos.<sup>34</sup> Cite-se, a propósito, a elaboração das estimativas, acima mencionadas, de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato e de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante toda a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

## 2.6 Repartição objetiva de riscos

Consiste em característica do *project finance*, modelo a partir do qual foi concebida a parceria público-privada, o compartilhamento de riscos entre os interessados. Dada a magnitude dos riscos envolvidos, seria impraticável e imprudente que uma única parte os assumisse.

A Lei 11.079/2004 inova com respeito à teoria do risco nos contratos de concessão de serviço público. Destaca, como diretriz da contratação e cláusula obrigatória do contrato, a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.

No atual regime, da Lei 8.987/1995, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação a um particular para que o faça “por sua conta e risco”. É certo que essa fórmula deve ser interpretada com cautela para que se evitem equívocos. Não se pode imaginar que a sorte do empresário seja indiferente ao poder concedente<sup>35</sup>, a quem em especial interessa o sucesso da prestação do serviço.

A Lei das PPP não é precisa quando prevê a repartição objetivo de riscos. A interpretação consentânea com a experiência internacional em parcerias público-privadas afasta inferências no sentido de que todos os riscos do projeto, seja qual for a sua natureza, teriam de ser, um a um, compartilhados entre o parceiro público e o parceiro privado e em semelhantes proporções, independentemente das respectivas aptidões para geri-los a um menor custo (*value for money*).

Na medida da disponibilidade de informações adequadas, a experiência estrangeira, em especial em países europeus, tende a realizar prévia avaliação dos riscos do projeto. A avaliação qualitativa corresponde a um plano de gestão de risco, que inclui a sua descrição,<sup>36</sup> as estratégias de mitigação e a sua alocação. A avaliação quantitativa importa numa modelagem de cenários de sensibilidade, em que se simula o impacto na economia e no financiamento do projeto da alteração das variáveis críticas.<sup>37</sup>

A alocação ótima de cada risco do projeto, a partir dessas avaliações de cunho objetivo, com sua atribuição ao parceiro público e ao privado na medida das capacidades para gerenciá-lo, quer-nos parecer mais condizente com o sentido inovador da lei brasileira no preceituar a “repartição objetiva de riscos entre as partes”.

48

A distribuição de riscos entre os parceiros, além das hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, às quais a lei faz expressa menção, também deve abarcar os riscos próprios da álea ordinária (ou empresarial) e outras circunstâncias relacionadas com a álea administrativa – na qual a doutrina já inclui o fato do príncipe<sup>38</sup> –, como o fato da administração e até mesmo a alteração unilateral do contrato, pois que essa prerrogativa da Administração Pública, albergada pela supremacia do interesse público, não foi e nem deveria ser derogada pela Lei das PPP, embora não se coadune com o grau de segurança que se pretende imprimir aos contratos de parceria.

A repartição dos riscos entre o parceiro público e o privado, em geral, tem sido vista como remédio, em favor deste último, para as distorções da teoria do risco no regime de concessão comum, a qual acabaria por transferir ao particular o cumprimento de todos os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, que dispõe sobre a Administração Pública.<sup>39</sup> Por outro lado, vislumbra-se que o dispositivo da Lei 11.079/2004 permitiria a atribuição de responsabilidade aos agentes privados em decorrência de eventos que, tradicionalmente, são considerados excludentes dessa responsabilidade, o que iria de encontro à orientação que perpassou toda a elaboração do projeto de lei.<sup>40</sup>

A estatuto das PPP é impreciso no que tange ao compartilhamento dos riscos entre o parceiro público e o privado. Na forma genérica e abstrato, não visualizamos óbice constitucional à orientação da Lei 11.097/2004, sobretudo se a norma tem em vista adotar mecanismos de preservação do projeto, observada a aptidão de cada parceiro para gerir os riscos a um menor custo. Entretanto, se a aludida repartição de riscos resultar



na atribuição ao parceiro privado de responsabilidade civil por eventos absolutamente externos à sua atividade, ou seja, em que não se configure nexos de causalidade entre a atividade e o dano, como nos casos de força maior e fato do príncipe, a concreta adoção da medida pode padecer, quando menos, de ilegalidade, em face das normas vigentes que regem as mutações dos contratos administrativos na hipótese de eventos aleatórios.

Deve o controle acompanhar a formulação de estratégias e as negociações que impliquem o compartilhamento de riscos entre as partes envolvidas, de sorte que cada solução, até com respeito a eventos imprevisíveis, não onere indevidamente os cofres públicos e tampouco comprometa a eficiência na execução do projeto.

## 2.7 Contraprestação da administração pública

Já se mencionou que as parcerias público-privadas aplicam-se a projetos em que o modelo tradicional de concessão de serviços públicos não se considera atraente para a iniciativa privada, seja em razão dos elevados riscos inerentes, seja por não serem auto-sustentáveis, pondo em xeque o retorno dos investimentos necessários à sua realização.

Nesse sentido, a Lei 11.079/2004 estabelece que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, o concessionário será remunerado mediante contraprestação pecuniária do parceiro público, o que se dará nas parcerias cujo objeto seja a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, as denominadas concessões patrocinadas.

Ressalva-se, entretanto, a concessão na qual a contraprestação da Administração Pública for superior a 70% do total da remuneração do concessionário, a qual requer prévia e específica autorização legislativa. Infere-se que estudos técnicos com alto grau de precisão deverão ser efetuados para aferir se o aludido percentual será ou não ultrapassado no longo da vigência do contrato de parceria, que, conforme já se frisou, pode alcançar até 35 anos.

Além de outros meios admitidos em lei, a contraprestação do parceiro público poderá ser feita mediante ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública ou sobre bens públicos dominicais. Cumpre, entretanto, que sejam observadas as limitações fiscais e as previsões orçamentárias.

A contraprestação em favor do parceiro privado, além das tarifas, não é precisamente uma novidade, ante a previsão, na atual política tarifária, de outras fontes remuneratórias provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados.<sup>41</sup>

Considera-se importante inovação a possibilidade de a contraprestação ser feita de forma variável, de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme as metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

A flexibilidade no pagamento confere maior efetividade ao controle de resultados. Ao empreendedor interessa alcançar índices de desempenho elevados, a fim de aumentar o faturamento e ao Poder Público importa obter bons resultados e eficiência na gestão.<sup>42</sup>

Outra significativa novidade diz respeito à obrigatoriedade de a contraprestação da Administração Pública efetuar-se somente após a disponibilidade do serviço objeto da parceria. A medida visa a evitar adiantamento de receitas, expressamente vedado pela Lei das PPP, sob pena de ilegalidade do pagamento e responsabilidade do ordenador de despesas.

A lei, no entanto, autoriza o pagamento da contraprestação de forma proporcional à parcela fruível do serviço. Pode ocorrer que o objeto do contrato seja disponibilizado em etapas. Uma rodovia de 400km pode ser construída em quatro etapas de 100km cada.<sup>43</sup>

Releva observar que essa parte do serviço disponibilizado pelo parceiro privado deve ser considerada individualmente, como se fosse um objeto singular da parceria, independente de qualquer outro, e seus efeitos devem ser úteis ao objeto da parceria, por conta de sua prestação.<sup>44</sup>

Incumbirá ao controle acompanhar os pagamentos da contraprestação devida pela Administração Pública, de forma a verificar a objetividade na aferição do desempenho do parceiro privado, em conformidade com as metas e padrões definidos no contrato, bem como a observância da proibição de pagamentos antes da disponibilidade do serviço e das limitações fiscais e previsões orçamentárias exigidas na lei.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais de um ano de vigência da Lei 11.079/2004, a parceria público-privada (PPP) ainda não é uma realidade no âmbito da União e de suas autarquias e fundações públicas.

Alguns estados saíram na frente, como São Paulo, Minas Gerais e Bahia, e já desenvolvem projetos para a assinatura de contratos nos moldes da lei federal das PPP.

As PPP poderão representar uma saída para o setor público brasileiro na realização dos investimentos necessários ao desenvolvimento econômico e social do país. Para o setor privado, uma alternativa de negócio com risco minimizado, considerando as expressivas garantias apresentadas e a contraprestação da Administração Pública em complemento às tarifas cobradas dos usuários.

Faz-se imprescindível a criação de mecanismos que favoreçam a atuação eficaz do controle e o acompanhamento da execução dos contratos celebrados para que as PPP possam representar uma forma eficiente de gestão do patrimônio público.

Nesse sentido, conclui-se destacando, a seguir, alguns pontos da Lei das PPP para os quais o controle deve dedicar especial atenção:

- Comitê Gestor de PPP – acentuada proeminência de seus membros no plano político e mitigação da atuação das agências reguladoras;

- Relatórios anuais de desempenho dos contratos de PPP – necessidade de o TCU regulamentar os procedimentos para a elaboração, entrega e apreciação das informações que deverão constar desses relatórios, cuja natureza é de prestação de contas;

- Autorização legislativa específica para as concessões patrocinadas cuja contraprestação paga pela Administração Pública exceda 70% do total da remuneração do parceiro privado – necessidade de alto grau de precisão do estudo técnico que deverá aferir esse montante, considerando o longo curso de vigência dos contratos, de até 35 anos;

- Justificativa para a opção pela forma de PPP – necessidade de alto grau de precisão do estudo técnico, condicionante da abertura da licitação, que deverá

demonstrar a efetiva vantagem em termos de custo e benefício (*value for money*), haja vista a experiência europeia mostrar que a avaliação definitiva sobre o potencial do projeto em gerar *value for money* somente pode ser feita ao final do processo de licitação;

- Faculdade de saneamento de falhas, de complementações ou correções de caráter formal na habilitação e nas propostas à licitação – em princípio vantajosa, não deve possibilitar a ocorrência de abusos ou manipulações de propostas, prejudicando, assim, o certame e colocando em dúvida todo o processo;

- Desnecessidade de projeto básico para licitação – com o que o parceiro privado não se limita a cumprir fielmente as determinações previamente fixadas pela Administração Pública (que deve apenas definir com clareza o objeto e os resultados pretendidos) e passa a contribuir com sua eficiência desde a definição do modelo contratual a ser adotado;

- Natureza privada do Fundo Garantidor (FGP) – não deve representar entrave para o controle, pois o fundo destina-se a prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública e por ela será criado, gerido, administrado e representado, devendo sua gestão ser informada por normas de Direito Público, à semelhança do que ocorre com as sociedades de economia mista, também de natureza privada;

- Bens e direitos aportados ao FGP – necessidade de avaliação prévia por empresa especializada contratada para esse fim, com clareza dos critérios por ela adotados, visto que, em última análise, esses aportes representarão alienações de bens e direitos sem prévio certame licitatório;

- Transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores (*step-in rights*) – o mecanismo não deve reduzir-se a meio de favorecimento de banqueiros e outros financiadores, em detrimento da efetiva sustentabilidade financeira do projeto e de sua adequada conclusão em benefício dos destinatários do serviço;

- Responsabilidade fiscal – dificuldade de assegurar o enquadramento por toda a duração do contrato de PPP, como a elaboração de estimativas de impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato e de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante toda a vigência do contrato e por cada exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

- Repartição objetiva de riscos – necessidade de acompanhamento das estratégias de compartilhamento dos riscos envolvidos na parceria, de sorte que cada solução, inclusive às pertinentes a eventos imprevisíveis, não onere indevidamente os cofres públicos e tampouco comprometa a eficiência na execução do projeto;

- Contraprestação devida pela Administração Pública – necessidade de acompanhamento, de forma a verificar a objetividade da aferição do desempenho do parceiro privado, em conformidade com as metas e padrões definidos no contrato (remuneração variável vinculada ao desempenho), a observância da proibição de pagamentos antes da disponibilização do serviço e das limitações fiscais e previsões orçamentárias exigidas na lei.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade – para uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antonio Henrique Pinheiro. **Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro**. Brasil: Revista do Serviço Público, vol. 56, n° 1, jan/mar 2005.

COSSALTER, Phillipe. **A “private finance initiative”**. Belo Horizonte: Revista de Direito Público Econômico. n° 6, p. 127-180, 2004.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das parcerias publico-privadas - PPPs**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Rodrigo. **Proposta de metodologia para a avaliação de projetos em regime de parceria público-privada – draft para discussão**. (mimeografia)

52 JUSTEN FILHO, Marçal. **Concessões de serviços públicos**. São Paulo: Dialética, 1997.

\_\_\_\_\_. **Serviço público no direito brasileiro**. Revista do Direito Público da Economia, ano 2, n. 7. p. 143-169, jul/set. 2004

POLTRONIERI, Renato. **Parceria público-privada e a atuação administrativa**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SOUSA, Alfredo José de. **As parcerias público-privadas e o desenvolvimento – o papel do controlo financeiro externo**. Portugal: Revista do Tribunal de Contas. n° 36, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme H. R. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

## NOTAS

<sup>1</sup> Mensagem Presidencial n° 623/2003.

<sup>2</sup> Tradução: o que respeita ao estado da coisa romana e ao interesse dos particulares.

<sup>3</sup> BOBBIO, p. 13

<sup>4</sup> COSSALTER

<sup>5</sup> BRITO, pp. 5-6

<sup>6</sup> SUNDFELD, pp. 50-58

<sup>7</sup> SUNDFELD, pp. 58-67

<sup>8</sup> SUNDFELD, pp. 67-73

- <sup>9</sup> SUNDFELD, pp. 73-77
- <sup>10</sup> GRAU, p. 92.
- <sup>11</sup> JUSTEN FILHO (RDPE)
- <sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, p. 662
- <sup>13</sup> Lei 8.031/1990
- <sup>14</sup> Lei 8.031/1990, art. 7º
- <sup>15</sup> Emenda Constitucional 19/1998
- <sup>16</sup> CRETELLA NETO, p. 116
- <sup>17</sup> POLTRONIERI, p. 166
- <sup>18</sup> IN 27/1998: “Dispõe sobre a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União dos processos de desestatização”, IN 43/2002: “Dispõe sobre o acompanhamento pelo Tribunal de Contas da União dos processos de revisão tarifária periódica dos contratos de concessão dos serviços de distribuição de energia elétrica”
- <sup>19</sup> Aduz-se ser a “autoridade competente” o Comitê Gestor de PPP (CGP), a quem compete autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei 11.079/2004.
- <sup>20</sup> Apresentação da Deloitte no “Seminário PPP”, no Ministério do Planejamento, em 20/8/2004.
- <sup>21</sup> CRETELLA NETO, 84/5
- <sup>22</sup> ZYMLER, p. 281
- <sup>23</sup> ZYMLER, p. 283
- <sup>24</sup> SUNDFELD, p. 148
- <sup>25</sup> Decreto 5.411, de 6/4/2005
- <sup>26</sup> Resolução nº 1, de 5/8/2005, do CGT
- <sup>27</sup> ZYMLER, p. 269
- <sup>28</sup> CRETELLA NETO, p. 124
- <sup>29</sup> BRITO, p. 24
- <sup>30</sup> “Art. 119. O art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: (...)
- § 2º Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle da concessionária por seus financiadores para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.
- § 3º Na hipótese prevista no § 2º deste artigo, o poder concedente exigirá dos financiadores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no § 1º, inciso I deste artigo.
- § 4º A assunção do controle autorizada na forma do § 2º deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores ante ao poder concedente.” (NR)
- <sup>31</sup> O dispositivo da Lei das PPP (art. 10, inciso II) repercute o art. 16, inciso I, da Lei Complementar 101/2000 (LRF), que, no entanto, refere-se à estimativa de impacto orçamentário-financeiro, além do exercício em que a ação governamental deva entrar em vigor, apenas nos dois subseqüentes.
- <sup>32</sup> O art. 2º da Lei Complementar 101/2000 (LRF) conceitua “receita corrente líquida”, calculada a da União, em 2005, em R\$ 303 bilhões (STN/MF)
- <sup>33</sup> CRETELLA NETO, p. 86
- <sup>34</sup> CRETELLA NETO, p. 90
- <sup>35</sup> JUSTEN FILHO, 333
- <sup>36</sup> Tipos de risco relacionados com as parcerias: risco de disponibilidade, de construção, de procura, de concepção, econômico, ambiental, de financiamento, legislativo, político, regulatório, de manutenção, operacional, de licenciamento, de valor residual, tecnológico etc.
- <sup>37</sup> GUIMARÃES, p. 40
- <sup>38</sup> DI PIETRO, p. 264
- <sup>39</sup> POLTRONIERI, p. 77
- <sup>40</sup> ZYMLER, p. 301
- <sup>41</sup> Lei 8.987/1995, art. 11
- <sup>42</sup> CRETELLA NETO, p. 67
- <sup>43</sup> CRETELLA NETO, p. 67
- <sup>44</sup> POLTRONIERI, p. 140



# A EXEGESE DIALÉTICA ELEVADA À CATEGORIA DE MANDAMUS CONSTITUCIONAL COMO ESSENCIAL AO APERFEIÇOAMENTO DO CONTROLE EXTERNO. PRESSUPOSTOS SOCIOLÓGICO-JURÍDICOS PARA A COMPREENSÃO DA SISTEMÁTICA ORGANIZACIONAL DAS DELIBERAÇÕES NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

---

CARLOS MAYNARD GOMES JÚNIOR

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; I PARTE - BASES METODOLÓGICAS, CONCEITOS BÁSICOS, POSITIVISMO, KELSEN, APERFEIÇOAMENTO, MANDAMUS CONSTITUCIONAL, DIALÉTICA, CONSIDERAÇÕES SUBJACENTES; II PARTE - FUNDAMENTOS TEÓRICOS, ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO, O CONCEITO DE JUSTIÇA, A INTERPRETAÇÃO DA LEI - ELEMENTO ESSENCIAL AO RECURSO, REQUISITOS ESSENCIAIS AO ATO ADMINISTRATIVO - O CASO DO TCU; III PARTE- TRATAMENTO DADO AOS PROCESSOS NO TCU, ARCABOUÇO LEGAL – DELIBERAÇÕES E RECURSOS; IV PARTE – CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES, POSITIVAÇÃO: ESSENCIAL À APLICAÇÃO DE JUSTIÇA; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS; APÊNDICE - FORMULAÇÕES MATEMÁTICAS.

## INTRODUÇÃO

O curso Direito Público e Controle Externo - resultado de acordo entre o Tribunal de Contas da União e a Universidade de Brasília - visa qualificar e aperfeiçoar, a nível de pós-graduação, servidores do TCU oriundos de diferentes áreas de formação acadêmica, fornecendo-lhes nivelamento e embasamento jurídico, de forma a se obter um melhor desempenho profissional.

Com base na experiência assimilada nos anos de exercício profissional, na visão teórico-acadêmica que está sendo adquirida no curso e, ainda, na constante necessidade de aperfeiçoamento das normas processuais da Instituição, surgiu a oportunidade de refletir sobre um tema fundamental ao funcionamento da Casa: os recursos.

Inicialmente tímida, essa modalidade de demanda processual tem se apresentado em crescimento constante, o que tem gerado mudanças na estrutura da organização: foram aprovadas diversas normas orientadoras para seu recebimento e tramitação, foram criadas Unidades Técnicas específicas para seu exame e instrução, a distribuição aos Relatores que presidem sua instrução e a apreciação final, pelos Colegiados da Corte, teve que se adaptar ao grande volume de processos, bem como aos princípios jurídicos que regem a matéria.

Não há a pretensão de uma revisão da teoria. Dentro do aspecto da processualística do Tribunal, objetiva, o presente trabalho, mostrar a metodologia utilizada pela Corte - positivada em suas Resoluções internas, bem como seu enquadramento no conceito de Justiça.

Para tanto, será descrito a sistemática de julgamento dos processos, requisito essencial para que se dê a posterior apreciação dos recursos que vierem a ser impetrados com o objetivo de alterar a decisão inicial.

## I PARTE - BASES METODOLÓGICAS

### Conceitos básicos

As diversas fontes do Direito nos permitem inferir que dispomos de mais de uma forma para análise e interpretação sobre a aplicação da Justiça. Além das leis escritas, os costumes também têm se apresentado como outro importante manancial de apoio na busca do Justo por excelência. Todavia, os costumes serão utilizados apenas como coadjuvante neste trabalho. Em que pese o pluralismo jurídico, o escopo do presente trabalho se atém, como fonte principal, à escrita, tida como positivada.

Hans Kelsen, jurista austríaco, pregava a obediência ao ordenamento jurídico, isto é, a prioridade das leis (MICROSOFT-Enciclopédia Encarta, 2004). Para aqueles que, como nós, atuam como servidores públicos, mais que um conceito filosófico, é uma obrigação, mormente a existência de múltiplas e variadas manifestações sociais tendentes à exteriorização normativa. Não se cogita, no presente caso, adentrar ao estudo do Direito Positivo sem Estado, nem tampouco do Direito sem Estado.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como lei maior a Constituição, sendo sua versão atual a de 1988. Compulsando-a à definição kelseniana, podemos aceitar a Constituição Brasileira como perfeitamente enquadrada no seu conceito positivista, uma vez que é a expressão máxima, escrita, desse ordenamento. Além disso, está disponível a todos, mesmo aos não-brasileiros, e sua obediência é obrigatória em todo o território nacional, nos termos nela especificados.

56

Definida a aplicação relativamente ao positivismo de que trata Hans Kelsen, o passo seguinte consiste em demonstrar que seu aperfeiçoamento, aplicado ao caso TCU, está inserido na própria Constituição, e que o modelo utilizado é o dialético.

Aperfeiçoar consiste na forma democrática e civilizada de contestar. Há várias formas de contestação, utilizadas em diferentes épocas da humanidade. Dentre outras, podemos citar a guerra, a revolta armada, a sublevação, a desobediência civil, etc. O regime constitucional brasileiro, ao definir o que seria a forma de contestação, no que se refere ao ordenamento administrativo, pugnou pela chamada “ampla defesa”. Tal disposição encontra-se inserta no art. 5º, inciso LV, que prevê (Constituição de 1988):

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

Conclusivamente, podemos afirmar que o *mandamus* constitucional é, pois, a obediência à ampla defesa. Sendo as deliberações do Tribunal de Contas de natureza administrativa, temos que aí se encontra a forma democrática e civilizada de aperfeiçoamento das deliberações da Corte.

A aplicação desta regra implica em dar oportunidade de defesa “aos litigantes e acusados em geral”, em que pese a expressão “litigantes” não ser a melhor adequada aos processos em tramitação no TCU, uma vez que não existe “partes” nos autos, mas interessados.

A teoria dialética tem como tripé básico a trilogia Tese, Antítese e Síntese. Aplicada ao caso concreto, qual seja, os processos em tramitação na Casa, forçoso é concluir por que seja observada e entendida como **Tese** a acusação, isto é, o pedido de informações,



seguido da **Antítese** – os argumentos ou alegações de defesa e, por fim, a **Síntese** – o julgamento ou pronunciamento a ser proferido pela instituição ou autoridade que detenha competência legal para tal, quer sejam Ministros-Relatores ou os Colegiados.

Ao Tribunal de Contas da União compete zelar pela boa e regular aplicação dos dinheiros públicos. Para a plenitude do exercício desta missão constitucional, o TCU utiliza como forma administrativa organizacional de sua documentação finalística o Processo. Ordenados de forma seqüencial, identificados por ano, recebem o nome genérico de TC-000.000/0000-0. Esta representação numérica indica aos oito primeiros dígitos sua numeração seqüencial, vindo a seguir o ano, representado pelos quatro algarismos seguintes, acompanhados, ao final, do dígito verificador.

A tramitação dos processos se dá, basicamente, da seguinte forma: depois de instaurado, é procedida a sua instrução pela Unidade Técnica responsável. Detectadas irregularidades ou necessidades de esclarecimento, há a necessidade de ouvir o responsável (no processo). Esse chamamento, que para a Instituição recebe o nome de Citação ou Audiência, corresponde, na teoria dialética, ao conceito de Tese. Utilizando o instrumento da Citação (ou da Audiência), que é o expediente que se encaminha ao responsável e no qual é solicitado que apresente os esclarecimentos que entender convenientes, a resposta daí decorrente será a Antítese. A seguir, o Tribunal procede ao exame e julgamento do feito, isto é, à Síntese. Reafirma-se, demonstrado a adequação ao modelo dialético de Tese, Antítese e Síntese.

Raciocínio semelhante se dá nos procedimentos relacionados aos recursos, apresentados após o Tribunal proferir deliberação definitiva nos processos em andamento na Corte. Nestes casos, tem-se para Tese a deliberação do TCU, para Antítese a peça recursal apresentada e, por fim, para Síntese o novo julgamento procedido pelo Tribunal.

### Considerações subjacentes

Por considerações subjacentes entende-se as evidências sociológico-jurídicas empiricamente observadas, porém não mensuradas. Elas dizem respeito às observações e comentários que conduziram à análise acerca da descrição do tratamento que é dado aos recursos, no âmbito da instituição TCU.

Evidências empíricas, ou “achados”:

- “da mistificação das massas pela propaganda política” (H. Pavlov)

Por analogia ao conceito expresso na publicação acima, que demonstra ser possível “mistificar” conhecendo-se o uso correto dos símbolos e/ou das palavras que melhor impressionem as pessoas ou as massas. Comentários nas dependências do TCU, que certamente devem ser levados apenas à conta do aspecto folclórico, descabido de embasamento com a realidade, dão conta de que as contra-razões dos advogados são as piores possíveis. Utilizam-se apenas de evidências protelatórias, tais como se limitar a dizer que não foram respeitados os direitos à ampla defesa, não adentrando ao mérito da questão. Atém-se a aspectos de doutrina, com questionamentos hermenêuticos e utilizando linguagem rebuscada, como que a querer mostrar saber (mistificação).

Estes casos - se e quando eventualmente existente - não logram êxito em suas investidas. Seus argumentos em geral são derrubados com a simples análise da legislação aplicada à espécie, posto ser cristalino à doutrina que garantir o direito a novo julgamento,

implica em necessariamente dar-se guarida ao dispositivo constitucional de assegurar ampla defesa “aos litigantes”.

- o método ISO (International Standardization Organization -Suíça)

Este método tem como principal característica a padronização, conceito mundialmente difundido e aplicado, em especial nos aspectos relacionados à checagem, ou ticação, que consiste em se verificar se as exigências foram cumpridas, em forma de *check list*. Amplamente adotado em diversas instituições, quer sejam governamentais ou particulares, de vez que é uma forma concreta e precisa de se aplicar modernidade aliada a produtividade, é utilizada no TCU, no que se refere a recursos, em especial no exame de admissibilidade, momento processual em que a instrução dos autos examina seus aspectos formais, quais sejam: (a) se é o interessado em recorrer, (b) se está dentro do prazo legal e (c) se apresenta elementos de defesa, sem se deter em exame ou aprofundamento do mérito.

## II PARTE – FUNDAMENTOS TEÓRICOS

### Ordenamento constitucional brasileiro

O Estado se apresenta como fenômeno concreto, social-político e jurídico. A Carta Constitucional brasileira afirma, em seu preâmbulo, que os representantes do povo brasileiro reúnem-se “em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático de direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos (...)”. Afirma-se, pois, o Estado democrático de direito. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

58

Dentre os diversos princípios que regem o ordenamento brasileiro, merecem ser citados, por relevantes ao presente trabalho, os da:

- legalidade: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
- jurisdição única – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A este Estado Democrático de Direito se impõem os dogmas do liberalismo: separação de poderes e declaração de direitos. Entre os direitos, merece destaque a ampla defesa.

No Título II, ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, a Constituição Federal afirma que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”, conforme disposto no art. 5º, inciso LV.

A partir desta definição constitucional, procurou o Tribunal de Contas da União adequar seus normativos internos. É o exame dessas normas que será feito nos capítulos a seguir, comparativamente ao ensinamento de Kelsen, citado por Roberto Aguiar, para quem “há um limite rígido entre o conteúdo da norma e a eficácia das sanções” (AGUIAR, 2004).

A Constituição de 1988 ampliou o direito de defesa, assegurando aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo** (grifo nosso), e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa. Tem-se, assim, que dúvidas porventura existentes na

doutrina e na jurisprudência acerca da obrigatoriedade de aplicação da ampla defesa foram completamente afastadas, em que pese a indefinição acerca do que sejam “com os meios e os recursos a ela inerentes”. A afirmação vale, pois, tanto para processos judiciais como para administrativos. Os processos que são objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas são considerados administrativos.

## O conceito de justiça

Para J. G. de Souza Júnior, em seu artigo *Justiça, o que é isso?*, “a idéia de Justiça está ligada à de medida. Injusto é o que não tem medida. (...) Justo é o que é correto, que encontra a boa medida, o que é direito. (...) O justo (...) é o que encontra a medida certa para que haja igualdade de oportunidades ...” (SOUZA JÚNIOR, 2004).

Existe uma estreita correlação entre direito e justiça, de forma que sempre nos referimos ao justo, quando da aplicação do direito. Aplicar o direito corretamente implica aplicá-lo com justiça, de forma correta. Podemos, então, entender o Direito como sendo o conjunto das normas tendentes a disciplinar as relações entre pessoas, implicando em sanções quando desrespeitadas.

Goldschmidt define o Direito como um complexo das normas gerais e invioláveis produzidas pela cultura de uma comunidade e inspiradas na idéia de justiça. Para tornar possível a coexistência dos homens, essas normas lhes impõem deveres de fazer ou não fazer; tipicamente correspondentes a outros tantos direitos e, geralmente, estatuem que a comunidade organizada reprimirá a violação de tais deveres. Para Radbruch, é o conjunto das normas gerais e positivas que regulam a vida social. Para Ruggiero e Maroi, o direito é a norma das ações humanas na vida social, estabelecida por uma organização soberana e imposta coativamente à observância de todos.

Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito, define o direito a partir da congregação de três elementos, que, em uma relação dinâmica, constituem a verdadeira estrutura jurídica, a saber: norma, fato e valor. Resumidamente, tomando-se (a) a norma para Ciência, (b) o fato para Sociologia e (c) o valor para a Filosofia, teremos a compreensão do que é direito. Em seu livro homônimo, afirma: “É a concretização da idéia de justiça na pluralidade de seu dever histórico, tendo a pessoa como fonte de todos os valores” (REALE, 1994).

Tércio Sampaio Ferraz Júnior refere-se ao direito como um fenômeno decisório, vinculado ao poder e à ciência jurídica como uma tecnologia, em cujo interior está presente a dualidade. Neste contexto o direito constitui-se num elenco de normas, proibições e obrigações que o jurista deve sistematizar e interpretar e, conseqüentemente, ao juiz cabe punir todo aquele que transgredir as normas ou não cumprir as obrigações (FERRAZ, 1989).

Sampaio Júnior enxerga a jurisprudência romana como trabalhando com um saber que produzia o verdadeiro no campo do útil, do justo e do belo. Atualmente este mesmo saber possui significativa influência econômica e busca extrair da vida social o máximo que ela possa dar. Afirma: “introduzir-se ao estudo do Direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e perversão, pois o Direito pode ser sentido como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também usado como um instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis” (FERRAZ, op. cit.).

Ada Pellegrini Grinover, no seu livro *Novas Tendências do Direito Processual* vê o processo como um instrumento ético e político de atuação da Justiça e da garantia da

liberdade, assinalando que esta tendência tem surgido a partir dos anos 50 (do século XX) (GRINOVER, 1990).

Bacelar Filho conclui esta linha de raciocínio afirmando que “o processo administrativo constitui instrumento de tutela inspirado na idéia de efetividade, identificado não pelo nome em si, mas pelo conteúdo: contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Agregada à idéia de garantia de meios e de resultados, a leitura do art. 5º, inciso LIV complementa o art. 5º, inciso LV: na esfera administrativa não pode haver privação de liberdade ou restrição patrimonial, sem o cumprimento do seguinte pressuposto: a consagração legal do devido processo administrativo em sentido constitucional” (BACELAR FILHO, 2003).

### A interpretação da lei – elemento essencial ao recurso

O direito objetivo confunde-se com o direito positivo: é o conjunto de normas que integram o ordenamento jurídico.

Canelutti, citado por Nelson Nery Júnior em *O Ministério Público e as Ações Coletivas*, assere que “o escopo das partes é **ter razão**; o escopo do processo é **dar razão a quem a tem**. Nas duas fórmulas, verdadeiramente simples, está a antítese entre o interesse interno e o interesse externo; **que seja dada razão a quem a tem** não é um interesse **das partes**, mas um interesse **da sociedade inteira**. Portanto, o processo não serve às partes, mas as partes servem ao processo” (CANELUTTI, 1936) (destacado no original).

60

Por seu turno, Ferrara em seu *Interpretação e aplicação das leis*, anota que “a lei deve conceber-se como um organismo corpóreo penetrado por um impulso espiritual. O elemento corpóreo é a palavra de lei, pois que a palavra não é simplesmente o **meio de prova**, mas o **veículo** necessário, o substrato do conteúdo espiritual, não é só a revelação, mas a realização do pensamento legislativo .

A lei deve interpretar-se a si mesma, como incorporando um pensamento e uma vontade própria. A interpretação consiste em declarar não o sentido histórico que o legislador materialmente ligou ao princípio, mas o sentido que ali está imanente e vivo. Eis o que, precisamente, se quer exprimir com a fórmula metafórica – **vontade da lei**”(FERRARA, 1963).

Comentando sobre a interpretação por analogia, Ferrara conclui que “o juiz, quando aplica normas por analogia, não forja com **livre** atividade regras jurídicas, mas desenvolve normas **latentes** que se encontram já no sistema. Pois direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas, mas insitas todavia no sistema onde o juiz as vai descobrir” (FERRARA, op. cit.) (grifos no original).

### Requisitos essenciais ao ato administrativo – o caso do TCU

De acordo com o Código Civil brasileiro, os requisitos de validade do ato jurídico são: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. O ato administrativo, como modalidade de ato jurídico, também não dispensa esses três requisitos. Mas, em vista dos interesses representados pelo Poder Público, os atos administrativos necessitam de outros requisitos que não aparecem naqueles editados por particulares, submetidos que estão a outro regime jurídico.

Diante dessas considerações, a nossa doutrina e jurisprudência apontam uma gama de exigências para a validade do ato administrativo, as quais podem apresentar certas variantes. Predominam, entretanto, as seguintes: competência (agente capaz), forma (forma prescrita e não defesa em lei), objeto (objeto lícito), finalidade, motivo, atributos, presunção de legitimidade, auto-executoriedade, imperatividade, dentre outros requisitos.

Como se vê, os três primeiros são os mesmos apontados para a validade dos atos jurídicos. Dentre aqueles que são exclusivos dos atos administrativos, podemos destacar a **finalidade** e o **motivo**, como os mais importantes.

Por que a finalidade? Porque é a essência do ato. Trata-se do seu objetivo, de acordo com a vontade da lei. O desvio da finalidade, ou a finalidade diversa da desejada pela lei, é uma espécie de abuso do poder.

E o motivo? É semelhante ao requisito anterior. Caracteriza-se como a obrigação que tem a Administração Pública de oferecer, àqueles a quem representa, explicações quanto aos atos que edita. É por meio da explicação desses motivos que o julgador terá condições, uma vez provocado para tanto, de estabelecer o controle de legalidade em relação aos atos administrativos.

O eminente Ministro Benjamin Zymler, em seu elogiado livro *Direito Administrativo*, tratou o tema da função administrativa com muita procedência ensinando que: **“A Administração Pública caracteriza-se pela atuação subordinada à lei, que fixa a finalidade a ser perseguida pelo Administrador (ZYMLER, 2005)”**.

Dentro desse enfoque, deve ser ressaltado que, sem dúvida alguma, houve um promissor avanço nos instrumentos de tutela Jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas. Tal assertiva pode ser constatada num pequeno trecho de magistral fala do Ministro Celso de Mello, abaixo transcrito:

“A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela Jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmago do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder”.

### III PARTE – TRATAMENTO DADO AOS RECURSOS NO TCU

#### Arcabouço legal

Compete ao TCU julgar os atos dos gestores públicos, bem como daqueles que derem causa a prejuízos ao Erário, conforme definido na Constituição Federal, arts. 70 e seguintes:

“Art. 70 A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia

de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

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

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município”.

Por seu turno, dispõe a Lei Orgânica do TCU, positivada como Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992:

“Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

...

Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei.

...

Art. 11 O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, (...), o sobrestamento do julgamento, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos (...), após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito.

...

Art. 12. Verificada irregularidade nas contas, o Relator ou o Tribunal:

...

II - se houver débito, ordenará a citação do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar defesa ou recolher a quantia devida;

III - se não houver débito, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no Regimento Interno, apresentar razões de justificativa

IV - adotará outras medidas cabíveis”.

Os recursos têm regulamentação específica, definida na Seção IV do Capítulo I, da citada Lei, a saber:

“Art. 31. Em todas as etapas do processo de julgamento de contas será assegurada ao responsável ou interessado ampla defesa.

Art. 32. De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos (...).

Parágrafo único. Não se conhecerá de recurso interposto fora do prazo, salvo em razão da superveniência de fatos novos na forma prevista no Regimento Interno.

...

Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo Ministério Público junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta Lei, e fundar-se-á:

I - em erro de cálculo nas contas;

II - em falsidade ou insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida;

III - na superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida.

Parágrafo único. A decisão que der provimento a recurso de revisão ensejará a correção de todo e qualquer erro ou engano apurado”.

Conforme demonstra a leitura direta dos artigos citados, em todas as etapas do processo é assegurada a oportunidade de defesa, de forma ampla. Mais uma vez, observa-se a aplicação do método dialético. A Tese, isto é, o questionamento apresentado pela Casa, gera necessariamente a Antítese, quais sejam as alegações de defesa ou de justificativas apresentadas. Passo seguinte, a Síntese, que se dá com o pronunciamento final da Corte, isto é, o julgamento do processo.

Note-se que a regra geral disposta no parágrafo único do art. 32 afirma que não se conhecerá do recurso interposto fora do prazo, notadamente em clara obediência ao princípio da legalidade. Todavia, cobra relevo destacar as disposições finais do artigo, em que se ressalva os casos de superveniência de fatos novos, na forma disposta no Regimento Interno.

A esse respeito, o art. 285 do Regimento Interno é esclarecedor:

“Art. 285. De decisão definitiva em processo de prestação ou tomada de contas, mesmo especial, cabe recurso de reconsideração, (...) formulado uma só vez e por escrito (...).

...

§ 2º Não se conhecerá de recurso de reconsideração quando intempestivo, salvo em razão de superveniência de fatos novos e dentro do período de um ano contado do término do prazo indicado no caput, (...).”

O ordenamento jurídico é um conjunto de normas e procedimentos, o que inclui princípios e regras. Apesar da tensão existente entre valores contraditórios, pelo fato de serem também sistemas procedimentais, admitiu o Tribunal o conhecimento de recurso, na modalidade reconsideração, ante a superveniência de fatos novos, nos casos de intempestividade, subsumido às restrições ali especificadas, qual seja, superveniência de fatos novos.

Note-se que, fugindo à rigidez principiológica, a Corte elasteceu a exegese do conceito de ampla defesa, dando nova compreensão ao comando constitucional inserto no art. 5º, LV, já citado, que reza seja “com os meios e os recursos a ela inerentes”. A inteligência da disposição regimental reside na busca por atingir o máximo, o justo por excelência.

Corroborar-se, aí, o ensinamento de Marcos R. Turra (TURRA, 2004) de que o “sistema jurídico é, portanto, um sistema normativo procedimental, que se constitui a partir do modelo princípios/regras/procedimentos, cujo sentido potencial contido em suas prescrições se atualiza e se concretiza pelo contato dialógico com as forças e nas circunstâncias do mundo vital inserida nos determinados problemas jurídicos” .

#### IV PARTE – CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou demonstrar o que deva ser entendido como o conceito de justiça. Logo a seguir, o leitor foi levado a compreender que a legislação aplicada no âmbito do TCU adequa-se ao conceito teórico da Dialética, onde a cada Tese corresponde uma Antítese e uma Síntese. Com isto, vê-se assegurado o cumprimento ao disposto na CF, art. 5º, LV, no sentido de assegurar ampla defesa aos litigantes em processos, notadamente os administrativos - caso específico do TCU.

Sob a luz da compreensão jurídica apresentada ao longo do trabalho, demonstrou-se à baila que a aplicação da exegese dialética, ao regulamentar a disposição constitucional acima citada, leva ao aperfeiçoamento do Controle Externo. O fato, elemento do mundo social, devidamente valorado na avaliação feita pelo legislador, resultou na conveniência e oportunidade de se definir a formulação de leis e regulamentos tendentes à sua inserção no ordenamento jurídico buscando-se o atingimento da aplicação do melhor conceito de justiça.

64

Em apoio a tal assertiva está o raciocínio desenvolvido por Benjamim Zymler (ZYMLER, 2003), ao comentar a teoria desenvolvida por Luhmann:

“(...) a evolução social, por meio de processos de neutralização simbólica, concebeu a expectativa de que algo ocorra de acordo com o que prevê uma norma. Essa expectativa está estabilizada em termos contrafáticos, ou seja, a ocorrência de um fato em desacordo com a norma não induz a perda de validade desta.

O Direito é produzido pela seleção e generalização dessas expectativas normativas. A congruência e a generalização decorrem de sua aceitação pela maioria das pessoas, por sua utilização continuada no tempo e pela repetição de seu uso em diversos outros casos, independentemente do contexto”.

Estas as considerações que nos levam a concluir pela necessidade e, via de consequência, a efetividade do modelo regulamentar adotado, sempre voltado a assegurar, aos litigantes, a aplicação da ampla defesa, definição de estatura constitucional.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O imaginário dos juristas**. UnB, Brasília-DF, 2004. Texto mimeografado.

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**, 2ª Edição. São Paulo, Max limonad, 2003, p. 66/67.



Brasil. Constituição Federal - 1988. Subsecretaria de Edições do Senado Federal, Brasília-DF, 2004.

Brasil, Tribunal de Contas da União. Lei Orgânica do TCU – Lei nº 8.443/92.

\_\_\_\_\_. Regimento Interno - Resolução nº 155/2002, com alterações posteriores

\_\_\_\_\_. Relatório de Julgamento de Recursos. Secretaria de Recursos do TCU, 10/2005, circulação interna.

CANELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**, vol. 1, Cedam, Padova, n. 76, 1936, pp 215-216. Citado por Nery Jr, Nelson, O Ministério Público e as Ações Coletivas.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Armênio Amado, Editor – Sucessor. Coimbra, Portugal. 1963, p. 127/164.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito – técnica, decisão, dominação**. São Paulo. Editora Atlas, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988**. Rio de Janeiro. Editora Forense Universitária. 1990.

Microsoft. Enciclopédia Encarta, edição em CD-ROM. 2004.

POLETTI, Ronaldo. **Estado Brasileiro: reforma e superação democráticas**. UnB, Brasília-DF, 2004. Texto mimeografado.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. Ed. Saraiva, 1994, suplemento I, Preliminares ao Estudo da Teoria Tridimensional do Direito.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Justiça, o que é isso?** UnB, Brasília-DF, 2004. Texto mimeografado.

TURA, Marco Antônio Ribeiro. **O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema**. Revista de Informação Legislativa. Brasília-DF, 2004, ano 41, nº 163, p. 215 a 230.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Ed. Fórum, Brasília-DF. 2005

\_\_\_\_\_. **Política & Direito – uma visão autopoietica**. Juruá Editora, Curitiba, 2003.

## APÊNDICE – FORMULAÇÕES MATEMÁTICAS

### Formulações matemáticas

1. De forma a facilitar uma eventual análise estatística que este artigo possa vir a suscitar em seus leitores, se inclui a seguir uma seqüência de formulações matemáticas, como forma de enriquecer o trabalho.

Equação básica

$$S(x) = f(T, A)$$

Onde:

S é a Síntese, ou o julgamento dos autos, a ser feito pelo TCU

X é o Processo, numerado seqüencialmente, na forma já descrita: TC-000.000/0000-0

T é a Tese, expressa como Citação ou Audiência

A é a Antítese, ou contra-razões apresentadas

2. Para exame da sistemática processual do TCU, a apreciação de processos é entendida como uma função. A definição é de que a Síntese é uma função da Tese e da Antítese, ou seja, detectado o indício de irregularidade (Tese), esta ensejará a necessidade de se dar oportunidade de defesa (Antítese), decorrente dos dispositivos constitucionais que asseguram ampla defesa. A apreciação destas alegações é que resultará na Síntese.

3. Em decorrência, temos as seguintes hipóteses a serem testadas:

$$1) S'(x) = \frac{-d(x)}{d(S)}$$

Onde:

$S'$  é a derivada primeira da função S (apreciação de processos) em relação às citações: é negativa

$$2) S''(x) = 0, \text{ para } t = 2$$

Onde:

$S''$  é a derivada segunda da função S (apreciação de processos) em relação às citações; ela será negativa em  $t=2$ , uma vez que se espera que uma só citação seja suficiente

$t = 2$ , é tempo igual a dois, isto é, a segunda citação. O teste a ser aplicado é para concluir da desnecessidade de uma segunda citação.

66

4. O presente trabalho está voltado à apreciação das deliberações do Tribunal, incluído o exame dos recursos. No âmbito do TCU, quicá nas repartições judiciárias brasileiras, paira um consenso não-escrito que a ampla defesa é utilizada de forma extremada, desnecessária e propositadamente protelatória. Em assim sendo, uma das hipóteses a serem testadas é que se espera a redução na quantidade de contra-razões apresentadas para um mesmo processo. Conseqüentemente, a derivada primeira da função - que matematicamente expressa a inclinação da reta tangente à função  $S(x)$  -, é negativa.

5. As hipóteses acima testadas tendem a demonstrar que não haverá necessidade da renovação dos instrumentos de alegações de defesa, posto que a aplicação dos conceitos de Justiça será decorrente de:

- a positivação hoje observada no ordenamento jurídico do Tribunal atende ao mandamento constitucional de assegurar a ampla defesa; e
- a utilização destas normas resulta na aplicação de Justiça.

6. Por fim, aplica-se o mesmo raciocínio aos recursos apresentas em oposição às deliberações da Corte. Sintomaticamente, a Tese será a deliberação atacada, a Antítese a peça recursal, e a Síntese o novo julgamento.

7. Vale registrar Relatório de Julgamento de Recursos, relativo ao 3º trimestre de 2005, elaborado pela Secretaria de Recursos do TCU, dando notícia de que 28,96% dos recursos apreciados pelo Tribunal, naquele período, foram providos, evidenciando uma vez mais o acerto e a inteligência dos normativos vigentes.

CÍNTIA ZAIRA MESSIAS DE LIMA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA; 1.1 ORIGENS – O PENSAMENTO DE MAURICE HAURIU; 1.2 CONCEPÇÃO DE MORALIDADE NO PERÍODO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 1.3 CONCEPÇÃO DE MORALIDADE NO PERÍODO POSTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 1.4 UMA CONCEPÇÃO DIFERENTE; 2. O CONTROLE DA MORALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA; 2.1. O CONTROLE POSITIVADO; 2.2. O CONTROLE PELO JUDICIÁRIO; 2.3. O CONTROLE PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A moralidade administrativa ganhou grande impulso na investigação doutrinária brasileira após sua introdução de forma expressa na Constituição Federal de 1988 – CF/88 (artigos 5º, LXXIII, e 37, *caput*).

Muitos são os livros e artigos publicados em revistas especializadas que tratam da matéria, observando que a grande maioria dos autores ainda relaciona a moralidade administrativa com a noção trazida por Maurice Hauriou no início do século XX, no sentido da boa administração.

O presente trabalho pretende trazer, na linha proposta por José Guilherme Giacomuzzi e a partir da análise do texto constitucional e da legislação inferior vigentes, uma nova visão para a questão com o objetivo de auxiliar na identificação, pelos órgãos e agentes competentes, do efetivo respeito ou não da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Assim, serão consideradas, inicialmente, as origens da idéia de moralidade administrativa, a partir dos ensinamentos de Maurice Hauriou. Na seqüência, será realizada uma breve análise do desenvolvimento da temática em períodos anteriores e posteriores à promulgação da CF/88 e proposta uma nova visão da temática a partir da distinção entre a moralidade administrativa prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, e o princípio da moralidade constante do art. 37, *caput*.

Por fim, será abordada brevemente a jurisprudência relacionada com o tema, com destaque para o papel das Cortes Administrativas na fiscalização e avaliação do respeito ao princípio da moralidade pela Administração Pública.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

### 1.1 Origens – o pensamento de Maurice Hauriou

Como de longa data destacado pelos administrativistas que trataram do tema<sup>1</sup>, a idéia de moralidade administrativa surgiu após o amadurecimento, no âmbito do direito privado, da doutrina do abuso do direito, instituto de correção destinado a evitar desvios

morais na aplicação do direito, tido como a “primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico”<sup>2</sup>. Foi a partir de então que surgiram novos conceitos impregnados de sentido moral, como locupletamento ilícito, obrigação moral, bom pai de família, mulher honesta.

A repercussão dessa “intromissão” no ramo do direito público ocorreu tão-somente no início do século XX com o desenvolvimento do instituto do desvio de poder pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês, cúpula do contencioso administrativo na França, como meio de se assegurar o cumprimento pela atividade administrativa dos fins exigidos pela lei ou pelo interesse público. Maurice Hauriou, como membro daquele Conselho, foi quem utilizou pela primeira vez a expressão “moralidade administrativa”, desenvolvendo sua tese no caso Gommel, Sirey, em 1917:

(...) a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”.<sup>3</sup>

Na apresentação do pensamento de Hauriou, Ana Sabrina Silveira Martins destaca que, ao definir moralidade administrativa como “o conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração”<sup>4</sup>, o autor esclarece que “os agentes públicos não só precisam agir de acordo com as leis jurídicas vigentes, mas igualmente, respeitar a ordem interna da instituição pública”<sup>5</sup>. A esta ordem interna, explica a autora, Maurice Hauriou denominou moralidade pública.

68

Ciente da dificuldade em aferir o exato conteúdo desta ordem interna, prossegue Silveira Martins, Hauriou construiu a idéia de moralidade administrativa a partir da noção de boa administração, que se caracterizaria sempre que o agente conseguisse atender satisfatoriamente ao interesse coletivo tutelado pela norma jurídica.

A fiscalização desse bom administrador não poderia se restringir à legalidade e deveria se estender ao exame dos motivos e fins do ato. Nesse sentido, Hauriou buscou suprir esse controle da moralidade administrativa através da Teoria do Desvio do Poder<sup>6</sup>.

A idéia de moralidade administrativa nasceu, assim, vinculada à de desvio de poder, então defendida como hipótese de ilegalidade, o que pode ser entendido por questões históricas: nos primórdios do século XX prevalecia o pensamento positivista do Direito, com grandes dificuldades para o controle judicial dos atos administrativos fora do âmbito da legalidade.

Nas palavras de Silveira Martins, para se possibilitar o controle moral dos atos, “apostou-se mais na ilegalidade por desvio de finalidade (ou de poder), finalidade esta componente inafastável de todo ato administrativo, transformando a moralidade, como regra de conteúdo moral, em regra jurídica”.<sup>7</sup>

## 1.2 Concepção de moralidade no período anterior à Constituição Federal de 1988

Na tentativa de dar independência e conteúdo à expressão moralidade administrativa e seguindo as idéias de Hauriou, Welter defende a separação entre a moralidade e a legalidade, propõe a inclusão do erro de fato e do controle dos motivos do ato como hipóteses referentes à moralidade administrativa e adverte que essa moralidade não deve ser confundida com a moralidade comum:

...ela é composta por regras da boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas, não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.<sup>8</sup>

Lacharrière, por sua vez, refere-se à moralidade administrativa como “o conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados”.<sup>9</sup> Acrescenta o autor que semelhantes regras não se confundem com as regras da moral comum, pois são regras de boa administração.

No entanto, as teorias de Hauriou e seus seguidores não obtiveram consagração em seu país de origem na forma proposta<sup>10</sup> e tanto a doutrina como a jurisprudência francesas acataram o controle da moralidade administrativa, ora como hipótese de ilegalidade interna em razão do conteúdo/objeto do ato, ora como hipótese de ilegalidade interna em razão dos seus motivos, deslocando sua análise para o âmbito da legalidade do ato administrativo<sup>11</sup>.

Merecem destaque ainda, nesse período, as obras de Antônio José Brandão<sup>12</sup> e de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho<sup>13</sup>, freqüentemente citados por todos os que tratam do tema moralidade administrativa.

Brandão parte da doutrina e do conceito apresentados por Hauriou, desenvolvidos por Welter e Lacharrière, e também relaciona a moralidade administrativa com a figura da boa administração.<sup>14</sup>

Para o autor, a imoralidade penetra no mundo jurídico por uma “perturbação da ordem jurídica semelhante à produzida pelo abuso do direito: o desvio de poder”, cuja causa seria a imoralidade da intenção do agente, que levou à escolha de fim metajurídico irregular, pois em dissonância com o fim concreto de pública administração pressuposto pelas atribuições do órgão e pelas modificações da ordem jurídica atribuídas por lei aos atos praticados no uso dos diversos poderes jurídicos da sua competência.<sup>15</sup>

Em aprofundado estudo sobre a moralidade administrativa, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho traz, na mesma linha dos autores acima mencionados, a figura do dever geral de boa administração, um dever de natureza moral imprescindível à regularidade do liame existente entre os motivos (pressupostos fáticos e jurídicos) e o próprio objeto/ conteúdo do ato administrativo.

Franco Sobrinho desenvolve seu trabalho a partir de alguns pressupostos: a) em primeiro lugar, há a necessidade de se examinar os motivos da Administração, de se indagar a intenção subjetiva da Administração para desvendar os elementos intrínsecos que atuaram na formação da vontade; e b) em segundo lugar, que na **formação do ato administrativo encontra-se presente um elemento (ou requisito), não considerado pelos doutrinadores em geral, de natureza moral** <sup>16</sup>.

Diferentemente de Brandão, o autor reconhece que, a partir de uma visão mais abrangente do Direito, “as fronteiras da legalidade não excluem os postulados da moralidade”<sup>17</sup> e propõe existir, na legalidade, um espaço próprio para a moralidade administrativa, encontrado na causa e no fim do ato, no motivo e no exame dos fatos<sup>18</sup>.

A caracterização da “não moralidade”, em resumo, dependeria da legitimidade e juridicidade dos motivos e do objeto do ato administrativo.<sup>19</sup>

### 1.3 Concepção de moralidade no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988

A importância de se conceituar a moralidade administrativa cresceu, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – doravante CF/88 – que a incluiu expressamente como bem jurídico a ser protegido via Ação Popular (art. 5º, LXXIII<sup>20</sup>) e elevou o princípio de mesmo nome à categoria de princípio constitucional de observância obrigatória para toda a administração pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 37, *caput*).

A doutrina brasileira mais recente, ao tratar do princípio da moralidade administrativa, faz menção às regras da boa administração, como Maria Sylvania Zanella di Pietro<sup>21</sup>, Valéria Oliveira Quixadá<sup>22</sup> e Hely Lopes Meirelles<sup>23</sup>, bem como a institutos ou princípios outros igualmente de difícil definição, como moral comum, bons costumes, razoabilidade, proporcionalidade, honestidade, justiça, eqüidade e outros, sem, contudo, conseguir trazer ao tema uma visão mais objetiva e que auxilie na fiscalização da moralidade no âmbito da Administração Pública.

Moreira Neto<sup>24</sup> parte do conceito proposto por Hauriou<sup>25</sup> e, seguindo as lições de Franco Sobrinho, considera que o referencial da moralidade administrativa é a finalidade pública, a qual há de se compreender na apreciação dos motivos e do objeto que se pretende realizar ou se realizou com o ato<sup>26</sup>.

Na tentativa de distinguir a moralidade da legalidade, o autor observa que, sob o prisma da moralidade, não é suficiente que tais elementos do ato tenham existência e satisfaçam os requisitos legais de validade. Em suas palavras, é "... necessário ir adiante, na análise da ação administrativa, para investigar se o conjunto dos seus elementos realmente sustenta o interesse público ou apenas dá a falsa impressão de que o faz".<sup>27</sup>

Destaca, por sua vez, que esse é o mesmo tipo de exame preconizado para detectar os vícios da discricionariedade e, melhor explicitando a teoria colocada por Franco Sobrinho, conclui que ocorre vício de moralidade administrativa e, portanto, o ato praticado não concorre para a boa administração, quando o agente pratica ato administrativo fundando-se em motivo: a) inexistente – não pode suportar a realização de qualquer finalidade pública; b) insuficiente – dificilmente suporta a realização de qualquer finalidade pública; c) inadequado – inexistente a necessária correspondência entre o que deveria motivar o ato e a natureza categorial do seu objeto; d) incompatível – não guarda adequação com o objeto do ato; ou e) desproporcional – embora declinado verdadeiramente, é erroneamente estimado pelo agente para servir de fundamento para sua ação (a valoração deve ser razoável);

Ou ainda, quando a prática do ato visa a objeto: a) impossível – o resultado visado é física ou juridicamente impossível (a imoralidade está no uso do poder estatal para a busca de um objeto impossível); b) desconforme – há incompatibilidade lógica entre a escolha (discricionária) e o interesse público contido na regra da finalidade; c) ineficiente – há grave comprometimento do interesse público pela desproporcionalidade entre custos e benefícios: "atender de forma grosseira, canhestra, desastrada, numa palavra ineficiente, o interesse público, caracteriza a modalidade mais disseminada de imoralidade administrativa".<sup>28</sup>

Como se viu, os autores relacionam a moralidade administrativa ora com a teoria do desvio do poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora com pautas éticas da atuação dos agentes públicos, ora com princípios outros de semelhante indefinição conceitual.

Com seu ponto de vista, Moreira Neto tentou trazer mais objetividade à temática e caracterizar a não moralidade administrativa mediante o exame dos motivos e do objeto do ato administrativo. Avançou na análise, por certo, mas permanecem dúvidas quanto ao conteúdo e à efetiva autonomia do princípio da moralidade administrativa, pois as hipóteses de vício de moralidade propostas pelo autor confundem-se com as de desvio de poder ou de nulidade previstas na Lei 4.717/65 (lei da ação popular – LAP).

#### 1.4 Uma concepção diferente

José Guilherme Giacomuzzi propõe uma nova visão da temática e sugere uma polissemia do signo “moralidade administrativa” na CF/88: enquanto a moralidade do inciso LXXIII do art. 5º encerra uma das causas de pedir da ação popular, o *caput* do art. 37 da Constituição traz um princípio jurídico. Cuidemos de cada uma dessas hipóteses.

Defende o autor que a moralidade administrativa do art. 5º é a constitucionalização de uma noção antiga vinculada à **legalidade substancial** do ato administrativo, pois “o objeto litigioso do processo de ação popular está na lei infraconstitucional desde 1965, via LAP, especificamente nas alíneas ‘c’, ‘d’ e ‘e’ do parágrafo único do art. 2º da referida lei”<sup>29</sup>.

Reputamos estar com razão Giacomuzzi.

O art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88 concede legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular e enumera as causas que podem dar suporte fático ao pedido de anulação ou de declaração de nulidade de ato administrativo: lesão ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tais causas devem estar devidamente caracterizadas na ação, pois, como um de seus elementos (causa de pedir remota), identificam a demanda com as conseqüências processuais conhecidas: litispendência, coisa julgada, continência, conexão, e outras.

O bem jurídico “moralidade administrativa” é de significado incerto e necessita, para a aplicabilidade do dispositivo, de delimitação de conteúdo e clareza conceitual.

A Lei 4.717/65, que regulamenta o dispositivo constitucional, assim dispõe:

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

...

- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Como se constata, as hipóteses das alíneas “c”, “d” e “e” coincidem com tudo o que se produziu em doutrina e jurisprudência sobre o tema desde sua origem (itens 1.1 a 1.3 deste artigo) e conferem conteúdo à “moralidade administrativa” do art. 5º, da CF/88, e objetividade à tarefa de identificação desta causa autorizadora da ação popular.

Este é o conceito e conteúdo que se deve aplicar à moralidade administrativa do art. 5º, que em nada se confunde com a expressão “moralidade” constante do art. 37, aparentemente esvaziada de significado perante a abrangência assumida pelo art. 5º com a Lei 4.717/65.

O art. 37 da CF/88 estabelece princípios, os quais possuem caráter normativo e carregam em si valores fundantes do ordenamento jurídico: são mandatos de otimização de condutas, no dizer de Alexy, e controlam o poder discricionário do administrador<sup>30</sup>. Determinam “o que deve ser”, exigem interpretação doutrinária e jurisprudencial para delimitação de seu conteúdo e sofrem adaptações evolutivas ao longo do tempo, em decorrência desses trabalhos hermenêuticos.

Dentre os princípios aplicáveis à Administração Pública, a CF/88 listou o da moralidade (e não moralidade administrativa), para o qual Giacomuzzi identifica dois aspectos: um objetivo, preenchido com a boa-fé objetiva da Administração; e outro subjetivo, relacionado com o dever de probidade do administrador público.

Quanto ao primeiro aspecto, Giacomuzzi parte do pressuposto de que Hauriou buscou no Código Civil Alemão (§§ 157 e 242, do BGB, de 1900) a equivalência entre boa administração e boa-fé e defende ser esta a verdadeira origem da idéia “moralidade administrativa”.<sup>31</sup>

72

Afirma, juntamente com Judith Martins Costa, que:

(...) a boa-fé objetiva caracteriza-se por significar um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico ligado às idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica do § 242 do BGB: **regra de conduta baseada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses de terceiros**, vistos como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado<sup>32</sup> (grifo nosso).

Argumenta que a Lei 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo – LPA) corrobora com este entendimento, pois faz constar expressamente a boa-fé como critério a ser observado nos processos administrativos (art. 2º, p. único, inciso IV, LPA)<sup>33</sup>, e estabelece uma relação direta deste inciso com o princípio da moralidade previsto no *caput* do mesmo artigo<sup>34</sup>.

Outros autores brasileiros também já fizeram a vinculação da moralidade com a boa-fé, sem, contudo, especificar expressamente que se referem à boa-fé objetiva: Celso Antônio Bandeira de Mello declara que o princípio da moralidade administrativa compreende os princípios da lealdade e da boa-fé<sup>35</sup>; Juarez Freitas sustenta que o princípio da confiança ou da boa-fé nas relações administrativas é “manifesto resultado da junção dos princípios da moralidade e da segurança nas relações jurídicas”<sup>36</sup>; e Germana de Oliveira Moraes afirma que “violado o princípio da boa-fé significa também violado o princípio da moralidade” e vincula a boa-fé com a veracidade, a confiança, a honestidade e a lealdade<sup>37</sup>.



Defensável a proposta apresentada por Giacomuzzi, e já citada por outros doutrinadores, com a qual concordamos.

O modelo de Estado atual (Estado do bem estar social, modificado pelas privatizações, terceirizações e regulações do mercado), cuja Administração tem-se pautado pelo consenso e diálogo com setores da sociedade, deve basear sua conduta na honestidade, retidão, lealdade e na consideração para com os interesses dos administrados.

Isso faz parte de sua moralidade e possui natureza eminentemente objetiva, pois independe da intenção do agente público envolvido na prática do ato administrativo<sup>38</sup>.

Deve a Administração, por exemplo, honrar as promessas de compra e venda de imóveis pertencentes a loteamentos irregulares promovidos pelo próprio ente público, regularizando-os, como já decidiu o STJ (proibição do *venire contra factum proprium*)<sup>39</sup>. Deve, também, cumprir o compromisso assumido pelo agente público de suspensão da execução judicial de dívida bancária em favor de todo administrado que preencher os requisitos exigidos e solicitar o benefício oferecido<sup>40</sup>.

A boa-fé objetiva da Administração aponta, ainda, para a proteção da confiança que os cidadãos depositam nos governantes, nas regulações, nas instituições e servidores públicos, nos atos e em outras medidas adotadas pela Administração Pública<sup>41</sup>, e isso é proteção da moralidade exigível no agir administrativo, como destaca Cármen Lúcia Antunes Rocha:

(...) no Estado Moderno, especialmente com o modelo intervencionista que passou a predominar no presente século, a exigência de moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado, cujas funções são desempenhadas pelos agentes. A moralidade administrativa tornou-se não apenas Direito, mas *direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto*<sup>42</sup> (itálico no original).

A boa-fé objetiva, assim, exige da Administração postura honesta, leal e de consideração para com os interesses de terceiros, sendo este, em nosso entendimento, parte do mandamento veiculado pelo princípio da moralidade previsto no art. 37, da CF/88.

O aspecto subjetivo do princípio da moralidade, e aqui mais uma vez nos alinhamos à proposta de Giacomuzzi, refere-se ao dever de probidade administrativa<sup>43</sup>, que obriga todo administrador público a pautar sua conduta de acordo com a honestidade, a retidão de caráter e a justiça, uma antítese à conduta corrupta<sup>44</sup>.

A vinculação da moralidade administrativa com a corrupção e com o agir desonesto do administrador público é instintiva e corresponde ao senso comum de moralidade, como destaca Antunes Rocha: “Talvez quando se fale de moralidade administrativa mais se pense em sua face inversa, na perversão de seus elementos, em seu descumprimento, que é a corrupção administrativa”.<sup>45</sup>

Esta vinculação está presente, também, na Lei 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos que não cumprem com seu dever de probidade e define como atos de improbidade administrativa: a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade (art. 9º); b) ensejar, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º (art. 10); e c) violar, por ação ou omissão, os deveres de honestidade,

imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11), atos esses de nítido caráter moral, subjetivo (depende da análise da intenção do agente – dolo / culpa) e não penal<sup>46</sup>.

Corroboram com essa visão os posicionamentos de vários autores que fazem referência à improbidade administrativa ao tratar da moralidade, como Antunes Rocha<sup>47</sup>, Silveira Martins<sup>48</sup> e Fábio Osório<sup>49</sup>, sendo clássica a afirmação de José Afonso da Silva: “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem”.<sup>50</sup>

Entendemos, assim, que a Constituição Federal de 1998 incorporou ao seu texto a moralidade administrativa por meio de dois institutos jurídicos distintos: 1) como causa de pedir da ação popular (art. 5º, LXXIII), causa e ação estas regulamentadas pela Lei 4.717/65; e 2) como princípio setorial aplicável à Administração Pública (art. 37, *caput*), norma esta que fundamenta e orienta a produção, a aplicação e a interpretação do Direito no âmbito público, bem como orienta o agir administrativo sob dois aspectos: um objetivo, que se resume na exigência da boa-fé objetiva da Administração; e outro subjetivo, vinculado com o dever de probidade a que todos os agentes públicos estão sujeitos.

## 2. O CONTROLE DA MORALIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

A moralidade no âmbito da Administração Pública é uma questão que interessa não apenas ao agente público, mas prioritária e principalmente à sociedade brasileira. A afronta a este princípio agride o sentimento de justiça de um povo e coloca sob desconfiança, não apenas o ato imoral praticado, mas toda a Administração Pública e o próprio Estado.

Assim, o estabelecimento de mecanismos de controle da moralidade pública é essencial, seja ele social (por meio de denúncia aos órgãos fiscalizadores, ajuizamento de ação popular, participação em conselhos e organismos não governamentais, entre outros) ou institucional (Controle Interno, Tribunais de Contas, Poder Judiciário).

Considerando o foco deste artigo, faremos um superficial levantamento da legislação brasileira que trata do tema e traremos parte da jurisprudência de alguns tribunais nacionais como forma de apresentar o modo como a moralidade tem sido fiscalizada pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais de Contas da União e dos Estados.

### 2.1 O Controle Positivado

A Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos que fazem alusão ao controle da moralidade pública. Além do art. 5º, LXXIII, que trata da ação popular, e o *caput* do art. 37, que faz menção ao princípio da moralidade, há que se destacar: a) o art. 37, § 4º, que fixa as sanções para os atos de improbidade administrativa; b) o art. 52, I, combinado com art. 85 (em especial inciso V), que prevêem o julgamento do Presidente e Vice-Presidente da República por crimes de responsabilidade; c) o art. 72, § 2º, que prevê a possibilidade de sustação de despesa irregular, dentre as quais podem ser incluídas as irregulares por imoralidade administrativa; d) o art. 74, § 2º, que legitima qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato a denunciar atos irregulares por desatendimento à moralidade perante o Tribunal de Contas da União; e e) o art. 142, § 3º, VII, que prevê a perda do posto e da patente para o oficial das Forças Armadas julgado indigno do oficialato.

Após a promulgação da Constituição, proliferaram, no Brasil, as normas que tutelam a moralidade administrativa, com vistas à regulamentação dos preceitos constitucionais e como resposta do legislador aos apelos e demandas populares por um Estado mais íntegro e justo.

Assim, além da recepção pela CF/88 das Leis 1.079/1950 (define os crimes de responsabilidade e fixa as sanções correspondentes) e 4.717/1965 (regulamenta a ação popular) e dos artigos do Código Penal Brasileiro que estabelecem punições para os crimes contra a Administração Pública, foram editadas a Lei 8.112/90 (estabelece, entre outros assuntos, sanções para as condutas do servidor público civil que sejam incompatíveis com a moralidade administrativa), a Lei 8.429/1992 (estabelece as sanções para os atos de improbidade administrativa), o Código de Conduta da Alta Administração Federal (estabelece regras éticas de conduta para as autoridades nomeadas pelo Presidente da República), o Decreto Federal 1.171/1994 (aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal) e os Códigos de Ética dos órgãos e entidades públicos, como exemplificam a Portaria FNDE nº 283/2002, a Portaria STN nº 602/2005, o Código de Ética da Caixa, o Código de Ética dos Profissionais do BNDES, dentre outros.

A positivação de condutas imorais para possibilitar a punição de seus agentes cresceu enormemente nas últimas décadas no Brasil, seja mediante o estabelecimento de deveres de servidores, a definição de atos de improbidade ou mediante o estabelecimento de crimes de responsabilidade.

Não há mais espaço para a convivência pacífica com a imoralidade na seara pública, sendo imprescindível, agora, que o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas façam sua parte, qual seja a de fiscalizar o respeito à moralidade e aplicar o Direito no âmbito de suas respectivas competências. Vejamos como tem atuado alguns dos tribunais nacionais.

## 2.2 O Controle pelo Judiciário

O Poder Judiciário Brasileiro tem por função precípua administrar a Justiça e dizer o Direito aplicável aos casos levados à sua apreciação. Em seu âmbito de atuação está a verificação do cumprimento pela Administração Pública dos princípios constitucionais que informam o agir administrativo, entre os quais, o princípio da moralidade.

Os tribunais judiciais têm enfrentado a matéria atinente ao alegado desrespeito ao princípio da moralidade, havendo muitos julgados atualmente que tratam do tema e indicam, nos casos concretos, o entendimento prevalecente quanto ao conceito e conteúdo da moralidade administrativa.

Em julgado de 16/04/98, o Supremo Tribunal Federal – STF – fundamentou no princípio da moralidade o indeferimento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade de lei estadual que veda a participação de empresas do ramo automobilístico em licitação para concessão de serviço de inspeção de segurança veicular<sup>51</sup>. Em outra oportunidade confirmou a procedência de ação popular impetrada contra a fixação de vencimentos de vereadores na mesma legislatura, considerando tal ato lesivo não apenas ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa<sup>52</sup>.

No primeiro caso, o STF buscou garantir a prevalência da boa-fé objetiva da Administração, pois a vedação à participação das empresas que atuam no processo de montagem de veículos, inclusive no que se refere aos itens de segurança, em licitações para a concessão de serviço de inspeção de segurança veicular demonstra o cuidado

para com os interesses de terceiros (interesse público) e age em prol da confiança do administrado nos atos administrativos decorrentes.

O Superior Tribunal de Justiça, que possui farta jurisprudência relativa à matéria, reputou devida a contraprestação à contratada pelo serviço prestado, mesmo em se tratando de contrato supostamente eivado de nulidade, como forma de se impedir o locupletamento indevido da Administração Pública, que ofenderia frontalmente ao princípio da moralidade administrativa<sup>53</sup>. Em outro julgado, reconheceu que o dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados, e enfatizou: “O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé”.<sup>54</sup>

A boa-fé objetiva da Administração foi novamente colocada em primeiro plano, com a preservação da confiança depositada pelo contratado na palavra da Administração (assinatura do contrato) e a determinação de pagamento pelos serviços já prestados. A preocupação com o impedimento do locupletamento ilícito impõe, na mesma linha, uma conduta honesta e de consideração para com os interesses de terceiros. Moral, em última instância.

No segundo julgado, percebe-se que a moralidade de conduta é exigida não apenas da Administração Pública, mas também dos administrados que com ela se relaciona. A boa-fé e a confiança, recíprocas, novamente preservadas.

Em decisão de 28/04/1999, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – TJ/RS, ao tocar no tema do controle jurisdicional dos atos administrativos, salientou a necessidade de o controle abranger não apenas a legalidade, mas também a legitimidade e moralidade desses atos<sup>55</sup>. Salientou, em outro julgado, a autonomia do princípio da moralidade frente à legalidade e concluiu pela obrigatoriedade de atendimento a ambos no agir administrativo<sup>56</sup>. Nesta toada, o TJ/RS considerou lesivos à moralidade administrativa o fato de um Prefeito ganhar mais do que o Governador do Estado, e/ou do que o próprio Presidente da República, e a fixação de diárias em valores de tal monta que acabam por constituir fonte de remuneração oblíqua<sup>57</sup>.

Vê-se, com os exemplos trazidos, a relevância crescente que o princípio da moralidade tem alcançado em nossos tribunais, que têm identificado situações de afronta à moralidade pública e atuado em proteção da confiança e boa-fé que devem animar a relação Administração-administrados.

## 2.3 O Controle pelos Tribunais de Contas

Aos Tribunais de Contas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios compete, entre outras atribuições, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos da administração direta e indireta, tendo em vista a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência dos atos de gestão (art. 36, c/c artigos 70 a 75, da CF/88), como já se pronunciou o TCU<sup>58</sup>.

Não podem, assim, furtarem-se à fiscalização e à análise das contas públicas também sob o aspecto da moralidade dos atos da Administração Pública, sejam eles vinculados ou discricionários. O enfrentamento da questão tem ocorrido, ainda que de forma um tanto tímida ou focalizada em situações específicas. Vejamos.

O princípio da moralidade tem sido invocado pelo TCU para fundamentar decisões que concluem pela irregularidade de atos que designam parentes de magistrados para cargos em comissão e funções gratificadas, o chamado nepotismo<sup>59</sup>, e de atos que homologam licitações caracterizadas pelo estreito relacionamento entre os licitantes e os membros da Comissão de Licitação<sup>60</sup>. Tem sido invocado, ainda, para reforçar a motivação do julgamento nas irregularidades decorrentes de contratações emergenciais efetivadas sem o cumprimento dos requisitos mínimos exigidos (art. 24, inciso IV, c/c o art. 26, parágrafo único, incisos I a III da Lei nº 8.666/93, com o detalhamento contido na Decisão TCU 347/1994-P), e sem a necessária consulta ao maior número possível de interessados<sup>61</sup>.

Os julgamentos pela imoralidade do nepotismo, independentemente da capacidade individual dos parentes de magistrados, protegem a confiança do administrado nos atos e medidas adotados pela Administração, e atuam em prol da boa-fé objetiva.

A jurisprudência mostrou-se plenamente alinhada ao comando constitucional e ao anseio popular, o que se comprovou com a recente edição da Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Justiça (18/10/2005), que, com fundamento nos princípios da moralidade e impessoalidade, disciplina o exercício de cargos, empregos e funções por parentes de magistrados e servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, estendendo a vedação ao nepotismo para todo o Poder Judiciário Brasileiro.

No segundo exemplo de jurisprudência, identifica-se a desconfiança que o relacionamento próximo entre os licitantes e os membros da comissão de licitação pode gerar em relação à lisura dos procedimentos licitatórios. A caracterização da irregularidade em decorrência deste relacionamento indica a tendência à proteção da confiança nos atos administrativos e da boa-fé objetiva da Administração.

Na mesma linha de raciocínio, o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco afirmou a violação ao princípio da moralidade nos casos de vínculo existente entre servidor público ocupante de cargo gerencial e a empresa ou pessoa física contratada pelo órgão público<sup>62</sup> e o Tribunal de Contas do Distrito Federal reputou incompatíveis com o princípio da moralidade a realização de festejos com recursos de empresa estatal e o recebimento de gêneros alimentícios, bebidas e favores de terceiros, para realização de festa de confraternização dos servidores públicos<sup>63</sup>, o que sugere o estreitamento das relações entre Administração e possíveis fornecedores e contratados.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por sua vez, reputou atentatória ao princípio da moralidade administrativa a contratação de distribuidora de alimentos para o fornecimento de cestas de natal a funcionários municipais, “uma vez que não é benefício de ordem pública, mas específico e direcionado”. Considerou contrária à moralidade, ainda, a realização de gastos com a imprensa local por ter ficado caracterizada a promoção pessoal do ex-prefeito<sup>64</sup>.

O Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul, que apresenta o maior número de decisões com base no princípio da moralidade, além de reconhecer a irregularidade nos casos de vínculo entre servidor ocupante de cargo gerencial e a empresa ou pessoa física contratada pelo órgão público, reputou atentatórios à moralidade pública o pagamento de *jeton* a membro de órgão deliberativo da Administração Pública por participação em reunião realizada no horário de expediente (já remunerado pelo erário), as contratações emergenciais realizadas de forma reiterada no tempo, a contratação de cooperativa de trabalhadores em subterfúgio para contratar mão-de-obra sem a realização de concurso público, a fixação ou majoração de subsídios para agentes políticos para a mesma legislatura, a falta de critérios para estabelecimento do valor do objeto a contratar, e outros<sup>65</sup>.

De modo ainda tímido, mas cada vez mais seguro, os tribunais de contas têm analisado os atos de gestão administrativa com olhos na moralidade administrativa. Poucos são os julgados, se comparada a jurisprudência em formação com o volume de recursos públicos e o número de atos administrativos praticados, e vasto o trabalho por se fazer na identificação de situações de afronta à moralidade pública, na proteção da confiança e boa-fé da Administração, e na fiscalização do efetivo cumprimento do dever de probidade pelos administradores públicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo procuramos demonstrar o desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa, desde a origem até os dias de hoje, e propusemos, com base nas normas constitucionais e legais vigentes, a análise do tema em duas vertentes: 1) da moralidade administrativa prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/88, como causa de pedir da ação popular, e 2) da moralidade prevista no art. 37, *caput*, como princípio setorial aplicável à Administração Pública, princípio este verificável sob dois aspectos: um subjetivo, ligado ao dever de probidade dos agentes públicos, e outro objetivo, relacionado com a boa-fé da Administração.

Apresentamos a legislação brasileira que trata atualmente do controle da moralidade e fizemos uma breve análise da jurisprudência jurisdicional e administrativa relativa ao princípio da moralidade, na qual verificamos, em alguns julgados, o relacionamento, ainda que implícito, do princípio da moralidade com a boa-fé e a proteção da confiança na Administração.

Quanto à legislação, pudemos observar que o sistema jurídico brasileiro prevê a tutela da moralidade de forma bastante ampla e estabelece sanções políticas, civis, administrativas e penais para os atos que especifica. Para Antunes Rocha, a moralidade administrativa pode e deve ser imposta juridicamente, pois ela “não é uma questão que começa e termina na qualidade dos homens, mas na qualidade dos sistemas jurídico, político e administrativo vigentes em determinada sociedade estatal”. E complementa: “aduzida como princípio jurídico, a moralidade administrativa passa a compor, fundamentar e direcionar o sistema de normas de direito vigentes em determinado Estado”.<sup>66</sup>

No entanto, não é suficiente um grande número de normas jurídicas que tratem do tema, pois, o que mostra a qualidade, eficiência e efetividade social de um sistema jurídico, finaliza Antunes Rocha, “é o nível de aplicação e acatamento das normas”.<sup>67</sup>

Importa, assim, que os agentes públicos velem pela estrita observância do princípio da moralidade no tratamento dos assuntos que lhe são afetos (art. 4º, Lei 8.429/92) e que os órgãos institucionalizados de controle (Controles Internos, Poder Judiciário, Tribunais de Contas) fiscalizem a Administração Pública não apenas sob o foco da legalidade, mas também da não moralidade, por ser este um vício que, por si só, leva à invalidade dos atos administrativos.

Quanto à responsabilidade dos tribunais de contas, observa-se que a fiscalização e a análise dos atos administrativos pelos analistas de controle também com este foco são imprescindíveis para o enfrentamento das questões pelos colegiados julgadores, o aumento das discussões e a sedimentação do entendimento relativo ao conceito e conteúdo do princípio constitucional da moralidade no âmbito público.

Esta não é uma matéria pacífica e nem este trabalho pretendeu dar a palavra final para o assunto. O tema é instigante, complexo, exige reflexão e muito trabalho hermenêutico.

Cabe aos estudiosos das ciências sociais trazerem sua contribuição para o debate e aos órgãos de controle interno e externo instituídos exigirem o respeito da moralidade no âmbito público mediante a aplicação do Direito (*lato sensu*) aos casos concretos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O Controle da Moralidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 1974.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 190, p. 1-44, out./dez. 1992.

QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 28, n. 73, p. 51-61, jul/set 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. **Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 19, nº 34, p. 165-199, 1º sem. 2001.

## NOTAS

<sup>1</sup> Dentre eles, Antônio José Brandão, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Maria Sylvia Zanella di Pietro, José Guilherme Giacomuzzi, Ana Sabrina Silveira Martins, conforme obras referenciadas neste artigo.

<sup>2</sup> BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951, p. 456.

- <sup>3</sup> HAURIUO, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 457.
- <sup>4</sup> HAURIUO, Maurice, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 457.
- <sup>5</sup> SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina. *Moralidade Administrativa no Estado Democrático de Direito. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 19, nº 34, 1º sem. 2001, p. 171.
- <sup>6</sup> SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 171.
- <sup>7</sup> SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 172.
- <sup>8</sup> WELTER, apud BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 459. GIACOMUZZI, José Guilherme. *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*, p. 84-90.
- <sup>9</sup> *Le contrôle hiérarchique de L'Administration dans la Forme Juridictionnelle*, 1938.
- <sup>10</sup> Neste sentido, observa Maria Sylvania Zanella di Pietro que, dentre os publicistas franceses mais recentes, não se notam grandes preocupações com o signo “moralidade administrativa”, cujo conceito foi equiparado ao instituto do desvio de poder, hipótese de ilegalidade (“Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”. São Paulo: Atlas, 1991, p. 102).
- <sup>11</sup> Para maiores esclarecimentos, vide GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 108-118.
- <sup>12</sup> BRANDÃO, Antônio José. *Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 25, p.454-467, jul./set. 1951.
- <sup>13</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- <sup>14</sup> Brandão define o bom administrador como: “o órgão da pública Administração que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum. Se os primeiros delimitam as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, – a segunda espera dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio” (BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 462).
- <sup>15</sup> BRANDÃO, Antônio José, op. cit., p. 464-465. Quanto à fiscalização dessa moralidade administrativa, o autor destaca que o desvio de poder não se reduz a mero problema de legalidade, pois o ato em que ele se manifesta concretamente é praticado com observância da lei, mas obedece a determinante imoral. Dessa forma, defende o exame do desvio de poder como o “exame da sua [do ato administrativo] regularidade jurídica, enquanto nela se reflete o intuito moral do agente na escolha do fim concreto a atingir” (p. 467).
- <sup>16</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Controle da Moralidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974. O autor argumenta que, sem o elemento moral “nos demais elementos ou participantes deles, afastada a condição de moralidade, jamais o ato administrativo atinge a perfeição e a eficácia” (p.106), e destaca: “O fator *moral*, comprometendo a própria responsabilidade pública, há de influir para que a causa seja legítima, o conteúdo efetivamente de direito, o condicionamento regrado, enquanto que a capacidade e a competência não extravasem as faculdades das pessoas administrativas” (p.9).
- <sup>17</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 4.
- <sup>18</sup> Em sua obra “O Controle da Moralidade Administrativa”, acima citada, o autor afirma que “O motivo, então, como elemento externo do ato, e a causa, como responsável pela produção do ato, tanto na atividade regrada como na atividade discricionária, integram-se no ato através do concurso do elemento *moral* característico na lisura pressuposta de bom comportamento administrativo” (p. 104). No mesmo sentido, ao admitir que o ato administrativo exige vontade, competência, objeto possível e lícito, fim legal e forma para ter vida soberana, afirma que no ponto *objeto possível e lícito* o ato confunde-se com atuação moral e moralidade (p.68). Em relação ao fato jurídico, pressuposto para a realização do ato, esclarece: “O fato imaginado, fantasioso, inventado, possivelmente criado, irrelevante para a sociedade, que não exterioriza *acontecimento concreto*, de gênese e fins políticos, estranho às formas aconselhadas pelo direito, tal fato só pode germinar reflexos *não morais* na ordem jurídica. Igualmente com os *serviços públicos* as hipóteses também são racionalmente viáveis. Há serviços necessários e não necessários. Indispensáveis e gravosos. Como existem *modos de gestão* de categorias diversas todas elas confiadas aos critérios de boa administração” (p. 84). E mais, destaca como hipóteses de não moralidade as situações em que: a) o fato não justifica o ato, viciando-o na origem; b) o ato não corresponde ao fato, desviando-se da causa; c) o fato não exterioriza motivos determinantes à prática do ato; e d) o ato não formaliza regras jurídicas estabelecidas (p.85). Complementa, nos seguintes termos: “Para o hermeneuta, ou para o juiz aplicador da norma, o fato passa a ter tanta importância quanto o ato. Não se harmonizando fato e



ato, causa e efeito, prevalecem as dúvidas. E dúvidas que se dirigem a duas deduções: a) uma essencial que respeita ao comportamento incomum administrativo; b) outra que forçosamente se inclina para a inexistência de moralidade na conduta administrativa” (p. 90).

Quanto à apreciação da moralidade como elemento do ato, o autor alerta que o “...desafio está precisamente nisto: em permitir que os analistas do ato administrativo passem a distinguir claramente nos componentes do ato os requisitos que nascem das exigências legais”, e destaca a importância de constar, a formação da vontade da Administração de um “a) ...um processo ordenado de formalidade; processo marcante da fronteira entre as garantias do administrado e da legalidade administrativa; processo cujo fim é o de assegurar o respeito dos interesses postos em causa; b) ... a obrigação, por assim dizer necessária, de fundamentar-se a decisão ou o ato; as razões motivantes do ato onde o objeto apareça certo e legal, conveniente e oportuno.” (p.107)

<sup>19</sup> Para Franco Sobrinho, a moralidade emerge no âmbito do vazio legislativo da discricionariedade administrativa: “Desde que a lei não possa dar às coisas senão uma indeterminada e vaga orientação, a tutela da moralidade aparece como princípio disciplinador, em oposição à liberdade de ação administrativa. Mas se a lei diz com clareza o que pretende, essa tutela também é válida desde que se caracterize o desvio ou o excesso de poder, levando a Administração à responsabilidade. Apenas uma questão pode assumir uma importância transcendental: a de saber até onde pode chegar o exame da moralidade administrativa, e isso tendo em conta nada ter ela com a moral comum” (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira, op. cit., p. 27-28).

<sup>20</sup> “LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato esivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

<sup>21</sup> “Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 14ª ed., 2002, p. 79).

<sup>22</sup> “(...) entendemos que a moralidade administrativa fundamenta-se em parâmetros comportamentais baseados na noção do que a sociedade, em determinado tempo e lugar, considere como “boa administração”, a cuja observância está adstrito o Administrador no seu mister de conduzir os negócios estatais como corolário da própria função na qual encontra-se investido e tendo em mente o interesse público a ser preservado dentro da ética ditada para a instituição” (QUIXADÁ, Valéria Oliveira. Princípio da Moralidade Administrativa: autonomia, aplicabilidade e controle em face da Constituição de 1988. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 28, n. 73, jul/set 1997, p. 54).

<sup>23</sup> O autor trabalha a partir da doutrina de Hauriou, Welter e Franco Sobrinho, invoca a figura do “bom administrador” e afirma: “o certo é que a *moralidade* do ato administrativo juntamente a sua *legalidade* e *finalidade*, além da sua adequação aos *demais princípios* constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 26ª ed., 2001, p. 84).

<sup>24</sup> Para o autor, a disciplina interior a que se refere Hauriou pode ser entendida como “(...) um sistema de moral fechada [moral social, referida a um grupo determinado, em contraposição à moral aberta, individual e ligada à consciência que cada indivíduo tem sobre o bem e o mal], próprio da Administração Pública, que exige de seus agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados e a ela cometidos [a Administração como uma instituição finalisticamente orientada – visando o interesse público]” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p. 7-8.

<sup>25</sup> Hauriou conceitua moralidade administrativa como o “Conjunto de regras de conduta advindas da disciplina interior da Administração”.

<sup>26</sup> “Importa, está claro, a *ilegitimidade do fim* que o ato administrativo persegue. Contudo, se faz importante saber que esse fim há de se compreender na apreciação dos *motivos*. E muito mais que isso no *negócio jurídico* que a Administração já realizou ou tende a realizar”. FRANCO SOBRINHO, apud MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p.10.

<sup>27</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p. 11.

<sup>28</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, op.cit., p. 14.

<sup>29</sup> Para GIACOMUZZI (op. cit., p. 184), “o legislador constituinte de 1988 deu, no art. 5º, *status* constitucional a um aspecto especial da legalidade, qual seja, a legalidade *interna* do ato administrativo. Legalidade, como diria Welter, considerado o senso lato da palavra. Legalidade *substancial*.” O autor classifica as modalidades de ilegalidade do ato administrativo, invocando os ensinamentos de René Chapus, em externas e internas (p. 113-116). São ilegalidades externas a incompetência, o vício de procedimento e o vício de forma. Configuram ilegalidades internas aquelas advindas:

a) em razão do conteúdo – o conteúdo do ato não é conforme à legalidade;

b) em razão dos motivos – quando o ato derivar de: 1) erro de direito, quando invocada uma norma inexistente, inaplicável, ilegal, ou quando houver erro na interpretação da norma; 2) erro de qualificação jurídica dos fatos, pois os fatos devem justificar juridicamente a decisão; e 3) erro de fato, caracterizado quando não estabelecida a exatidão material dos fatos invocados;

c) em razão da intenção do agente – nos casos de desvio de poder (ou finalidade).

<sup>30</sup> ALEXY, Robert, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit. P. 209-212.

<sup>31</sup> Para maiores informações sobre o entendimento do autor, vide páginas 62-74 de sua obra acima citada.

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 240.

<sup>33</sup> Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

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

... IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

<sup>34</sup> Para o autor, os critérios enumerados no parágrafo único do art. 2º da LPA guardam relação de dependência quase pontual com cada um dos princípios previstos no *caput*, referindo-se, o inciso IV (“atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”), ao princípio da moralidade, conforme página 245, da obra acima citada.

<sup>35</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 9ª ed., 1997, p. 73.

<sup>36</sup> FREITAS, Juarez, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 239.

<sup>37</sup> MORAES, Germana de Oliveira, apud GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 239.

<sup>38</sup> Para Giacomuzzi, o “... ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e quais suas intenções” (grifo nosso): GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 241.

<sup>39</sup> Dando guarida expressa aos princípios da boa-fé e da confiança, o STJ entendeu ser dever do Município regularizar loteamentos irregulares promovidos pelo próprio ente público, e não anular os contratos de promessa de compra e venda assinados, pois, se à luz da Lei 6.766/79 (parcelamento do solo urbano) incumbe ao Município regularizar os loteamentos irregulares promovidos por terceiros, em defesa dos direitos dos adquirentes dos lotes, com muito mais razão deveria tratar de tomar tais providências quando a promessa foi feita por ele próprio (REsp 184.487-SP, de 24/11/1998), Do voto do Relator, pode-se extrair esclarecedora passagem: “Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela Administração Pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos, depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram. ‘A salvaguarda da boa-fé e a manutenção da confiança formam a base de todo o tráfego jurídico e em particular de toda a vinculação jurídica individual. Por isso, não se pode limitá-lo às relações obrigacionais, mas aplicá-lo sempre que exista qualquer vinculação jurídica, ou seja, tanto de direito privado, como no direito público’ (Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, I/144).”

<sup>40</sup> Julgado STJ, de 14/11/1995 – 4ª T. Cível, RMS 6.183-MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. O Superior Tribunal de Justiça decidiu pela proteção do direito do cidadão que confiou em compromisso público assumido pelo agente competente e se apresentou para acerto de contas, preenchidas as condições postas, garantindo-lhe o direito à suspensão da execução judicial de dívida bancária.

Para Giacomuzzi, decorrem também do princípio da boa-fé, e conseqüentemente do princípio da moralidade: o dever de transparência e lealdade; o dever de conservação dos atos administrativos,

- explorando-se ao máximo a convalidação; o dever de sinceridade objetiva (que inclui não só dizer a verdade, mas também não omitir qualquer fato ou conduta relevante para o caso concreto); o dever de lealdade ao fator tempo (proibição ao exercício prematuro de direito ou dever ou retardamento desleal do ato e à fixação de prazos inadequados); o dever da correta e clara informação (não omitir qualquer dado que seja relevante na descrição da questão controversa e/ou que possa auxiliar na sua resolução), entre outros (GIACOMUZZI, José Guilherme, op. cit., p. 270 e 275-276).
- <sup>41</sup> Conforme teoria de GIACOMUZZI, José Guilherme (op. cit., p.265-272).
- <sup>42</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 190.
- <sup>43</sup> Muitos são os autores que fazem referência à improbidade administrativa ao tratar da moralidade, sendo clássica a afirmação de José Afonso da Silva: “A improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª ed., 2005, p. 669).
- <sup>44</sup> O Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva (Rio de Janeiro: Forense, 11ª edição, 1989) descreve a probidade como “a *honestidade de proceder* ou a *maneira criteriosa* de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa” (itálico no original). O Dicionário Michaelis, como “a qualidade do probó”, o indivíduo “de caráter íntegro: honesto, justo, reto” (MICHAELIS Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2002).
- <sup>45</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 195.
- <sup>46</sup> O caráter não penal dos ilícitos fica latente com o fato de que as hipóteses listadas nos artigos 9º a 11 da lei são exemplificativas e situações outras podem caracterizar a improbidade definida na cabeça dos artigos.
- <sup>47</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 226.
- <sup>48</sup> “A imoralidade administrativa seria o gênero, no qual a improbidade pode ser considerada uma das espécies...” (SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 184).
- <sup>49</sup> OSÓRIO, Fábio, apud SILVEIRA MARTINS, Ana Sabrina, op. cit., p. 184.
- <sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 24ª ed., 2005, p. 669.
- <sup>51</sup> ADInMC 1.723-RS. Rel. Min. Carlos Velloso: “...À primeira vista, o Tribunal considerou irrelevante a arguição de inconstitucionalidade formulada pela autora – por ofensa aos princípios da igualdade, do livre exercício de qualquer trabalho, da livre iniciativa e da livre concorrência -, tendo em vista que a exclusão de empresas que têm interesse na fiscalização de veículos observa o princípio da moralidade administrativa (CF, art. 37)”.
- <sup>52</sup> RE 206.889-6/MG, 2ª T., 25/03/1997: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. VEREADORES: REMUNERAÇÃO: FIXAÇÃO: LEGISLATURA SUBSEQÜENTE. C.F., art. 5º, LXXIII; art. 29, V. PATRIMÔNIO MATERIAL DO PODER PÚBLICO. MORALIDADE ADMINISTRATIVA: LESÃO. I. - A remuneração do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores será fixada pela Câmara Municipal em cada legislatura para a subseqüente. C.F., art. 29, V. Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. C.F., art. 5º, LXXIII. II. - Ação popular julgada procedente. III. - R.E. não conhecido”.
- <sup>53</sup> REsp 662924 / MT, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, de 16/06/2005.
- <sup>54</sup> REsp 579541 / SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, de 17/02/2004.
- <sup>55</sup> Ap.C. nº 597285, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível: “3. Controle jurisdicional. O controle não se restringe ao exame da legalidade stricto sensu do ato administrativo, mas sim lato sensu, na qual se inserem a legalidade propriamente dita e a legitimidade, que é a adequação do ato com a lei nos seus aspectos extrínsecos ou substanciais, por onde entram as questões da moral administrativa e dos interesses coletivos”.
- <sup>56</sup> Embargos Infringentes nº 597126994, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Dês. Leo Lima, de 04/09/1998: “(...) Ora, não se admite que tal princípio sirva apenas para constar de forma estéril nos textos legais. Da mesma forma, não se deve considerar despicie da inserção no texto da Lei maior do mesmo princípio (art. 37), como chega a sugerir a contestação (fl. 82). (...) Não basta mais ater-se à legalidade, mas justificar o ato também sob o aspecto da moralidade”.

- <sup>57</sup> Ap.C. nº 597285, Rel. Des. Irineu Mariani, 1ª Câmara Cível.
- <sup>58</sup> Vide Voto da lavra do então Ministro-Relator Homero Santos, aprovado à unanimidade pelo Plenário do TCU (Decisão 249/1994-P, de 27/04/1994): “Surgiu, portanto, com a democratização do país, uma nova ordem moral que vai além do simples saber se o ato está de acordo com a Lei, mas se ele repousa dentro do conceito de moralidade administrativa e do interesse público. Os julgamentos proferidos por esta Corte de Contas, à luz do ordenamento Constitucional de 1988, se situam no âmbito dos princípios da legalidade, legitimidade, economicidade (art. 70) e da impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37)”. No mesmo sentido, Acórdão TCU 226/1993 - Primeira Câmara: “Considerando, finalmente, que no exercício de sua competência constitucional deve esta Corte preferir seus julgamentos de mérito sobre os atos de gestão, bem como as respectivas contas, tendo em vista os princípios da legalidade, legitimidade, economicidade, impessoalidade e da moralidade administrativa”.
- <sup>59</sup> A propósito, assim se manifestou o Relator Ministro Adylson Motta em Voto aprovado pela 2ª Câmara do TCU (Acórdão 896/2004): “De fato, é verdade que a Lei 7.873/89, em seu texto, refere-se apenas ao Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, entretanto, desde 1994, a Decisão- TCU 118/94 - Plenário estendeu a todos os órgãos da Justiça Trabalhista a proibição contida naquele diploma legal quanto à nomeação de parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau. Além disso, o tema da repulsa ao nepotismo não se circunscreve ao simples teor da legalidade, posto que avança além deste toca o Princípio da Moralidade Administrativa” (grifo nosso). Sobre o tema, vide também Decisões TCU 383/1993-P; 228/1993-P; 118/1994-P e Acórdão TCU 145/1994-P.
- <sup>60</sup> Em Voto proferido pelo Relator Ministro Ubiratan Aguiar (Acórdão 131/2001-P), destacamos: “(...) como bem salientou a Unidade Técnica, a aplicação de multa não se deu exclusivamente em função do fracionamento da licitação, mas também à quebra do princípio da segregação de funções; à ofensa do princípio da moralidade administrativa, caracterizada pelo estreito relacionamento mantido entre as firmas participantes dos convites e o presidente da Comissão de Licitação (...)” (grifo nosso). Nesta mesma seara podem ser consultados os Acórdãos TCU 110/2000-P e 272/2002-P.
- <sup>61</sup> Vide Acórdãos TCU 267/2003-1ªC e 827/2004-P.
- <sup>62</sup> Acórdão TCE-PE 188/2000 (T.C. 9902525-5): “(...) Considerando que, na presente Denúncia, constatou-se violação ao Princípio da Moralidade Administrativa, decorrente do fato de que o servidor Sr. Chefas Silva Guedes é, ao mesmo tempo, Gerente da Divisão de Apoio ao Diagnóstico e Tratamento do HGV e responsável técnico-farmacêutico da empresa contratada por este hospital (...)”.
- <sup>63</sup> Decisões TCDF 4368/2002 (Proc. 836/2000) e 850/1999 (Proc. 3503/1998), respectivamente.
- <sup>64</sup> Vide Decisão prolatada aos 05/08/1991 pela 1ª Câmara do TCE-SP (25ª sessão ordinária), nos autos do TC19055/026/90, e Decisão de 15/02/2000 da 2ª Câmara do TCE-SP (4ª sessão ordinária), TC937/006/96.
- <sup>65</sup> Respectivamente, Decisão do TCE-RS proferida aos 08/11/2004 pela 2ª Câmara Especial, nos autos do Processo 005012-2.00/00-3: “(...) 3.9 (fls. 121/123) – Contratação de prestação de serviços de farmacêutico, através do Convite nº 041/2000, burlando o devido provimento via concurso público (art. 37, II, da Constituição Federal). Frustração do procedimento licitatório uma vez que dois dos três convidados eram filhos do Secretário Municipal da Saúde, em prejuízo ao disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93, bem como à moralidade administrativa”; Decisão do TCE-RS proferida aos 18/05/2000 pelo Tribunal Pleno, nos autos do Processo 000914-02.00/95-2: “Também tratam de irregularidades relacionadas a licitações, as quais comprometem a lisura do certame, tais como:... g) infringência ao princípio da moralidade administrativa, com a contratação direta da pedagoga Maristela Castro Ribeiro, posto ser esposa do Superintendente”; e Decisão do TCE-RS proferida aos 29/07/2003 pela 1ª Câmara, nos autos do Processo 003157-02.00/01-6: “(...) a atuação do Administrador não poderia ter se afastado dos princípios constitucionais estatuídos na Constituição Federal, em especial o da moralidade administrativa, princípio este que impõe a vedação de o agente político licitar e contratar com o Poder Público”. Vide também Decisões de 07/11/2001, Pleno, Proc. 004950-02.00/99-0; de 14/05/2001, Pleno, Proc. 004884-02.00/00-0; de 14/08/2002, 1ªC, Proc. 002791-02.00/99-0, de 25/09/2003, 1ªC, Proc. 002862-02.00/98-7, de 29/04/2004, 2ªC, Proc. 001862-02.00/02-5 e de 17/05/2005, 1ªC, Proc. 002882-02.00/03-4; de 23/10/2003, 1ªC, Proc. 003724-02.00/00-3 e de 25/06/2003, Pleno, Proc. 008188-02.00/01-0; e de 14/10/2005, 2ªC, Proc. 002815-02.00/04-8.
- <sup>66</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 185-186.
- <sup>67</sup> ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia, op. cit., p. 197.

# OS LIMITES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

---

CRISTINA FIGUEIRA CHOIRY

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL; 2. PRINCÍPIOS E REGRAS; 3. OS PRINCÍPIOS E A RESOLUÇÃO DE COLISÕES; 4. DECISÕES DO TCU: PONDERAÇÃO DE VALORES JURÍDICOS EM COLISÃO; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A partir do surgimento do pensamento pós-positivista<sup>1</sup>, a hermenêutica jurídica constitucional vem apresentando transformações relevantes. Um traço marcante aqui tratado diz respeito à superação da rigidez no normativismo tradicional, o legalismo estrito, com a crescente utilização dos princípios como elemento essencial a ser considerado na busca da melhor solução para a lide, de forma a se alcançar a justiça do caso concreto.

Nesse sentido, é interessante observar a evolução do positivismo jurídico no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, que se notabiliza por nortear-se pela observância quase dogmática do princípio da legalidade, mediante o qual lhe compete avaliar o cumprimento da lei por parte dos agentes e entidades jurisdicionadas.

Já pode ser vislumbrada nas decisões da Corte de Contas uma tímida tendência no sentido de buscar o significado da norma à vista das especificidades do caso concreto, possível a partir da ampliação do sistema normativo decorrente da elevação dos princípios à condição de normas.

A abordagem do tema em questão será feita por meio de pesquisa teórica em publicações periódicas e livros, bem como na jurisprudência das decisões do TCU.

Na primeira seção será feito um relato do papel institucional da Corte de Contas, estabelecido tanto na atual Carta Magna, quanto em legislação ordinária. Apresentada a instituição, será feita, na seção seguinte, uma sucinta coleta na doutrina das principais distinções entre regras e princípios, bem como sobre o processo da sua normatização. Em seguida, na terceira seção, será contemplada a abordagem apresentada pela doutrina para resolução de colisão de normas.

Na quarta e última serão analisados três casos concretos de decisões do TCU, em que ocorreram situações de colisão de valores. Por fim, serão apresentadas considerações finais do trabalho para o tema discutido.

## 1. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A DOGMÁTICA JURÍDICA TRADICIONAL

O Tribunal de Contas da União foi criado no início da República por meio do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, tendo como fundamento os princípios da autonomia, fiscalização, julgamento, vigilância e energia.

A Constituição de 1891, a primeira republicana, institucionalizou o Tribunal de Contas da União no seu art. 89, conferindo-lhe competências para liquidar as contas da receita e da despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. As Constituições seguintes apresentaram algumas alterações nas atribuições do Tribunal; no entanto, as suas competências ampliaram-se significativamente somente no fluxo das inovações introduzidas pela Carta Magna de 1988.

A atual Constituição conferiu ao TCU o papel de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, com poderes para exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, à legitimidade e economicidade (art. 70 e 71).

Além das atribuições previstas na Constituição e na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992), várias outras têm sido conferidas ao TCU por meio de leis específicas, tais como a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93), Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), e, anualmente, pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Em face de suas atribuições constitucionais e legais, a Corte de Contas norteia as suas decisões, primordialmente, pelo princípio da legalidade, avaliando o sentido e os limites das ações dos agentes sob sua jurisdição em face do texto normativo. Recorre, portanto, ao método clássico interpretativo – a dogmática jurídica tradicional – que consiste no processo silogístico de subsunção dos fatos à norma positivada, lançando mão, também, dos elementos clássicos da hermenêutica jurídica.

Para Barroso, são traços marcantes do conhecimento jurídico tradicional o formalismo e dogmatismo:

O elemento básico na ideia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes. Esse processo lógico-formal se concretiza através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso. O dogmatismo, ou conceptualismo, traduz-se na existência e observância de determinados princípios e conceitos rígidos, axiomáticos, ou, pelo menos, de longa data inquestionados. (BARROSO, 1999, p. 265)

Ana Paula de Barcellos analisou bem a temática da adequação da hermenêutica tradicional no cenário contemporâneo. Para ela, o espaço reservado à interpretação jurídica e ao intérprete desponta ampliado qualitativa e quantitativamente, em face do aprofundamento da complexidade das relações sociais surgidas a partir das últimas décadas do século passado.

Entende que o método clássico interpretativo não é o mais indicado para solucionar os denominados “casos difíceis”, que são caracterizados pela aplicação de diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias.

Nesses casos, com os quais todo aplicador de direito se depara, “a subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso” (BARCELLOS, 2003, p. 55). Assim, a lógica do método induzirá o intérprete a escolher uma única norma para o caso, em detrimento de outras.

Essa solução não pode ser admitida no âmbito da interpretação constitucional, vez que a mera exclusão de uma ou mais normas constitucionais em prol de outra, em caso de conflito, irá ferir o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições têm uma mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica.

Por ser um método hermético que não permite o diálogo da norma com o contexto, o processo silogístico não contempla a adoção de diferentes possibilidades interpretativas em face da existência de diversas premissas válidas no ordenamento jurídico e das especificidades do caso concreto.

Assim, as fórmulas hermenêuticas tradicionais se mostram insuficientes ao intérprete em situações de conflito de normas. Os fundamentos de uma nova hermenêutica constitucional, que se opera a partir do reconhecimento da normatividade dos princípios e da sua utilização como parâmetros de interpretação constitucional, serão abordados a seguir.

## 2. PRINCÍPIOS E REGRAS

Quando se fala em Constituição, a primeira imagem que vem à cabeça do homem médio é o conjunto de regras positivadas que a compõe. Não considera, ele, que as normas ali escritas são resultantes de um complexo de valores filosóficos, morais, históricos, sociais, jurídicos, etc que a inspiraram, mas que não chegaram, necessariamente, a compor o seu texto.

Explícitos ou não no texto constitucional, esses valores também fazem parte do sistema normativo, ora como autênticas normas, ora como diretrizes interpretativas. Acerca da inserção dos valores no corpo constitucional, André Tavares assinala:

As constituições são o receptáculo natural de valores dominantes da sociedade. Ademais, os valores são positivados, em geral, por meio dos “princípios constitucionais”. São, pois, os princípios constitucionalmente adotados que apresentam a carga axiológica incorporada pelo ordenamento jurídico. (TAVARES, 2003, p. 24)

Para Paulo Bonavides, o passo mais largo dado pela doutrina contemporânea para a caracterização dos princípios consistiu no entendimento pela sua normatividade. Destaca que somente é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo a partir do aprofundamento da investigação acerca da função dos princípios no ordenamento jurídico.

O constitucionalista delinea a evolução da juridicidade dos princípios em três fases. Na primeira fase – a jusnaturalista – os princípios eram considerados axiomas, verdades universais, estabelecidas pela razão, porém possuíam uma normatividade nula e duvidosa. A segunda fase de teorização de princípios é a juspositivista. Esta fase era caracterizada pela extrema consagração das leis, sendo os princípios considerados como fonte secundária introduzida nos códigos para estender a sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo. Por fim, a fase pós-positivista, correspondente às últimas décadas do século passado, marca a elevação dos princípios a um **“pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”**. (BONAVIDES, 2002, p. 237)

Assim, a partir da ampliação da normatividade, resta superado o legalismo para o qual as normas do direito positivo se reduziriam às chamadas regras. O princípio atua

normativamente, sendo parte jurídica e dogmática do sistema de normas. Os princípios não só se consagraram como normas jurídicas, como também adquirem o *status* constitucional.

Sobre o processo de constitucionalização dos princípios, Paulo Bonavides traceja a sua trajetória em duas fases distintas: a fase programática, em que os princípios são colocados numa região abstrata e com aplicabilidade diferida; e a fase não programática, em que ocupam um espaço onde surge de pronto sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação imediata. Na fase não programática, a normatividade constitucional dos princípios é bastante acentuada.

O constitucionalista sintetiza a proclamação da normatividade dos princípios da seguinte forma:

Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios as espécies. (BONAVIDES, 2002, p. 259)

Há inúmeros critérios distintivos possíveis entre regras e princípios na doutrina.

Cite-se aqui a classificação de Canotilho, para quem as modalidades normativas distinguem-se quanto ao: a) grau de abstração – os princípios são normas com grau de abstração relativamente mais elevado, enquanto nas normas ele é reduzido; b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto – os princípios carecem de mediações concretizadoras, por serem vagos e indeterminados, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta; c) caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do Direito – os princípios são normas com papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica e a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico; d) proximidade da idéia de Direito – os princípios são “*standards*” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de “justiça” ou na “idéia de direito”, enquanto as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional; e e) natureza normogenética – os princípios são fundamentos de regras, desempenhando uma função normogenética. (CANOTILHO, 2002, p. 1146).

Poder-se-ia dizer, essencialmente, que as regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Estabelecem, desde logo, condutas determinadas e específicas. São normas que contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações às quais se dirigem.

Os princípios, por sua vez, consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos, funcionando como critério de integração do texto constitucional. São normas que estabelecem fins gerais a serem alcançados, cujos sentidos poderão ser delineados de forma diversa, em função de diferentes concepções do intérprete e das características do caso concreto a ser analisado.

Tendo em vista que os conteúdos das regras são mais específicos que os dos princípios, há na doutrina autores que defendem haver uma hierarquia daquelas sobre esses. Tavares argumenta:

Poder-se-ia concluir, pois, que a regra constitucional acaba sobrepondo-se ao princípio. Na realidade, por ser concreta (específica), dirigida a determinada



situação, a regra abre seu espaço de aplicação, subtraindo-o do espaço de aplicação do princípio. É uma retração do campo de incidência do princípio, por expressa vontade do constituinte originário. (TAVARES, 2003, p. 37)

Outra linha de entendimento defende que princípios e regras desfrutam igualmente do *status* de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete. Barroso e Barcellos entendem que, apesar da multiplicidade de distinções entre normas e princípios, **“há pelo menos um consenso sobre o qual trabalha a doutrina em geral: princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica e integram, sem hierarquia, o sistema referencial do intérprete”** (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 111).

Uma terceira corrente doutrinária reconhece a total hegemonia e preeminência dos princípios. Bonavides entende que a partir da proclamação da normatividade dos princípios, o passo final é o reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa. Defende que a supremacia dos princípios não é unicamente formal, mas, sobretudo, material, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. Conclui:

Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição. (BONAVIDES, 2002, p. 265)

A existência de regras e princípios possibilita a compreensão da constituição como um sistema aberto de regras e princípios. Para Canotilho, um modelo constituído unicamente por regras conduziria a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática, exigindo uma disciplina legislativa exaustiva complexa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas.

Por outro lado, o modelo baseado exclusivamente em princípios seria igualmente inaceitável, vez que a indeterminação, inexistência de regras precisas e a coexistência de princípios conflitantes conduziriam a um sistema falho de segurança jurídico. (CANOTILHO, 2002, p. 1148)

Assim, considerando a constituição como um sistema aberto composto por duas espécies normativas que apresentam forte distinção quanto ao grau de abstração e de determinabilidade no caso concreto, é inevitável a ocorrência de colisões ou antagonismos entre seus comandos diante de determinadas situações concretas.

### 3. OS PRINCÍPIOS E A RESOLUÇÃO DE COLISÕES

Robert Alexy, citado por Moacyr Parra Motta, considera a distinção de regras e princípios como sendo a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos Direitos Fundamentais, pois sem ela não haveria uma teoria adequada para os limites e colisão daquelas espécies normativas, bem como sobre o papel dos Direitos Fundamentais no sistema jurídico (MOTTA, 2003, p. 149).

Uma situação de confronto de regras só pode ser resolvida por meio de uma cláusula de exceção, que estaria de antemão eliminando o conflito ou declarando a invalidez de uma das regras. A aplicação das regras se opera na modalidade tudo-ou-nada; ou ela regula a matéria na sua totalidade, ou é descumprida. Segundo Gonet Branco:

Não é possível estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo um conflito de uma regra com outra que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico. (GONET BRANCO, 2002, p.181).

Enquanto a situação de conflito de regras se desenrola na dimensão da validade, a colisão de princípios transcorre na dimensão do peso, isto é, do valor. Os princípios podem se contradizer, sem que ocorra a perda de sua validade jurídica e sua derrogação. As colisões entre princípios constitucionais resultam apenas que se privilegie o acatamento de um sem implicar o desrespeito completo de outro, tendo em vista serem mandamentos genéricos que não apresentam hierarquia normativa entre si.

Dessa forma, quando um princípio orienta uma conduta no sentido de permitir e o outro de proibir, um deles deve ceder ao outro, sem que ocorra uma invalidação de qualquer um nem a introdução de cláusulas de exceção. Os princípios adquirem diferentes pesos em face das circunstâncias do caso concreto, devendo prevalecer o de maior peso.

Gonet Branco ensina que princípios são determinações para que um determinado bem jurídico seja satisfeito e protegido na maior medida que as circunstâncias permitirem, sendo viável a sua aplicação em graus diferenciados, conforme o caso que o atrai. Conclui o autor:

Dessa característica resulta, ainda, que num eventual confronto de princípios incidentes sobre a situação concreta, a solução não haverá de ser aquela que prevalece para o caso de conflitos entre regras. No conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual em extensões variadas, conforme a relevância de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento jurídico por irremediável contradição com outro. (GONET BRANCO, 2002, p. 182)

A solução dos casos em que as fórmulas hermenêuticas tradicionais de subsunção são insuficientes e inadequadas, em face da ocorrência de conflito de normas de igual hierarquia, decorre da aplicação da ponderação. A partir dessa técnica de decisão jurídica, são atribuídos pesos aos elementos em colisão para, ao final, se decidir por um deles ou ao menos pela aplicação preponderante de um deles.

Relativamente à aplicação da técnica de ponderação Ana Paula de Barcellos esclarece:

O propósito da ponderação é solucionar esses conflitos normativos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuem a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam se aplicadas em intensidades diferentes. (BARCELLOS, 2003, p.57)

Destaque-se que a utilização da ponderação para a solução jurídica de situações de confronto de normas não pode se dar de forma arbitrária, nem se submeter a preferências e convicções pessoais do intérprete. Compete a ele proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto.

Barcellos avalia que a relação extremamente próxima entre a técnica de ponderação e o caso concreto reúne, ao mesmo tempo, a força, tendo em vista que fornece ao intérprete

um instrumento poderoso para solucionar casos para os quais não há solução pré-fabricada no ordenamento; e a fragilidade, vez que parece incompatível com o Estado de Direito a possibilidade de se interpretar a Constituição a partir de juízos exclusivamente pessoais, casuísticos e que, muitas vezes, serão contraditórios entre si. (BARCELLOS, 2003, p. 67-69)

Nesse sentido, defende que sejam buscados parâmetros preferenciais para balizar e controlar a interpretação jurídica, de modo a assegurar, ao menos, a aplicação isonômica da norma. No entanto, reconhece que tais parâmetros podem ser afastados em face de um caso concreto cujas particularidades sejam capazes de rebater a presunção neles contidas.

Gonet Branco ensina que o juízo de ponderação a ser exercido na interpretação de conflitos normativos deve assentar-se no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, que exige que o **“sacrifício de um direito seja necessário para a solução do problema e que seja proporcional em sentido estrito, isto é, que o ônus imposto ao sacrifício não sobreleva o benefício que se pretende obter com a solução”**. (GONET BRANCO, 2002, p. 182).

Também conhecido como princípio dos princípios e “mandamento da proibição do excesso”, o princípio da proporcionalidade permite fazer o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressem, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-a de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito. (GUERRA FILHO, 2003, p. 241-242)

Assim, o princípio da proporcionalidade exerce uma importante função interpretativa, na medida em que contribui para a orientação do hermeneuta na procura da solução jurídica conciliatória em face de situações concretas que apresentem antagonismos entre direitos.

No Brasil, juízes e tribunais, inclusive e especialmente o Supremo Tribunal Federal, têm adotado crescentemente como fundamento de suas decisões o sopesamento dos bens tutelados, assentado no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade. Assim também tem sido a trajetória mais recente do Tribunal de Contas da União, conforme veremos na seção seguinte.

#### 4. DECISÕES DO TCU: PONDERAÇÃO DE VALORES JURÍDICOS EM COLISÃO

A seguir relataremos três casos analisados no âmbito do Tribunal de Contas da União, cujas circunstâncias e peculiaridades provocaram discussões em torno da observância da legalidade estrita em contraposição a outros princípios e valores tutelados.

A idéia dessa seção não é apresentar uma cronologia da jurisprudência da Corte de Contas. No entanto, conforme veremos a seguir, é possível identificar uma evolução do entendimento do TCU quanto aos limites do legalismo estrito, em face de casos concretos ou particulares que apresentem direitos em colisão.

##### Caso 1 - Construção do metrô em Belo Horizonte

Esse caso trata da análise da vigência excessivamente prolongada (de mais de 14 anos) de contrato firmado, em 1985, entre a Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU e uma construtora conhecida nacionalmente, com vistas à execução das obras de implantação do Trem Metropolitano de Belo Horizonte em um prazo de 30 meses. Trata também do exame de Termo de Cessão Parcial do aludido contrato, por meio do qual a

construtora contratada, inadimplente à época, transferiu a execução das obras para um consórcio do qual ela fazia parte, sendo, no entanto, ratificada a sua responsabilidade individual quanto ao cumprimento integral dos compromissos assumidos.

Na ocasião da apreciação do processo, em 1999, houve uma discussão, no âmbito do TCU, sobre a legalidade da prorrogação contratual e do termo de cessão, e conseqüentemente sobre a autorização do prosseguimento do contrato de execução das obras até a conclusão do trecho faltante, que à época correspondia a 20% do valor contratual.

O voto vencido foi no sentido de considerar desarrazoada e fora de padrões toleráveis as diversas prorrogações da vigência do contrato, mesmo depois de descontados os 53 meses de paralisações. No entanto, o voto entendia que a decisão pela continuidade da execução das obras deveria levar em consideração a existência de bens jurídicos em colisão: o atendimento do interesse público, no caso do povo trabalhador de Belo Horizonte e arredores, e o cumprimento das normas jurídicas vigentes, em particular as disposições da Lei nº 8.666/93.

A partir da ponderação dos valores jurídicos em colisão, em face das especificidades do caso examinado, o voto considerou que a determinação do estrito cumprimento da lei, ou seja, a instauração de procedimento licitatório, poderia ensejar gravames insuportáveis à população.

Nesse sentido, o Ministro Revisor propôs ao plenário a autorização, excepcionalmente, da subsistência do Contrato, deixando-se de determinar a realização de procedimento licitatório para a celebração de novo ajuste com vistas à conclusão do trecho faltante, **“uma vez que a continuidade da execução dos serviços pelas empresas atualmente contratadas é a solução que melhor se coaduna com a tutela do interesse público primário da população dependente da referida obra pela continuidade de execução das obras”** (Relatório e Voto do Ministro Revisor, Decisão nº 175/1999 – Plenário).

92

O voto vencedor, proferido pelo relator do processo, tangenciou a questão da colisão de valores jurídicos, preferindo elencar argumentos jurídicos para justificar a legalidade do contrato.

Não cabe aqui analisar os argumentos jurídicos, mas tão somente destacar que, à época, parecia inadmissível ao TCU a autorização da continuidade de ato ilegal, mesmo que tal decisão implicasse supressão dos outros direitos em colisão.

No entendimento do Ministro Relator:

Entendo que o Tribunal não poderia autorizar a continuidade de um contrato, caso concluísse pela existência de ilegalidades no exame desse contrato. Nessa hipótese, creio que o Tribunal deveria sim determinar a abertura de nova licitação para dar prosseguimento à obra, resguardando, assim, o interesse público e o da coletividade. (Voto do Ministro Relator, Decisão nº 175/1999 – Plenário)

O Plenário daquela Casa, acolhendo as razões expostas pelo relator, entendeu pela legalidade da prorrogação contratual e do termo de cessão. Por meio do Acórdão nº 175/1999 determinou que a contratante tomasse, entre outras medidas, providências no sentido de regularizar a responsabilização das empresas cessionárias quanto ao cumprimento integral dos compromissos assumidos.

## Caso 2 - Aposentadoria de professor universitário

Esse caso trata de interposição de recurso por parte de um professor do Centro Federal de Educação Tecnológica de Santa Catarina (CEFET – SC) contra a Decisão TCU nº 438/2002 – 1ª. Câmara que propôs a ilegalidade do ato de concessão de sua aposentadoria. A decisão emanada baseara-se na estrita legalidade do ato de concessão da aposentadoria, vez que ocorrera após 29 (vinte e nove) anos, 11 (onze) meses e 26 (vinte e seis) dias de exercício em funções de magistério, ferindo o dispositivo legal que estabelece o tempo mínimo de 30 anos para a aposentadoria com proventos integrais (art. 186, inciso III, alínea c da Lei nº 8.112/90).

Naquele julgado, a Corte de Contas decidiu no sentido de que o interessado deveria retornar à atividade para completar o tempo de serviço exigido por lei para aposentação, ou receber proventos proporcionais ao tempo de serviço (art. 186, item III, alínea c da Lei nº 8.112/90), utilizando o tempo em que esteve aposentado para o complemento do tempo mínimo exigido pela lei.

No entanto, em fase recursal, o Tribunal reconheceu que o princípio da legalidade não era o único que deveria ser levado em consideração para o deslinde da questão, tendo em vista que o retorno do servidor para cumprir apenas quatro dias de exercício na função, cerca de 13 após o seu afastamento, conflitaria com os princípios da eficiência, da finalidade, da razoabilidade e de proporcionalidade.

Destaque-se, entretanto, que a manifestação pela harmonização dos valores tutelados não fora unânime dentro do corpo técnico do Tribunal. Dentro da unidade responsável pela análise dos recursos foram produzidos dois pareceres divergentes quanto à relativização da legalidade do ato de aposentadoria do professor.

Na decisão prolatada em 2005, o TCU concluiu, recorrendo ao uso do juízo de ponderação assentado no princípio da proporcionalidade, que as alternativas oferecidas ao interessado – voltar ao trabalho e cumprir os quatro dias, ou aposentar-se sem os proventos integrais – não eram proporcionais à ilegalidade apontada, decidindo considerar legal o ato de aposentadoria do professor. (Acórdão 363/2005 – 1ª. Câmara )

## Caso 3 - Construção de complexo viário em São Paulo

Esse processo, analisado recentemente no âmbito do Tribunal, trata de auditoria realizada, em 2005, nas obras de Adequação do Complexo Viário Jacu-Pêssego - Interligação São Paulo - Guarulhos - Mauá - São Paulo. Pairaram sobre o empreendimento, essencialmente, questões sobre a legalidade do termo de aditamento ao contrato realizado em 2003, do qual resultou um acréscimo de 106% ao valor inicial atualizado da obra contratada, extrapolando, assim, o limite previsto legalmente (Lei nº 8.666/93). Foi examinada, também, a cessão integral do referido contrato para duas outras empresas mediante novo aditamento, contrariando entendimento firmado na Corte de Contas (Decisão nº 420/2002 – Plenário).

O relator do voto que fundamentou a decisão do TCU concluiu que o acréscimo resultante do aditamento ao contrato era legal, considerando que todos os pressupostos fáticos e jurídicos para a admissão da excepcionalidade à extrapolação de aditamento, previstos na Lei nº 8.666/93 se mostraram atendidos.

Quanto à cessão integral praticada no âmbito do contrato em tela, o relator se manifestou pela sua ilegalidade, considerando que não havia argumentos robustos para

inobservância da Decisão nº420/2002 – TCU – Plenário. No entanto, considerou, em face das circunstâncias que envolviam a análise da matéria, que o fato poderia ser escusável, em prol da supremacia do interesse público subjacente à questão.

Assim, considerando que rescisão contratual e subsequente realização de novo procedimento licitatório, imporá à coletividade conseqüências de natureza grave; e que a manutenção do contrato era a solução que melhor atendia ao interesse público, tanto do ponto de vista econômico, quanto do ponto de vista técnico, haja vista o estágio avançado das obras, argumentou: **“não se afigura razoável que, em favor da legalidade estrita, sejam sacrificados outros princípios que devem balizar a atividade administrativa, sobretudo os princípios da eficiência e o da supremacia do interesse público”** (Voto do Ministro Relator Acórdão nº 211/2006 – Plenário).

Por meio do Acórdão nº 211/2006 – Plenário, o TCU, acolhendo as razões expostas pelo relator, admitiu, excepcionalmente, a continuidade do contrato analisado, até a conclusão das obras do Complexo Viário Jacu-Pêssego, reputando válidos os Termos Aditivos objeto de questionamentos naquele processo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da normatividade e da positividade dos princípios possibilitou a superação do legalismo estrito e o surgimento de uma nova interpretação constitucional. Com essa novidade na hermenêutica jurídica, o intérprete passa a adotar, em situações de conflito de normas e direito, a ponderação dos princípios como uma maneira de busca da solução mais justa de cada caso concreto.

94

Em que pese a maior amplitude interpretativa decorrente da utilização da técnica de ponderação, não se pode falar que as soluções jurídicas ficariam a mercê da arbitrariedade e convicções do intérprete. Compete a ele proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentadas, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, fazendo uso do juízo de ponderação dos direitos tutelados com vistas a alcançar a solução mais justa para o caso concreto.

De acordo com o que procuramos demonstrar neste trabalho, o TCU vem apresentando uma consistente tendência no sentido de adotar decisões fundamentadas nessa nova dogmática. Mesmo assim, o princípio da legalidade ainda é considerado o princípio norteador ou basilar a subsidiar as decisões da Corte de Contas.

O respeito quase reverencial à legalidade estrita faz parte da cultura da instituição. Seu quadro técnico, reconhecido por sua excelência e por sua qualificação dentro da administração pública brasileira, certamente tem conhecimento da força normativa dos outros princípios. Mesmo assim, seguidamente prestigia a legalidade estrita.

Outro forte fator que deve ser considerado como forte oponente à superação do legalismo no âmbito da Corte de Contas é o receio de criação de precedentes. É certo que as decisões prolatadas por um colegiado como o Plenário do Tribunal e suas Câmaras possuem uma densidade significativa quando se examina as possibilidades de composição de determinada questão. Mas a jurisprudência, os precedentes, os julgados, valem para um caso concreto, não tendo natureza vinculante, e é sob essas perspectivas – a da não vinculação e da adesão ao caso concreto – que devem ser considerados. Destaque-se aqui os magistras ensinamentos de Gonet Branco sobre a matéria:

O importante é perceber que essa prevalência [de um direito sobre outro] somente é possível a ser determinada em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. No máximo, pode-se colher de um precedente uma regra de solução de conflitos, que consistirá em afirmar que, diante das mesmas condições de fato, num caso futuro, um direito haverá de prevalecer sobre o outro. (GONET BRANCO, 2002, p. 183)

Dessa maneira, esperamos com este trabalho ter dado a nossa contribuição para que o TCU Corte supere o desafio de também estabelecer limites à legalidade estrita e consiga adotar, na busca da solução mais justa para cada caso particular, o princípio da proporcionalidade como medida de sopesamento dos valores postos em julgamento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro : Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_; BARCELLOS, Ana Paula. A nova interpretação constitucional : Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais : Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo : Malheiros, 2002.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 175/1999 – Plenário (DC-0175-15/99-P; TC - 925.220/1998-1); Ata nº 15/99 – Plenário; Sessão 28/4/1999; Diário Oficial da União de 14/5/1999; Brasília – DF.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 363/2005 - Primeira Câmara (AC-0363-06/05-1; TC - 003.188/1995-7); Ata 06/2005 - Primeira Câmara; Sessão 08/03/2005; Aprovação 15/03/2005; Diário Oficial da União de 16/3/2005; Brasília – DF.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão 211/2006 – Plenário (AC-0211-08/06-P; TC - 007.533/2005-1); Ata 08/2006 - Plenário; Sessão 22/2/2006; Brasília – DF.

BUECHELE, Paulo Armínio Tavares. **O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição**. Rio de Janeiro : Renovar, 1990.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. **Revista do TCU**, Brasília, nº 78 (out/dez, 1998), p. 41-45, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do Direito Brasileiro**. Nova Série. Nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira [et. al.]. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília : Brasília Jurídica., 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2003.

MOTTA, Moacyr Parra. **Interpretação constitucional sob princípios**. Belo Horizonte : Mandamentos, 2003

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo : Malheiros, 2003.

## NOTA

- <sup>1</sup> A escola pós-positivista é caracterizada pelo o encontro da norma com a ética, introduzindo no ordenamento jurídico as idéias de justiça e legitimidade materializadas em princípios, assim nominados os valores compartilhados pela sociedade em um dado momento e lugar.



# OS LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

---

JOSÉ SILVA DE SOUZA LEAL

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A CRIAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA; 2. A NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA; 3. A NATUREZA JURÍDICA DAS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA; 4. O CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O problema posto sob análise neste trabalho é se, e em que limites, pode ser exercido o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista.

Pode parecer, em um primeiro relance, pouco pertinente ou inócua a discussão de tal tema, em especial em um momento em que o Estado Nacional Brasileiro movimentava-se celeremente na direção de restringir, até mesmo, na visão de alguns, de abolir a sua participação na esfera da exploração de atividade econômica. Entretanto, a despeito de ser inegável esse movimento, qualquer luz que venha a ser lançada sobre o tema é relevante, em razão das conseqüências que dele advêm.

Na verdade, a retirada do Estado da execução direta de atividades econômicas é fenômeno recente, podendo-se localizar o seu início na chamada “Reforma do Estado”, lançada nos anos 90, sob os auspícios da busca de uma estrutura estatal dita mais moderna e ágil, voltada à realização das atividades essenciais do Estado, deixando a atividade econômica aos seus atores próprios, quais sejam, as empresas privadas.

Na esteira desse redirecionamento da atividade estatal, foi lançado o “Programa de Desestatização”, por meio do qual o Estado passou à iniciativa privada os ativos que possuía em diversas empresas elegíveis ao programa, muitas delas empresas das quais detinha, ou houvera detido, direta ou indiretamente, o seu controle acionário.

Em seguida e em seqüência, produziu-se a onda das “concessões”, por meio das quais os ativos não privatizados pertencentes ao Estado foram cedidos, juntamente com os serviços associados, a empresas ou consórcios de empresas, que passaram a executar os serviços, sob controle das “Agências Reguladoras”.

Mais recentemente foi sancionada lei que instituiu as chamadas parcerias público-privadas – PPP’s, com as quais pretende o Governo não mais vender ou transferir seus ativos à iniciativa privada, mas, em parceria com ela, construir e operar projetos, prioritariamente na área de infra-estrutura, minorando as necessidades de recursos públicos a serem investidos.

Ocorre que, em cada uma dessas “etapas” da retirada do Estado da atividade econômica, restou boa parte de capitais inquestionavelmente públicos envolvidos no novo

“regime”. É o caso das empresas privatizadas, onde é expressiva a participação dos Fundos de Pensão no capital votante, bem assim é expressiva a participação dos mesmos fundos de pensão nas concessões do setor de telefonia.

Agora, nas parcerias público-privadas, mais uma vez ocorre o Estado com a garantia de rentabilidade dos investimentos por meio da criação de um fundo ao qual irão ocorrer recursos públicos. Aliás, diga-se de passagem, garantia semelhante já estava presente nas concessões, gerando, inclusive, graves ônus aos usuários, à medida que a garantia da remuneração dos investimentos implica em aumentos de tarifas que superam, em muito, a inflação oficial, e, pior ainda, a realimentam, numa ciranda inflacionária perversa, mas acobertada pela sacralização dos contratos firmados<sup>1</sup>.

Como visto, embora aparentemente o Estado venha se retirando da execução direta de atividades econômicas, até em consonância com os ditames constitucionais, que restringem essa participação a situações que envolvam a segurança nacional e relevante interesse coletivo<sup>2</sup>, existem motivos significativos para se considerar que remanesce, mesmo nesses novos regimes a que nos referimos, “interesse público” envolvido, que justifica a necessidade de estabelecer a natureza jurídica aplicável às relações entre as empresas privadas detentoras dos ativos e do direito de exploração de serviços públicos e o Estado.

Nesse sentido, o presente estudo será direcionado exatamente para as situações em que devem ser observados os ditames de ordem pública, ainda que se tenha em mente a natureza de atividade privada das sociedades de economia mista e, em maior grau, o de suas controladas.

Pretende-se também, não deixar de lado a análise da criação de empresas controladas por sociedades de economia mista fora dos trâmites legais<sup>3</sup>, como forma de “desobediência” ou “desagrilhamento” das regras de direito público<sup>4</sup>. Para isso, serão utilizados alguns exemplos advindos da experiência do Tribunal de Contas da União, expressos em alguns julgados que retratam de forma paradigmática essa situação.

98

O problema da subordinação das empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista às normas de direito público implica em reconhecer que a existência de recursos públicos nela envolvidos, como antes foi defendido, impõe a sua subsunção a regras de direito público, dentre elas a necessidade da sua fiscalização por meio do controle externo.

O cerne do problema a ser discutido neste trabalho é, portanto, se pode ser exercido o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista, considerando a sua natureza jurídica, o que só é possível ser feito a partir do estabelecimento da natureza jurídica das controladoras, ou seja, das sociedades de economia mista.

A metodologia usada neste trabalho será a da pesquisa bibliográfica, bem como diversos julgados do Tribunal de Contas da União, em que o assunto em tela foi discutido em face a casos concretos postos sob a sua jurisdição, e a julgados do STF.

## 1. A CRIAÇÃO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Uma breve digressão sobre a formação do Estado, feita a partir das teorias contratualistas<sup>5</sup>, leva à constatação de que a criação desse ente político-jurídico visou a assegurar as liberdades e direitos dos cidadãos que livremente firmaram o contrato social.

Embora seja uma simplificação da citada teoria – e, ainda, reconhecendo a existência de outras formulações sobre a origem do Estado e mesmo a evolução da concepção contratualista ao longo do tempo -, ela serve perfeitamente para afirmar que as regras instituídas para a fundação de sociedades de economia mista são uma expressão da limitação ao poder do estado.

As teorias contratualistas fundam a idéia de que a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado, portanto é ilimitada em princípio, ao passo que a liberdade do Estado para invadi-la é limitada, também em princípio, “resultando na máxima de que ao indivíduo é permitido fazer tudo aquilo que não seja proibido, e ao Estado somente aquilo que é permitido”<sup>6</sup>.

Pode-se, portanto, afirmar que:

[...] nessa perspectiva, o Estado passa a ter competências e atribuições bem delimitadas, sendo que o melhor instrumento para ordenar estes regramentos sobre competências e atribuições – e para assegurar os direitos individuais –, de uma maneira neutra e racional, é a lei... (LEAL, 2003, p. 4).

Ocorre que a lei por excelência para regular o Estado – ou para estabelecer competências – é a Constituição, já que dispõe de um *status* diferenciado, capaz de obrigar a todos os entes políticos.

Nessa ótica:

a Constituição aparece como instrumento de garantia dos direitos de cada cidadão contra o poder arbitrário do Estado, que não deve interferir na esfera privada (representada, eminentemente, pela figura do mercado, um espaço politicamente neutro baseado numa série de relações entre indivíduos livres e independentes e tido como a verdadeira sociedade natural, na qual não deve haver interferências externas – diga-se, estatais) (LEAL, 2003, p. 6) (grifos nossos).

Assim, a Constituição Federal de 1988 permite a intervenção estatal no mercado por meio da exploração direta pelo Estado de atividade econômica, apenas e quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*). Tal restrição decorre do princípio fundante da ordem econômica, insculpido no art. 170 da Carta de 1988, que é o Princípio da Livre Iniciativa.

Assim é que a criação de entidades por meio das quais o Estado irá explorar diretamente qualquer atividade econômica é uma exceção ao princípio supra, a ser expressamente autorizada, nos termos do citado art. 173, § 2º, inciso XIX.

Nesse ponto é relevante destacar que a atividade econômica desenvolvida pelas sociedades de economia mista não configura um serviço público, já que “existirá serviço público apenas quando as atividades (...) envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente os direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 484).

Em verdade, “se houver oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de direitos fundamentais, existirá uma atividade econômica em sentido estrito (ou um serviço de interesse coletivo)” (JUSTEN FILHO, 2005, p. 484).

No entanto (JUSTEN FILHO, 2005, p. 483):

O elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política. A Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica.

A instituição de um serviço público depende do reconhecimento jurídico da pertinência daquela atividade para a satisfação dos direitos fundamentais. Costuma-se aludir a *publicatio* ou **publicização** para indicar o ato estatal formal necessário à qualificação de uma atividade como serviço público.

Esse ato de publicização deverá constar de uma lei. A instituição de um serviço público por meio de um ato administrativo é ilegal.

Essa consideração é de extrema relevância porque significa que, na ausência da publicização legislativa, a atividade não é considerada serviço público, presumindo-se sua qualificação como atividade econômica sentido restrito.

Dessa forma, a atividade desempenhada por uma sociedade de economia mista constitui atividade econômica que pode ser concomitantemente desenvolvida por outras empresas de natureza privada. O que torna a atividade daquela sociedade um serviço público é a “publicização legislativa” da atividade, isto é, a autorização expressa por meio de lei para que seja desenvolvida por um ente estatal especificamente instituído para aquele mister.

Esse é, portanto, o contexto político-jurídico da criação das sociedades de economia mista, a partir do qual é possível tratar da sua natureza jurídica

## 2. A NATUREZA JURÍDICA DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

A definição legal das empresas constituídas nos moldes de sociedades de economia mista é dada pelo Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

A partir da capitulação legal, é possível extrair alguns traços fundamentais que determinam a natureza jurídica das sociedades de economia mista, tais como a personalidade jurídica de direito privado; a constituição sob a forma de sociedades anônimas; a destinação ao exercício de atividade de natureza mercantil; o controle acionário direto da União, ou por intermédio de entidade da Administração Indireta, e sua criação autorizada por lei.

À primeira vista, com base nas características acima elencadas, em especial por ser pessoa jurídica de direito privado e destinando-se à mercancia - o que implica lucro -, poder-se-ia entender que as sociedades de economia mista são equiparáveis às empresas privadas, da mesma forma constituídas e com idêntica finalidade, tendo, portanto a mesma natureza jurídica.

No entanto, existem profundas diferenças entre as empresas constituídas como sociedades de economia mista e as empresas privadas em geral, inclusive aquelas que lhes são concorrentes.

De início, ocorre que as sociedades de economia mista “são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador destas pessoas é o de se constituírem em **auxiliares do Poder Público**; logo, são entidades

voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados” (MELLO, 2003, p. 179).

Desse traço inafastável da gênese das sociedades de economia mista decorre que o Estado deve, direta ou indiretamente, deter absoluto controle sobre a sua direção. Nesse sentido o excerto a seguir (MELLO, 2003, p. 179):

porque esta é a impostergável vocação de tais sujeitos, mesmo nas sociedades de economia mista (em que há, pois, concorrência de capitais privados), a lei estabelece que a supremacia acionária votante terá de ser governamental. Com efeito, o que se quer é, precisamente, garantir que seu controle absoluto, que a condução de seus destinos, seja estritamente da alçada do Estado ou de suas criaturas auxiliares, sem que possa repartir decisões, sejam quais forem, sobre qualquer assunto social com particulares.

Portanto, nasce sob o controle acionário do ente político que a instituiu. E o propósito desse controle está relacionado a uma outra característica dessa entidade, qual seja, que suas ações fiquem adstritas às finalidades, públicas por evidente, que inspiraram a sua criação. E é por esse motivo que o Estado não pode se desfazer desse controle.

Porém, a Administração Pública ao instituir as sociedades de economia mista sob a forma de sociedades anônimas, portanto de direito privado, emprestou-lhes maior liberdade de atuação do que teria um ente da Administração Direta no ambiente onde desenvolve as suas atividades – o mercado –, uma vez que nele as relações são, basicamente de direito privado.

No entanto, é evidente que a finalidade pública de sua atividade impõe uma diferença entre a sua natureza jurídica e a das empresas privadas. Quanto a isso a doutrina é unânime. A respeito:

Sendo o interesse público indisponível e sempre predominante sobre o particular, a adoção pura e simples do regime jurídico privado seria inaceitável, porque retiraria das entidades da Administração Indireta determinadas prerrogativas que lhes são reconhecidas precisamente para permitir a consecução de seus fins; do mesmo modo que, ao permitir-lhes atuar com autonomia de vontade, própria do direito privado, suprimir-se-iam as restrições legais que o direito público impõe e que constituem a garantia fundamental da moralidade administrativa e do respeito aos direitos dos administrados. As normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado (Di PIETRO, 1998, P.315).

Existem posições ainda mais enfáticas quanto à natureza jurídica das sociedades de economia mista, como se depreende do excerto abaixo (MELLO, 2003, p. 179/180):

É preciso, pois, aturado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. Deveras, a personalidade de Direito Privado que as reveste não passa de um expediente técnico cujo préstimo adscrive-se, inevitavelmente, a certos limites, já que não poderia ter o condão de embargar a positividade de certos

princípios e normas de Direito Público cujo arredamento comprometeria objetivos celulares do Estado de Direito.

51. O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o acidental -- suas personalidades de Direito Privado - em essencial, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em acidental.

Como os objetivos estatais são profundamente distintos dos escopos privados, próprios dos particulares, já que almejam o bem-estar coletivo e não o proveito individual, singular (que é perseguido pelos particulares), compreende-se que exista um abismo profundo entre as entidades que o Estado criou para secundá-lo e as demais pessoas de Direito Privado, das quais se tomou por empréstimo a forma jurídica.

E evidente, portanto, que a natureza jurídica de direito privado, mencionada no Decreto-lei nº 200/1967 é mero “expediente técnico”, utilizado para adequar a sociedade de economia mista aos ditames da realidade do mercado onde irá atuar e para colocá-la em pé de igualdade das demais empresas privadas que com ela concorrerão. Nesse sentido é importante consignar que a Constituição Federal de 1988 proíbe a concessão de privilégios fiscais às empresas públicas e às sociedades de economia mista não extensivos às empresas do setor privado (art. 173, § 2º).

102

Tal expediente – dar às sociedades de economia mista a natureza jurídica de direito privado – cumpre diversos objetivos. Dentre eles o acima mencionado, de dar-lhes uma estrutura administrativa análoga à das empresas privadas com as quais irá concorrer. Um outro objetivo é gerir os seus recursos humanos dentro de regras de mercado, isto é, sua mão-de-obra é submetida ao regime da CLT e não estatutário, os salários são os de mercado, a progressão não se sujeita às regras de provimento de cargos públicos.

Importante também é a autonomia de atuação no que respeita a suas atividades finalísticas, sobre a qual não há qualquer interferência do Poder Público. Elas têm plena liberdade de atuação, submetendo-se aos riscos de mercado, sem que lhes seja cobrado qualquer resultado, além daqueles que são estabelecidos pelos mecanismos de gerenciamento interno, correntes nas empresas privadas.

Não obstante, a finalidade pública que as inspira faz com que as normas de direito público derroguem parcialmente as de direito privado, estabelecendo para as sociedades de economia mista uma natureza jurídica híbrida, em que há subsunção a normas do direito público.

É nesse sentido a doutrina abaixo reproduzida (DI PIETRO, 1998, p. 333):

[...] acrescente-se outra razão de ordem técnico-funcional, ligada à própria origem desse tipo de entidade; ela foi idealizada, dentre outras razões, principalmente por fornecer ao poder público instrumento adequado para o desempenho de atividades de natureza comercial e industrial; foi precisamente a forma de funcionamento e organização das empresas privadas que atraiu o poder público. Daí a sua personalidade jurídica de direito privado.

Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público. Mas, falando-se em personalidade de direito privado, tem-se a vantagem de destacar o fato de que ficam espancadas quaisquer dúvidas quanto ao direito a elas aplicável: será sempre o direito privado, a não ser que se esteja na presença de norma expressa de direito público.

Essa derrogação parcial do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.

A derrogação é feita, em grande parte, pela própria Constituição, mas também por leis ordinárias e complementares, quer de caráter genérico, aplicável a todas as entidades, quer de caráter específico, como é a lei que cria a entidade.

Considerando, pois, que as sociedades de economia mista têm natureza jurídica de direito privado, derogada por normas de direito público apenas e quando a Constituição ou as leis assim expressamente dispuserem, é possível relacionar quais seriam tais institutos, dentre os quais destacamos (MELLO, 2003, p. 186/188):

(3) O art. 37, caput, declara submissas aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a Administração direta, indireta ou fundacional, em todas as esferas e níveis de governo.

(4) O inciso II do mesmo artigo impõe concurso público, de provas ou de provas e títulos, para a admissão em cargos ou empregos na Administração direta ou indireta.

(6) O inciso XIX dispõe que somente por lei específica pode ser autorizada a criação de empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação governamental e criada autarquia.

(7) O inciso XX estatui que depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias de tais pessoas, ou a participação delas em empresas privadas.

(8) O art. 49, X, submete à fiscalização e controle do Congresso Nacional os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta.

(11) O art. 71 e incisos II, III e IV, respectivamente, submetem ao julgamento do Tribunal de Contas as contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público; [...]

Concluindo:

[...] o arrolamento destes vários dispositivos [...] demonstra que o regime das sociedades de economia mista [...], já por força destas normas categoricamente expressas na Constituição, não é o mesmo das empresas privadas em geral. É evidente que os preceptivos mencionados compõem um regime peculiar que não se aplica, nem faria qualquer sentido que se aplicasse, às pessoas de Direito Privado em geral (MELLO, 2003, p. 188).

No entanto, não é pacífica a aceitação por parte dos administradores das empresas tidas como sociedades de economia mista das normas de direito público derogatórias das liberdades com que atuam as empresas puramente privadas. É o que se depreende do excerto abaixo (MELLO, 2003, p. 181):

52. Em despeito destas obviedades, durante largo tempo pretendeu-se que, ressalvadas taxativas disposições legais que lhes impusessem contenções explícitas, estariam em tudo o mais parificadas à generalidade das pessoas de Direito Privado. Calcadas nesta tese errônea, **sociedades de economia mista e empresas públicas declaravam-se, com o beneplácito da doutrina e da jurisprudência (salvo vozes combativas, mas isoladas), livres do dever de licitar**, razão por que os contratos para obras públicas mais vultosos eram travados ao sabor dos dirigentes de tais empresas ou mediante arremedados de licitação; recursos destas entidades passaram a ser utilizados como válvula para acobertar dispêndios que a Administração Central não tinha como legalmente efetuar, ou mesmo para custear ostensiva propaganda governamental, mediante contratos publicitários de grande expressão econômica; a administração de pessoal, e com salários muito superiores aos vigentes no setor público, efetuava-se com ampla liberdade, sem concursos, transformando-as em “cabides de emprego” para apaniguados; avançados sistemas de aposentadoria e previdência eram, por decisão *interna corporis*, instituídos em prol de seus agentes, em condições muito mais vantajosas do que as do sistema nacional de previdência ou do próprio regime previdenciário do setor público; despesas\_exageradas, úteis apenas à comodidade pessoal de seus agentes, eram liberalmente efetuadas, como, *exempli gratia*, suntuosas hospedagens no Exterior, quando de viagens internacionais dos seus dirigentes; sempre sob argüição de serem pessoas de Direito Privado - **até que a legislação explicitamente lhes impusesse sujeição de suas despesas à fiscalização do Tribunal de Contas da União - sustentava-se que estavam livres deste controle**; sob o mesmo fundamento e da correlata liberdade que lhes concerniria, **multiplicaram-se sociedades de economia mista e empresas públicas, umas criando outras, surgindo, destarte, as de chamada segunda e terceira geração, aptas, pois, a prodigalizar os mesmos desmandos**.

Além disto, estas, precisamente pelo fato de não terem sido criadas por lei - pasme-se - eram, por muitos, excluídas da categoria de sociedade de economia mista ou empresa pública e, conseqüentemente, das disposições normativas relativas ao controle que se lhes aplica, sob o argumento de que, segundo o Decreto-lei 200, ditas pessoas da Administração indireta são unicamente as “criadas por lei”. Não tendo havido lei criadora, não se lhes poderia sequer assujeitar às regras decorrentes daquele diploma” (grifos nossos).

Para escapar às regras de direito público que a Constituição e as leis lhes impõem, os dirigentes das empresas estatais alegam, dentre outras coisas, que, atuando no mercado em igualdade de competição com empresas privadas, que não têm as “amarras” que lhes são impostas, perdem agilidade e, por conseqüência, competitividade<sup>7</sup>.

Para arrematar demonstrando, de uma forma cabal, a submissão das entidades da Administração Indireta a normas de direito público, é de se destacar que a mais recente Emenda Constitucional, a de número 45, alterou o artigo 102, § 2º, da Lei Maior, para incluir, expressamente, essas entidades entre aquelas sobre as quais as decisões definitivas de mérito em ADIN e ADECON produzem efeito vinculante. Da mesma forma, o dispositivo que instituiu a chamada “súmula vinculante” estende o seu efeito à Administração Indireta.



### 3. A NATUREZA JURÍDICA DAS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Concluindo-se por ser a natureza jurídica das sociedades de economia mista uma forma híbrida de direito privado derogada, em diversas situações, por normas de direito público, em razão de expressa disposição, em regra, constitucional, mas também por normas infra-constitucionais, vai-se perquirir qual seria, então, a natureza jurídica das empresas controladas, direta ou indiretamente por aquelas sociedades.

Antes, porém, alguns comentários sobre o que seja o controle direto e indireto.

O controle de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima dá-se quando uma pessoa, física ou jurídica, detém a maioria das ações com direito a voto daquela empresa, de tal sorte que pode fazer prevalecer a sua vontade nas decisões por ela tomadas. O controle acionário, portanto, representa ter a direção da empresa.

Ressalte-se que o controle acionário não é tão simples de determinar quanto pode, à primeira vista, parecer. Os acordos entre acionistas, a cadeia de participações em diversas empresas que, por sua vez, detêm participações individualmente minoritárias em uma terceira empresa, mas que acabam, por conjugação dessas participações, detendo a maioria das ações votantes e, por conseqüência, controlando-a, torna a determinação do controle acionário algo extremamente complexo.

No entanto, esse é um assunto que refoge à seara do Direito Administrativo e, por questões metodológicas, vai-se ater à situação em que se pressupõe estar caracterizado o controle da sociedade de economia mista sobre terceira empresa.

Esse controle pode ser direto ou indireto, ficando caracterizado o controle direto quando a sociedade de economia mista detém, em seu nome, percentual das ações com direito a voto que lhe confira o controle acionário, e indireto, quando as ações com direito a voto são detidas por uma terceira empresa, ou por mais de uma, da qual, ou das quais, a sociedade de economia mista detenha o controle acionário.

Exemplificando, o controle direto é quando a Sociedade de Economia Mista "A" detém, em seu nome, um percentual de ações com direito a voto da Empresa "B" que lhe permita ter a direção desta. Já o controle indireto é quando a Empresa "B" detém, em seu nome, percentual de ações com direito a voto que lhe permita ter a direção da Empresa "C", o que, indiretamente, coloca a Empresa "A" no controle da Empresa "C".

É importante frisar que, muito embora o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, estabeleça que Sociedade de Economia Mista é sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta (art. 5º, inciso III), na verdade o controle acionário pode se configurar ainda que a União ou a sociedade de economia mista não detenha a maioria das ações com direito a voto, mas percentual que lhe dê a maioria acionária.

Em síntese, o controle direto ou indireto permite que a sociedade de economia mista detenha o comando da empresa controlada. O busílis é estabelecer a natureza jurídica dessas controladas.

Inegavelmente, se há recursos públicos nessas controladas e se qualquer iniciativa estatal visa a uma finalidade, necessária e obrigatoriamente, pública, sua natureza jurídica, de forma análoga à das sociedades de economia mista, não pode ser estritamente de direito privado.

Nesse sentir, destacam-se inúmeras decisões do Tribunal de Contas da União, dentre elas o Acórdão 576/2005 da 1ª Câmara, que tratou de Recurso de Reconsideração da Companhia de Promoção Agrícola – CPA/Campo contra o Acórdão 695/2002 da mesma 1ª Câmara, em cujo Voto, proferido pelo Ministro Marcos Vinícios Vilaça assim ficou consignado:

9. Não existem dúvidas, consoante já esclarecido pela unidade técnica, de que a empresa não pode ser enquadrada como autarquia, empresa ou fundação pública. **Restaria apenas a figura de sociedade de economia mista. Faz-se ausente, entretanto, lei autorizativa para sua constituição, condição essencial para a existência de toda empresa dessa natureza.**

10. Esse obstáculo, apesar de se revelar como vício de ilegalidade na origem da entidade, não tem, por si só, o condão de remover a competência desta Corte de Contas para exercer a plena fiscalização de seus atos, **nem exclui a empresa da incidência dos institutos do Direito Administrativo**, consoante sólida jurisprudência desta Casa (Acórdãos 281/2001, 694/2002, 593/2003, 2.224/2004 – todos desta Primeira Câmara).

11. Nesse contexto, **a competência desta Corte em relação à empresa pode ser determinada por meio da regra presente no art. 2º do Decreto nº 84.129/79, que define como empresa estatal qualquer empresa controlada direta ou indiretamente pela União.**

12. Como, no exercício em exame, a União, por meio do Banco Nacional de Crédito Cooperativo S/A – BNCC e outras empresas públicas, era a acionista principal da Brasagro que, por seu turno, detinha 51% das ações da CPA/Campo, configura-se o controle indireto da União sobre esta empresa, podendo ser classificada como empresa estatal submetida ao controle deste Tribunal (grifos nossos).

Parece, pois, ser unânime a doutrina e a jurisprudência da Corte de Contas Federal no sentido de que as empresas de que o Estado tenha o controle acionário, ainda que indireto, têm o traço comum com as sociedades de economia mista, qual seja, a derrogação parcial do direito privado por normas de direito público.

Isso significa que a questão primordial a que se propõe este trabalho fica resolvida, no sentido de que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma natureza jurídica das controladoras, qual seja, um regime de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais.

Relevante ressaltar que não importa como o Estado veio a assumir o controle acionário da empresa. Assim, mesmo empresas que nascem sem a participação estatal, portanto submetidas ao regime estritamente de direito privado, se vierem a ser controladas pelo Estado, transmutam a sua natureza jurídica, passando a se submeter às regras derogatórias do regime essencialmente privado, para assumirem uma natureza jurídica híbrida de direito público.

Tal transmutação de natureza jurídica estritamente privada para híbrida de direito público é emblematicamente exemplificada na notícia divulgada no informativo do Supremo Tribunal Federal abaixo transcrita<sup>8</sup>, em que o Ministro-Relator do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança vai ao extremo de considerar o hospital privado cujo controle acionário foi adquirido pelo INSS como sendo uma sociedade de economia mista:

Na espécie, o recorrente exercia três cargos de médico em três diferentes instituições: o INSS, o Hospital de Pronto Socorro (vinculado à Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul) e o Hospital Cristo Redentor.

O INSS, em processo administrativo instaurado contra o recorrente, entendera, com base no art. 132, XII, da Lei 8.112/90, que **acumulação dos aludidos cargos seria indevida a partir da vigência do Decreto 2.923/99, que vinculava o último hospital à Administração Pública**, ressaltando, outrossim, a má-fé do servidor em não atender a determinação anterior da autarquia no sentido de que o mesmo optasse por dois dos cargos.

**Alegava o recorrente que essa terceira instituição hospitalar não poderia ser considerada sociedade de economia mista, em razão de não ter sido criada por lei nem ser controlada pela União, conforme exigência do inciso XIX do art. 37 da CF, com a redação dada pela EC 19198, não havendo que se falar em enquadramento nas hipóteses previstas como geradoras de acúmulo indevido de cargos (CF, art. 37, XVII). Sustentava, ainda, a ausência de comprovação da má-fé.**

Ressaltou-se, inicialmente, que **a União, por força do Decreto 75.403/75, assumiu o controle societário do Hospital Cristo Redentor S/A, cuja participação no capital social, posteriormente, foi reduzida pelo Decreto 75.457/75 para 51 % do total.**

Salientando-se que a expressão “sociedade de economia mista” é termo de conceitos jurídicos distintos, fez-se um comparativo entre diversas disposições legais existentes acerca da mesma no Decreto-lei 200/67, que definiu sociedade de economia mista e exigiu lei para sua criação, na Lei 6.404/76, que permitiu que a sua constituição se desse por mera autorização legislativa e, na Lei 6.264/75, que definiu sociedade de economia mista como aquela sob o controle governamental.

Asseverou-se, assim, que, para não frustrar as finalidades de vários preceitos constitucionais (v.g., arts. 37, XVI e XVII; 54, I e II), dever-se-ia conceber o conceito de sociedade de economia mista em termos amplos, considerando-se como tal aquela, anônima ou não, sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de ter sido ou não criada por lei, razão pela qual, para aplicação dos efeitos do inciso XVI do art. 37 da CF, o Hospital Cristo Redentor S/A deveria ser incluído nessa definição. RMS 24249/DF. rel. Min. Eros Grau. 14.9.2004. (RMS-24249) (grifos nossos).

Ainda que não esteja inserido no tema deste trabalho, a decisão acima referenciada considera que a empresa que venha a ser adquirida pelo Estado, passando a ter o seu controle acionário, é sociedade de economia mista. Isto é, afastou a autorização de lei para a sua criação como pressuposto para a sociedade anônima sob controle estatal ser caracterizada como sociedades de economia mista.

A conclusão inequívoca a que se chega é que as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista têm a mesma natureza jurídica destas, portanto, de direito privado derogado por normas de direito público expressamente definidas na Constituição Federal ou em dispositivos infra-constitucionais, como os arrolados no excerto de Bandeira de Mello supra transcrito.

#### 4. O CONTROLE EXTERNO DA UNIÃO SOBRE AS EMPRESAS CONTROLADAS DIRETA OU INDIRETAMENTE POR SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

Reza o artigo 70 da Constituição Federal de 1988 que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo. Por sua vez, o artigo 71 atribui ao Tribunal de Contas da União o exercício do controle externo, que compreende, entre outras competências, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da **administração direta e indireta**

Não resta dúvida, portanto, que as sociedades de economia mista estão submetidas ao controle externo a cargo do Tribunal de Contas da União. Da mesma forma, em razão da conclusão supra, as empresas controladas direta ou indiretamente por essas entidades, também estão submetidas ao mesmo controle externo.

Não é outro o entendimento que tem prevalecido nos julgados do Tribunal de Contas da União. O excerto do Voto condutor do Acórdão 1.335/2004 – TCU - Plenário, abaixo reproduzido, deixa assente esse entendimento de forma cristalina:

26. O regime militar reestruturou a administração pública, prezando pela desconcentração na administração direta, e pela descentralização, expandindo a administração indireta, tanto para agir em setores considerados públicos, quanto para realizar intervenção na economia. Em termos legislativos, essa reformulação foi efetivada por meio do Decreto-Lei nº 200/1967.

27. Entretanto, **houve uma proliferação das chamadas estatais, que compunham a administração indireta.** A Constituição Federal de 1988, com o intuito de coibir abusos pretéritos, estabeleceu a necessidade de lei específica para a criação ou autorização para criação de entes da administração pública indireta. [...]

29. Interpretar gramaticalmente os mencionados dispositivos constitucionais, chegando-se à equivocada conclusão de que uma subsidiária, cuja criação não foi autorizada por lei, porque no momento da sua criação não havia tal exigência, poderia criar outras subsidiárias ou livremente participar do capital de empresas privadas, significa atribuir um “cheque em branco” a essas entidades, ou seja, desnatura a intenção restritiva da atuação estatal na economia estabelecida pelo legislador constituinte originário.

30. Outro fator de grande importância reside na possibilidade de afastamento do controle do Congresso Nacional, que teria sua competência esvaída, diante da desnecessidade dos representantes do povo decidirem se seria pertinente a participação do Estado, por meio de ente descentralizado, em atividade econômica. O Congresso Nacional teria furtada a sua competência de verificar se os requisitos do art. 173 da CF/88, relevante interesse público ou segurança nacional, foram atendidos.

31. O fato de a subsidiária não ter sido criada por lei não traduz nenhum óbice ao presente raciocínio, é um ente estatal, pertencente à administração indireta, e a criação de outros entes vinculados a essa subsidiária representa, se não for submetida ao crivo do Congresso Nacional, expansão do Estado à revelia das normas constitucionais.

32. **Raciocinar *contrario sensu* significaria anular a intenção do legislador constituinte e tornar sem efeito os incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição Federal.** (grifos nossos).

Afastadas quaisquer dúvidas a respeito de serem as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista submetidas ao controle externo, restaria apenas uma questão subsidiária quanto à existência de uma “graduação”, ou uma mitigação desse controle, em razão de um caráter mais privado que essas empresas teriam em relação às controladoras.

Pode-se refutar, de plano, qualquer diferenciação quanto ao alcance do controle externo a ser exercido sobre as sociedades de economia mista e as suas controladas. Ocorre que elas têm, como visto, a mesma natureza jurídica de direito privado derogado por normas de direito público, entre elas a subsunção ao controle externo. Assim, não há que se admitir qualquer possibilidade de não incidência ou mesmo limitação dessas normas de direito público às controladas, motivo pelo qual o controle externo da União sobre as empresas controladas direta ou indiretamente por sociedades de economia mista é de igual natureza ao aplicável a essas sociedades, nos exatos termos do estabelecido no artigo 70 da Constituição Federal de 1988.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 9ª ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **A Constituição como Princípio**. Barueri (São Paulo): Manole, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. Brasília (DF): Senado Federal, 2004.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Vide recente matéria disponibilizada no site [www.oglobo.com.br](http://www.oglobo.com.br), acesso em 17/03/2005, às 14:30h,
- <sup>2</sup> A Constituição Federal de 1988 impõe restrições à exploração de atividade econômica pelo Estado, em razão do Princípio da Livre Iniciativa, nos termos do Art. 173.
- <sup>3</sup> O trâmite legal para criação de sociedades de economia mista é previsto no inciso XIX do art. 173.
- <sup>4</sup> Pertinente a essa tentativa de “desagrilhoamento” o artigo publicado no Jornal “Correio Brasiliense”, edição de 28/02/2005, sob o título “Petrobrás: Regime de licitações de TCU”, no qual afirma o Consultor Jurídico da presidência da Petrobrás, Paulo Otto Von Sperling: “Fácil perceber que nessa discussão sobre fiscalização de contas capitaneada pelo TCU, prejudica-se a Petrobras em sua eficiência, além de transmitir aos investidores e parceiros comerciais a idéia de que a Petrobrás padece do mal da ‘dupla personalidade’: ora comporta-se como empresa de ponta, ágil, ousada, com planos de investimentos, ora comporta-se como uma empresa que deve prestar contas sob ótica ultrapassada”.
- <sup>5</sup> O “Dicionário de Política” (BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. Brasília: UnB, 9ª ed., 1997, Vol. 1, p. 272), assim define contratualismo: “Em sentido mais amplo o Contratualismo compreende todas aquelas teorias políticas que vêem a origem da sociedade e o fundamento do poder político (chamado, quando em quando, *potestas*, *imperium*, Governo, soberania, Estado) num contrato, isto é, num acordo tácito ou expresso entre a maioria dos indivíduos, acordo que assinalaria o fim do estado natural e o início do estado social e político.”
- <sup>6</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Constituição como Princípio*. Barueri, São Paulo: Manole, 2003, p. 4. Interessante observar que essa idéia tipicamente contratualista prevalece na Constituição Federal de 1988. É o que a autora chama de “cláusula de não-retrocesso”, ou seja, as idéias inseridas nas primeiras constituições da idade moderna “assinalam um marco inicial intransponível, uma (r)evolução que não permite um retorno ao *status quo ante*, de modo que se pode perceber, daí, a conformação de uma nova ordem, instauradora do conceito moderno de Constituição”.
- <sup>7</sup> Ver nota 4.
- <sup>8</sup> Transcreve-se o informativo uma vez que a busca no site do STF indica que ainda não foi publicado o Acórdão no RMS 24.249/DF, Relator Ministro Eros Grau, em 14/09/2004.

# CORRUPÇÃO, IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MÁRCIA BITTENCOURT DA COSTA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CORRUPÇÃO; 2. ÉTICA, MORAL E PROBIDADE; 3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; 4. POSITIVAÇÃO DOS VALORES MORAIS E ÉTICOS NACIONAIS NO CONTEXTO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO; 4.1 A LEI Nº 8.429, DE 03 DE JUNHO DE 1992; 5. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA TUTELA DA PROBIDADE; 5.1 SIGILO FISCAL; 5.2 SIGILO BANCÁRIO; 5.3. ACOMPANHAMENTO DA EVOLUÇÃO PATRIMONIAL DE AUTORIDADES PÚBLICAS; 5.4 LICITAÇÕES E CONTRATOS; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

Corrupção é um fenômeno passível de ser identificado, em maior ou menor grau, em qualquer sociedade. TÁCITO apud GARCIA e ALVES (2004, p. 185) afirma que **“o primeiro ato de corrupção pode ser imputado à serpente seduzindo Adão com a oferta da maçã, na troca simbólica do paraíso pelos prazeres ainda inéditos da carne”**. Hoje, com a globalização dos mercados e a sofisticação tecnológica, a estimativa do Banco Mundial, apresentada durante Convenção da ONU contra a Corrupção, em 2003, é de que pelo menos US\$ 1,5 trilhão, ou 5% do PIB mundial, sejam desviados, por ano, para financiar a corrupção<sup>1</sup>.

Também no caso brasileiro, pode-se dizer que a origem da corrupção confunde-se com a própria história do País. Segundo Garcia (2004. p. 3):

o sistema colonial português foi erguido sobre os pilares de uma monarquia absolutista, fazendo com que Monarca e administradores se mantivessem unidos por elos eminentemente pessoais e paternalistas, o que gerou a semente indesejada da ineficiência. Não bastasse isto, tinham por interesse comum o lucro desenfreado e, como única ação, o desfacelamento das riquezas da colônia a si subjugada, sem qualquer comprometimento com ideais éticos, deveres funcionais ou interesses coletivos. Remonta a esta época a concepção de que a coisa pública é coisa de ninguém, e que sua única utilidade é satisfazer aos interesses da classe que ascendeu ao poder.

Assim, os níveis de corrupção atualmente verificados nas várias esferas de poder seriam “meros desdobramentos de práticas que remontam a séculos, principiando-se pela colonização e estendendo-se pelos longos períodos ditatoriais com os quais convivemos” (Garcia 2004. p. 8):

Com efeito, o “Índice de Percepções de Corrupção” da Transparency International<sup>2</sup> – organização não-governamental que combate a corrupção no setor público –, divulgado em 2005 pelo oitavo ano consecutivo, mostra que o grau de corrupção atribuído às relações entre o Estado brasileiro e a sociedade não se alterou em relação aos sete anos anteriores. No *ranking* da boa governança, organizado a partir de uma amostra de 158 países, o Brasil vem ocupando nada menos que a sexagésima segunda posição, atrás de países como Namíbia, El Salvador e Colômbia<sup>3</sup>.

Reforçando essa idéia, o “*Governance Research Indicator Country Snapshot 1996-2004*”<sup>4</sup>, editado pelo Banco Mundial em maio de 2005 a partir de indicadores de boa governança de 104 países, coloca o Brasil em 55ª posição no quesito “Ética Corporativa”, que avalia o uso e disseminação de atos de corrupção pelas empresas. Mais uma vez, Namíbia, El Salvador e Colômbia alcançaram uma melhor colocação.

Mesmo se levadas em conta às limitações desses “índices de corrupção” – os conceitos de corrupção diferem de país para país, além de estarem baseados em estimativas altamente subjetivas (SΦREIDE, Tina, 2005) – pergunta-se: como mudar essa cultura, que parece resultar de uma “vocaçāo hist3rica” de nosso País?

A resposta é complexa, envolvendo todos os setores da sociedade e os diversos nívéis de governo.

Sem descurar da importāncia dos demais elos que comp3em a Administraçāo P3blica Brasileira, vamos discutir, neste artigo, o papel do Tribunal de Contas da Uniāo (TCU) no combate à corrupçāo e à improbidade no Brasil.

## 1. CORRUPÇĀO

Corrupçāo é vocábulo com origem no latim *corruptio*, significando, do ponto de vista etimol3gico, ato ou efeito de decompor, putrefar; devassidāo, depravaçāo, perversāo; suborno peita (FERREIRA, 1986, p, 486).

No plano pol3tico-administrativo, o termo corrupçāo estā associado a perverter a ordem jur3dica, na qual o interesse p3blico – e nāo o individual – constitui princ3pio basilar da Administraçāo P3blica. Assim, denominam-se genericamente por “corrupçāo” atos que consubstanciem a preterição do interesse p3blico em prol do interesse privado.

RAMOS (2002) distingue dois sentidos para “corrupçāo”. O primeiro, de carāter restrito, estaria associado à clāssica definiçāo de Bobbio, Matteucci e Pasquino (1992, p. 292), segundo a qual corrupçāo constituiria uma forma particular de exercer influēncia il3cita, ilegal e ileg3tima sobre os neg3cios p3blicos, para proveito pr3prio ou alheio, podendo se dar de tr3s diferentes formas: o suborno – uso de retribuiçāo il3cita para a realizaçāo ou omissāo de ato de of3cio; o nepotismo – concessāo de emprego ou favor por v3nculo familiar ou por amizade, em detrimento do m3rito, e o peculato – desvio ou apropriaçāo da coisa p3blica para proveito ilegal pr3prio ou de terceiros.

O outro sentido, de carāter amplo ou sistēmico, estaria associado a uma “troca clandestina entre a administraçāo p3blica e o mercado econ3mico e social, de modo a formar uma esp3ria troca de favores, com o uso do poder decis3rio do cargo p3blico para o favorecimento de setores econ3micos ou pol3ticos privilegiados” (SCHILLING, 2002, p. 4).

Jā FREYESLEBEN *apud* ROSA e GHIZZO (2001, p. 58), a partir do estudo de Manoel Gonçaves Ferreira Filho sobre a corrupçāo, classifica-a em tr3s tipos: a corrupçāo-suborno, realizada por meio de retribuiçāo material; a corrupçāo-favorecimento, resultante do privilegiamento do privado em detrimento do p3blico, e corrupçāo-solapamento, que atingiria o pr3prio fundamento 3ltimo da legitimidade.

No Direito Penal Brasileiro, por3m, corrupçāo assume apenas dois sentidos: corrupçāo passiva, tipificada pelo art. 317 do C3digo Penal como “solicitar ou receber,



para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida ou aceitar promessa de vantagem tal” ou corrupção ativa, tipificada no art. 333 como “oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.” (SAMPAIO, 2002, p. 163).

À vista disso, embora popularmente utilizadas indistintamente, a expressão “improbidade” tem sido tecnicamente preferida à expressão “corrupção” administrativa, para evitar a interpretação – equivocada – de que esteja limitada aos casos que envolvam aspectos patrimoniais.

## 2. ÉTICA, MORAL E PROBIDADE

É freqüente o uso da expressão “ética” com o mesmo sentido de “moral”. Com efeito, o termo “ética”, de origem grega (*ethiké*), foi traduzido para o latim como “moral” (*mores, morale*); desse modo, na origem, ambos os termos possuíam idêntico significado. JOLIVET apud GOMES (2002, p. 240) refere-se à Moral como “a ciência que trata do uso que o homem deve fazer de sua liberdade, para atingir seu fim último”.

Atualmente, porém, Moral e Ética podem ser vistos com campos e objetos próprios. Para Gomes (2002, p. 240-1):

a Ética é a ciência que tem a Moral como objeto de conhecimento. Refere-se, pois, ao sistema teórico que descreve o comportamento humano, analisando o que entende, numa sociedade, por justo e injusto, por bem e mal, por certo e errado. Ela discute os problemas suscitados pela Moral e suas proposições descrevem o dever ser da ação humana, os sentimentos, as intenções e as reações das pessoas em certas situações, apontam os atos ou os comportamentos aceitos (corretos) ou condenáveis (incorretos), descreve a virtude e a finalidade do agir, etc. Já a Moral ocupa-se com a ação em si mesma no mundo fenomênico, com a concretização das normas existentes numa dada sociedade.

Por sua vez, o termo probidade tem origem no latim *probus*, ou “aquilo que brota bem”, denotando o que é bom, o que tem boa qualidade. *A fortiori*, o termo passou a ser utilizado para caracterizar o indivíduo honrado, íntegro, reto e leal, dando origem à variante probidade (*probitas* ou *probitatis*), caracterizadora da qualidade do que é probo, aceitação que consagrou o vocábulo (Garcia, 2004).

Assim, ter probidade significaria possuir certas qualidades, tais como lealdade, honestidade, moralidade e boa-fé; já a falta de probidade, ou “improbidade”, corresponderia à ausência dessas qualidades. (GOMES, 2002, p. 245).

Não existe, porém, um consenso na doutrina no que toca à relação entre os conceitos de “probidade” e “moralidade”. Para uns, probidade é um aspecto da moralidade, para outros, a moralidade seria uma espécie da probidade. Certo é que, a par de seus elementos subjetivos, a definição jurídica de probidade depende, basicamente, do conjunto de valores morais e éticos de cada sociedade, que poderá positivá-los sob a forma de norma jurídica. É como doutrina Kelsen (1990, p. 356): a criação do direito positivo não é uma criação a partir do nada. O legislador, assim como o costume, é dirigido por alguns princípios gerais. Mas esses princípios são morais ou políticos, e não jurídicos.

### 3. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina jurídica brasileira define cinco gêneros de improbidade: improbidade trabalhista, improbidade disciplinar, improbidade penal, improbidade civil e improbidade político-administrativa (BARACHO, 2002, p. 211). Para o objetivo deste trabalho, interessamos a improbidade político-administrativa, ou, simplesmente, improbidade administrativa.

Em linhas gerais, entende-se por improbidade administrativa o ato que violenta a moralidade pública. No entendimento de Pazzagliani Filho; Rosa e Fazzio Jr. (1999, p. 143):

Improbidade é mais que mera atuação desconforme com singela e fria letra da lei. É conduta denotativa de subversão das finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais. Decorre tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas atividades funcionais.

Martins Júnior (2001, p. 113) vai além, afirmando que:

Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os valores do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de precaução ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.

Pergunta-se: quais as conseqüências advindas da prática da improbidade?

São diversos os malefícios para a sociedade advindos com a prática da improbidade. Pazzagliani Filho enumera, de forma não exaustiva, a depauperação do patrimônio público, o comprometimento da eficiência de atuação dos Poderes do Estado, a geração de falsos conceitos de administração, de agente público e de improbidade; descrédito dos ocupantes de funções públicas; o enriquecimento ilícito de autoridades e particulares em detrimento da qualidade, economia e eficiência dos serviços públicos; a inversão de prioridades públicas pelo tráfico de influência; a ampliação das desigualdades sociais e, em última instância, a elevação da dívida pública, pelo desequilíbrio entre receitas e despesas.

Com efeito, ao se pensar na improbidade, pensa-se logo em questões como a escassez de recursos para educação e a saúde, no aumento da violência urbana e no sucateamento da Segurança Pública, entre outros dos problemas que assolam a sociedade. Entretanto, a questão vai ainda mais além, podendo desaguar no descrédito, no desalento e no desencanto de toda uma população. Configura a própria ruína do governo, posto que este, instituído com o objetivo de garantir boas condições de vida para uma população, passa a admitir incompetência para desenvolver o seu papel. É a falência do Estado. E por essa razão deve ser por ele combatida.

#### 4. POSITIVAÇÃO DOS VALORES MORAIS E ÉTICOS NACIONAIS NO CONTEXTO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

Cada cultura e cada sociedade possuem um sistema de normas morais e éticas, com valores próprios. É como ensina Chauí (2000, p. 339-340):

Toda cultura e cada sociedade institui uma moral, isto é, valores concernentes ao bem e ao mal, ao permitido e ao proibido, e à conduta correta, válidos para todos os seus membros. Culturas e sociedades fortemente hierarquizadas e com diferenças de castas ou de classes muito profundas podem até mesmo possuir várias morais, cada uma delas referidas aos valores de uma casta ou de uma classe social. No entanto, a simples existência da moral não significa a presença explícita de uma ética, entendida como filosofia moral, isto é, uma reflexão que discuta, problematize e interprete o significado dos valores morais [...].

O sistema ético-moral ocidental é marcado pela influência de elementos da cultura greco-romano-cristã, que consagrou princípios e valores tais como agir honestamente, não enriquecer ilicitamente, não mentir, ser leal, etc. A positivação desses valores, porém, foi inicialmente tímida, ganhando robustez com o gradativo amadurecimento da população.

Assim é que o Código Penal, de 07.12.1940, estipulou pena privativa de liberdade ao funcionário público que solicite ou receba, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes, de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem; o Decreto-lei nº 3.240, de 08.05.1941, previu o seqüestro dos bens de pessoas indiciadas por crimes que acarretassem prejuízo ao erário; a Lei nº 1.079, de 10.04.1950, previu os crimes de responsabilidade, aí incluído ato do Presidente da República atentatório contra a probidade na administração; as Leis nº 3.164, de 01.06.1957 (Lei Pitombo-Godói Ilha) e nº 3.502, de 21.12.1958 (Lei Bilac Pinto), estabeleceram regras para o seqüestro e o perdimento de bens por tráfico de influência, abuso do cargo e/ou enriquecimento ilícito; a Lei nº 4.717, de 29.06.1965, legitimou qualquer cidadão a pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público; o Decreto-lei nº 201, de 27.02.1967, definiu os crimes de responsabilidade de prefeitos e vereadores. No plano constitucional, a Constituição Federal de 1967/69 dispôs que os atos atentatórios à probidade na administração constituiriam crimes de responsabilidade do Presidente da República.

Contudo, foi na Constituição Federal de 1988 – reflexo do fim do regime militar e dos movimentos sociais então substantivados – que os temas probidade e moralidade administrativa alcançaram maior destaque. Em seu art. 14, prevê as hipóteses de ineligibilidade, e, em seu § 9º, dispôs que Lei complementar estabelecerá outros casos, a fim de proteger, entre outros, a probidade administrativa e a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato; em seu art. 15, prevê a perda ou suspensão dos direitos políticos em casos de improbidade administrativa; tipifica a improbidade na administração como crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, inciso V), e como corolário, eleva a moralidade administrativa ao *status* de princípio da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União (art. 37, *caput*). Embora com linguagem distinta, mas dentro dessa mesma ordem de idéias, o art. 55, § 1º, estabelece que perca o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar, definindo como uma de suas hipóteses a percepção de vantagens indevidas.

Além disso, visando à tutela da probidade e da moralidade, a CF 88 estabelece uma cadeia de dispositivos centrada no art. 37, § 4º – que define as sanções aplicáveis em caso de improbidade administrativa, a saber, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário – e apoiada não apenas na instituição do Ministério Público (art. 127, *caput*), mas também por dispositivos na esfera política (o já mencionado art. 14, § 9º, e o art. 17, II e III), parlamentar (arts. 54), de controle da administração – as Comissões Parlamentares de Inquérito e os tribunais de contas (respectivamente, arts. 54, 70 e seguintes), legitimando também o cidadão a ajuizar ação popular com o objetivo de anular ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXIII).

Ferreira Filho (1991) enumera ainda outros dispositivos constitucionais instituídos com o objetivo de conter o fenômeno da corrupção: art. 70, parágrafo único, que determina prestação de contas por qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos qual a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária; art. 37, inciso XXI, segundo o qual as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública.

As bases plantadas na Constituição Federal foram consolidadas com a edição da Lei nº 8.429, de 03.06.1992, mais conhecida por “Lei da Improbidade Administrativa”.

Vale ressaltar também dois outros normativos editados visando a garantir a probidade e a moralidade na administração – esses, porém, em face do que dispõe o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, sem caráter coercitivo. O primeiro é o Decreto nº 1.171/1994 (Código de Ética do Servidor Público Civil Federal), que estabeleceu os valores, vedações e proibições passíveis de observação por servidores públicos. Outro é o Código de Conduta da Alta Administração, aprovado em 2000 por ato do Presidente da República, estabelecendo regras básicas para evitar o conflito de interesses públicos e privados, bem como limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público. Trata-se de um código de adesão, cuja aceitação constitui pré-requisito à assunção de cargos públicos.

116

#### 4.1 A Lei Nº 8.429, de 03 de junho de 1992

A Lei nº 8.429/92 objetivou delimitar, no plano normativo, os contornos da improbidade administrativa. Classifica os atos de improbidade administrativa em três espécies: as que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); as que causam prejuízo ao erário (art. 10), e as que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

É importante notar, porém, que, a despeito de tal classificação, existe possibilidade de subsunção plúrima em alguns atos de improbidade que importam enriquecimento ilícito e, analogamente, provocam prejuízo ao erário – mais especificamente nos incisos III, IV, XI e XII do art. 9º. Já as hipóteses de atentados contra os princípios da Administração Pública (art. 11) não ensejam essa concorrência, devendo ser consideradas hipóteses subsidiárias, isto é, para quando a conduta não se enquadrar nas hipóteses anteriores de enriquecimento ilícito (art. 9º) e prejuízo ao erário (art. 10). Se não fosse assim, ter-se-ia um despiciendo concurso necessário, na medida em que todo ato de improbidade administrativa configura, sempre, atentado aos princípios da Administração Pública (ROTHENBURG, 2002, p. 477).

Partindo desse entendimento, constitui ato de improbidade administrativa, importando enriquecimento ilícito, **“auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade”** em órgãos ou entidades da Administração Pública. Linhas gerais, porém, a improbidade que importa enriquecimento ilícito caracterizar-se-á pelo recebimento, para si ou para outrem, de dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público” (art. 9º, inciso I). Em outras palavras, é o tráfico da função pública.

A segunda espécie de improbidade é a que causa lesão aos cofres públicos, podendo ser definida, de modo genérico, por “permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie” (art. 10, inciso II).

Por fim, a terceira espécie de improbidade é constituída por atos que atentam contra os princípios da administração pública, assim definidos, em linhas gerais, como **“qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”**. A lei enumera sete tipos de atos que atentam contra os princípios da Administração Pública; além desses, não se pode olvidar, entretanto, dos princípios enumerados no art. 37, *caput*, da CF – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – bem assim de outros que defluem da doutrina, tais como supremacia do interesse público sobre o privado, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, controle judicial dos atos administrativos, responsabilidade do Estado por atos administrativos, presunção de veracidade ou legitimidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia, continuidade do serviço público, motivação das decisões, realização de licitação para a contratação de serviços ou aquisição de bens, concurso público, etc. (GOMES, 2002, p. 269-270).

O enquadramento do agente público na Lei de Improbidade pressupõe a devida tipicidade legal; contudo, embora a lei defina diferentes hipóteses para cada uma das espécies de atos de improbidade, pode-se entender que aquelas não constituem um rol exaustivo, haja vista a utilização do termo **notadamente** no *caput* de cada um dos respectivos dispositivos. Na prática, o fator relevante para o enquadramento do agente público na Lei de Improbidade é a ocorrência de dolo ou culpa, e a conduta será ímproba quando conscientemente atentar contra a moralidade. É como assinala Di Pietro: o enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando o ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto.

As sanções previstas pela Lei nº 8.429/92 são suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, ressarcimento integral do dano, perda dos bens obtidos irregularmente, multa civil e proibição de contratar com a Administração Pública, bem como dela receber benefícios. Cabe ressaltar que, de acordo com o art. 12 da Lei, tais sanções incidirão independentemente das sanções penais, civis e administrativas cabíveis, não havendo, pois, competência concorrente com o TCU.

## 5. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA TUTELA DA PROBIDADE

Conquanto seja o Ministério Público o grande personagem na persecução da improbidade, detendo a legitimação institucional e processual de provocar o Poder Judiciário, de instaurar procedimento administrativo ou inquérito civil, e, ainda, de requisitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial, cumpre também aos tribunais e conselhos de contas papel de extrema relevância na tutela da probidade e da moralidade na Administração Pública.

Especificamente sobre o Tribunal de Contas da União, Silva (1985, p. 249) assim o define: o controle externo é, pois, basicamente, controle de caráter político, no Brasil, mas sujeito a prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas, que, assim, se apresenta como órgão técnico e suas decisões são administrativas, não judiciais.

Sem poder jurisdicional, a competência do Tribunal de Contas da União está descrita nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, c/c o art. 1º da Lei nº 8.443, de 16.07.1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), compreendendo, entre outros, julgarem as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; proceder à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da União; apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República; apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal na administração direta e indireta e das concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

Além disso, cumpre ao Tribunal de Contas da União manter registro próprio dos bens e rendas das autoridades públicas elencadas no art. 1º da Lei nº 8.730, de 10.11.1993; exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas; adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração; prestar a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional ou às respectivas Comissões, informações solicitadas por escrito e fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa.

118

Por fim, compete ao Tribunal de Contas da União, bem como aos demais tribunais de contas, fiscalizarem o cumprimento das normas previstas na Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), devendo dar ciência ao Ministério Público sempre que detectar indícios de qualquer dos crimes contra as finanças públicas, tipificados na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.

Ademais, o cumprimento do dever de prestar contas constitui, por si só, um indicador de probidade (art. 11, inciso VI da Lei nº 8.479/1992), e o não envio das prestações de contas anuais de órgãos e entidades que sejam obrigadas a fazê-lo poderão ensejar ação judicial por improbidade administrativa, seqüestro<sup>5</sup> de bens e até mesmo afastamento do administrador (TRF/1ª Região, 3ª Turma, AG 1999.01.00.023278-3/PA, Rel. Juiz Olindo Menezes, DJ 13.10.2000, p. 28; STJ, MC 3.181/GO, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 12.03.2001, p. 95), medidas que, de natureza cautelar, deverão atender aos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Como se vê, no curso das apurações a cargo deste Tribunal, são diversas as possibilidades de identificação de condutas irregulares também tipificadas como atos de improbidade administrativa. A Corte de Contas possui poderes para alicerçar – e muito –

os procedimentos administrativos previstos na Lei nº 8.429/92, inclusive porque, quando verificada a existência de crime de ação pública, a remessa dos autos ao Ministério Público é prevista pelo art. 40 do CPC, providência também determinada pelo art. 16, § 3º, da Lei de Improbidade.

O poder de coação do Tribunal está baseado nas sanções que lhe cabem aplicar, a saber, aplicar multas e determinar o ressarcimento de danos causados ao erário, ambos com força de título executivo (art. 71, inciso VIII, § 3º, da CF); sancionar com a inelegibilidade a qualquer cargo público, em face de julgamento pela irregularidade das contas (art. 71, inciso II, da CF, e art. 1º, inciso I, alínea g, da LC nº 64/1990); determinar o afastamento de autoridades de seus respectivos cargos (art. 44 da Lei nº 8.443/92); anular admissões e concessões de aposentadorias e pensões (art. 71, inciso III, da CF e Súmula 6 do STF); bloquear quotas-partes dos recursos tributários das administrações municipais e estaduais na hipótese de malversação de recursos (art. 3º, inciso IV, da Lei nº 7.675/1988); decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

A despeito de tais prerrogativas, percebe-se, no entanto, a insatisfação de alguns pensadores – e formadores de opinião – com o desempenho do controle externo e, mais especificamente, dos tribunais de contas:

Por qualquer ótica que se examine a questão do controle externo legislativo, o fato é que, **em termos de resultados, funciona pouco e mal**, seja pela distância temporal de sua efetivação, seja pelos defeitos de origem na formulação legal do controle pelos Tribunais de Contas, seja por ausência de melhor sintonia daqueles com o Parlamento e, sobretudo, com o Ministério Público (PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO Jr., 1999, p. 143).

Inequívoco, contudo, que o desempenho dos Tribunais de Contas, tanto da União como dos Estados, tem deixado muito a desejar. Não obstante dotados de bons corpos técnicos, devidamente concursados, na designação dos julgadores, regra geral, são aquinhoados ex-titulares de mandatos eletivos (arts. 73 e 75 da CF), ipso facto, adversários ou aliados dos gestores, esvaziando a jurisdição de seu imprescindível conteúdo técnico [...] . Além disso, o Ministério Público atuante junto à Corte de Contas é especial (art. 130 da CF), desprovido das garantias essenciais à sua independência, *capitis deminutio*, que equipara seus integrantes a servidores públicos, hierarquicamente submetidos à administração do Tribunal de Contas (STF, ADIn 798/DF, DJU\* 19.12.1994) (TRÊS, 2002.p. 80).

Ao analisarmos o histórico da atuação do Tribunal, deparamo-nos com inúmeros casos importantes onde à atuação da Casa mostrou-se contundente na defesa da moralidade administrativa.

Contudo, no exercício do controle externo – agindo, pois, em nome da sociedade – não pode bastar ao Tribunal apenas a convicção do dever cumprido, quando o destinatário de sua atuação – essa mesma sociedade – ainda vê lacunas a serem preenchidas. É necessária a contínua busca de oportunidades para otimização de seu desempenho.

Nesse sentido, propomos, a seguir, uma reflexão sobre alguns pontos que permeiam a atuação do Tribunal de Contas da União no combate à corrupção e à improbidade administrativa, inclusive no intuito de melhor compreender o papel que cabe a cada um de nós, personagens desse processo.

## 5.1 Sigilo fiscal

O instituto do sigilo fiscal encontra-se consubstanciado no art. 198 do Código Tributário Nacional, com a redação que lhe foi dada pela Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, segundo o qual **“é vedada à divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades”**.

De acordo com a Secretaria da Receita Federal, tal sigilo seria extensivo ao Tribunal de Contas da União, alegando, para tanto, violação do direito à intimidade ou à privacidade das pessoas (art. 5º da CF), bem como garantia de direito coberto pela reserva absoluta de jurisdição (art. 197, parágrafo único, do CTN).

Tal entendimento, contudo, não procede. De acordo com o art. 86, inciso IV, da Lei nº 8.443/92, constitui obrigação do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas da União **“guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à chefia imediata”** (grifo nosso), sendo a quebra de tal sigilo punível nos termos do art. 132, inciso IX da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

Quanto ao público externo, bastaria ao Tribunal tramitar respectivo processo com chancela de sigiloso, não havendo, pois, que se falar em quebra de sigilo, mas apenas em sua transferência ao Tribunal, já que não haveria exposição ou divulgação de informações ligadas à vida privada ou à intimidade das pessoas. Esse, aliás, é o sentido que se depreende do parágrafo único do art. 5º da Lei nº 8.730/1993, segundo o qual **“o dever do sigilo sobre informações de natureza fiscal e de riqueza de terceiros, imposto aos funcionários da Fazenda Pública, que cheguem ao seu conhecimento em razão do ofício, estende-se aos funcionários do Tribunal de Contas da União que, em cumprimento das disposições desta lei, encontrem-se em idêntica situação”**.

Além disso, há que se ter em mente que a Lei Complementar nº 104, de 10.01.2001, reconhecendo a prevalência do interesse público e social sobre o interesse privado ou individual, excluiu das vedações do CTN as solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública – desde que comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

Ora, o Tribunal de Contas da União é um órgão da Administração Pública (art. 1º da Lei nº 8.443/92), conduz suas investigações mediante a instauração de processos presididos por autoridades administrativas (art.11), e só realiza audiências/diligências quando determinado por essas autoridades; deveria, portanto, ser excluído do sigilo fiscal. Entretanto, diante da falta de previsão explícita da lei, também o Supremo Tribunal Federal vem interpretando estar a Corte de Contas submetida a essa exigência.

## 5.2 Sigilo bancário

Assim como no caso do sigilo fiscal, a quebra do sigilo bancário de pessoas físicas e/ou jurídicas suspeitas de improbidade constituiria um dos principais instrumentos de investigação diante de indícios de improbidade, especialmente nas suspeitas de enriquecimento ilícito. Entretanto, antes sob alegação do contido no art. 38, §§ 3º e 4º



da Lei nº 4.595, de 31.12.1964, e atualmente em face do contido na Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, qualquer informação envolvendo operações ativas, passivas, ou ainda serviços prestados pelo Banco Central do Brasil e/ou instituições financeiras só pode ser prestada ao Poder Legislativo Federal – desde que fundamentadamente necessários ao exercício das competências constitucionais e legais de comissões parlamentares de inquérito, e previamente aprovadas pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, ou do plenário de suas respectivas comissões parlamentares de inquérito – ou, a outros órgãos, desde que autorizado por autoridade judiciária competente.

Curioso notar que, conquanto a Lei Complementar nº 105/2001 autorize a transferência de informações bancárias a órgãos e entidades que já estejam obrigados por lei a mantê-las em sigilo – como, por exemplo, a Secretaria da Receita Federal – lamentavelmente o Tribunal de Contas da União não foi incluído nesse rol, a despeito do já mencionado art. 86, inciso IV, da Lei nº 8.443/92.

Pergunta-se por que razão teria o Congresso Nacional aprovado uma lei que considera violação ao dever de sigilo (art. 1º, parágrafo 3º, inciso III) o municiamento de informações ao órgão que lhe auxilia no exercício do controle externo; talvez esteja aí um indício de falta de vontade política no combate à corrupção.

### 5.3. Acompanhamento da evolução patrimonial de autoridades públicas

Paradoxalmente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao acesso do Tribunal de Contas da União a informações cobertas por sigilo fiscal, o art. 1º da Lei nº 8.730, de 10.11.1993, atribui ao TCU às tarefas de manter registro próprio dos bens e rendas do patrimônio privado de autoridades públicas; exercer o controle da legalidade e legitimidade desses bens e rendas; adotar as providências inerentes às suas atribuições e, se for o caso, representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados; publicar, periodicamente, no Diário Oficial da União, por extrato, dados e elementos constantes da declaração; prestar a qualquer das Câmaras do Congresso Nacional ou às respectivas Comissões, informações solicitadas por escrito; fornecer certidões e informações requeridas por qualquer cidadão, para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, na forma da lei.

Além disso, de acordo com o art. 4º da mesma Lei, os administradores ou responsáveis por bens e valores públicos da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, assim como toda a pessoa que por força da lei, estiver sujeita à prestação de contas do Tribunal de Contas da União, são obrigados a juntar, à documentação correspondente, cópia da declaração de rendimentos e de bens, relativa ao período-base da gestão, entregue à repartição competente nos termos do art. 1º, de conformidade com a legislação do Imposto sobre a Renda, sendo lícito ao Tribunal utilizar as declarações de renda recebidas para proceder ao levantamento da evolução patrimonial do seu titular e ao exame de sua compatibilização com os recursos e as disponibilidades declarados.

Entretanto, o que se observa é que, sancionada há cerca de 12 anos, a Lei nº 8.730/93 vem sendo ignorada pela Corte de Contas, que não vem realizando o controle da legalidade e legitimidade dos bens e rendas de autoridades públicas<sup>6</sup>.

Tal inação suscita críticas, a exemplo de Três (2002, p. 80-81) que assim se manifesta:

Quanto ao combate à corrupção/enriquecimento ilícito, ao Tribunal de Contas foi atribuída incumbência de extraordinária eficácia preventiva. O controle do patrimônio dos agentes públicos (Lei 8.730/93), cuja origem lícita, contrariamente aos cidadãos sem vínculos com a administração pública, é ônus funcional (art. 9º, VII, da Lei 8.429/92).

Reconhecidamente, todas essas personagens implicadas em escândalos de vultosos assaques a res publica, de longa data, exibem patrimônio muito superior a seus ganhos legítimos.

Há algum registro sobre exação do Tribunal de Contas da União sobre o status econômico desses agentes?

À inércia de uma instituição, automaticamente, a sociedade, exigindo providências, constringe outra, in casu, o Ministério Público, suprir a defecção, passando à correição ordinária dos atos administrativos.

É de se notar que a inação do Tribunal implica também descumprimento do Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, que ratificou a Convenção Interamericana contra a Corrupção<sup>7</sup>, adotada pelos Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, e que passou a vigorar no País a partir de 24 de agosto de 2002. O Artigo III da referida Convenção, que trata de medidas preventivas contra a corrupção, recomenda aos países membros a criação de **“sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações”**.

122

Teme-se que esteja também o Tribunal de Contas da União praticando ato de improbidade ao deixar de dar cumprimento à lei.

Conquanto seja fato que, no mundo atual, o crime tenha-se sofisticado a ponto de o produto de eventuais propinas não mais transitar em contas-correntes nem ser declarado à Receita Federal – no intuito de descaracterizar práticas ilícitas, os agentes ímprobos freqüentemente utilizam-se de “laranjas”, ou de pessoas jurídicas isentas, tais como instituições filantrópicas, esportivas, etc.–, o acompanhamento da evolução patrimonial das autoridades públicas constituiria ponto de partida para a caracterização de casos de enriquecimento ilícito.

#### 5.4 Licitações e contratos

De acordo com o disposto no art. 41, inciso II, da Lei nº 8.443/92, compete ao Tribunal de Contas da União acompanhar os editais de licitação e os contratos, inclusive administrativos, pela publicação no Diário Oficial da União ou por outro meio estabelecido no regimento interno, para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição.

Na prática, porém, diante do grande número de processos já instaurados clamando por um deslinde, sabe-se que o controle preventivo dos editais de licitação e dos contratos não se verifica com a freqüência desejável.

No entanto, analisando-se as constatações de Comissões Parlamentares de Inquérito e outros órgãos com poder de polícia, verifica-se que muito dos “esquemas” de corrupção

no País giram em torno de contratos celebrados entre órgãos e entidades públicas com o setor privado. Ora, se todos esses contratos estivessem sendo diuturnamente fiscalizados pelos tribunais de contas, antes mesmo de virem a produzir seus efeitos financeiros, talvez fosse possível reduzir o número de ocorrências delituosas na Administração Pública. É como observam Pazzaglini Filho, Rosa e Fazio Jr. (1999):

Infelizmente, entre nós vige o sistema de controle a posteriori das despesas da Administração, sem registro prévio ou acompanhamento das contratações pelos Tribunais de Contas, que acabam realizando, com raras exceções, mero mister homologatório de atos já consumados.

No que toca ao controle preventivo de licitações e contratos, vislumbramos oportunidade de atuação mais incisiva pelo Tribunal de Contas da União. Para se ter uma idéia, diante das denúncias de corrupção no Governo Federal em 2005, o Tribunal organizou uma “Força-Tarefa”, a qual, envolvendo cerca de mil analistas de suas diversas áreas de atuação, efetivamente detectou inúmeras irregularidades nas contratações efetuadas pela Administração Pública. Ora, se o exame dessas contratações já estivesse sendo realizado de forma preventiva, inibir-se-iam muitas das irregularidades efetivamente levadas a efeito, e sem a necessidade de uma força-tarefa.

O efeito da impossibilidade material de se fiscalizar todo o universo de licitações e contratos diariamente realizados por órgãos e entidades públicas federais pode ser minimizado mediante amostragem, desde que todos esses órgãos e entidades sejam sistemática e periodicamente submetidos a acompanhamento.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atos de corrupção são passíveis de ser observados não apenas no Brasil, mas em qualquer sociedade, em qualquer lugar do mundo. A maior percepção do fenômeno em um determinado país é decorrência de uma maior tolerância da respectiva sociedade para com atos dessa natureza. Assim, combater a corrupção não significa, necessariamente, editar novas leis: mais do que isso, é preciso educar a população, para que esta, inconformada, passe a exigir dos agentes públicos uma atuação que reflita os novos padrões éticos e morais predominantes.

A Constituição Federal de 1988 externou grande preocupação com a moralidade político-administrativa, elevando-a a condição de princípio, acenando com penalidades as mais rigorosas – perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário e até suspensão dos direitos políticos, já que sua cassação não é aplicável no País (art. 15 da CF) – e estabelecendo toda uma estrutura de controle, com o objetivo de detectar e punir todo e qualquer ato contrário ao padrão que se pretendia instituir. A legislação infraconstitucional acompanhou essa tendência, procurando, através da tipificação de atos de improbidade, exaurir o maior leque possível de práticas passíveis de reprovação.

No caso do Tribunal de Contas da União, em face dos obstáculos à obtenção de informações de natureza bancária e fiscal, tem restado ao órgão concentrar sua investigação na análise de contratos, editais, atas e outros documentos, meios que, por si só, mostram-se insuficientes para a detecção de esquemas de corrupção com o grau de sofisticação como os de que se têm notícia na atualidade.

Além disso, os poderes que lhe foram atribuídos em meio a esse arcabouço jurídico deveriam, em tese, permitir um amplo controle da improbidade na Administração

Pública. Paradoxalmente, no entanto, não foram estendidos ao órgão alguns instrumentos necessários à sua ampla utilização. É como concluem Pazzaglini filho, Rosa e Fazzio Jr. (1999, p. 143):

A louvável intenção do legislador mais uma vez esbarrou na precipitação e nas vicissitudes que a matéria pertinente à improbidade administrativa apresenta. Influenciado pelas cabíveis pressões que a opinião pública exerce, produziu diploma transferindo consideráveis poderes às Cortes de Contas, mais do que poderia fazê-lo, tendo em vista a natureza das atribuições que lhes são peculiares. Por outro lado, instigado pela imprensa, não lacrou as brechas que permitem aos gestores inescrupulosos ocultar seus proventos ilícitos sob o manto de pessoas jurídicas privadas. Em outras e poucas palavras, entregou ao Tribunal de Contas uma arma que não pode ser utilizada por falta de munição.

Aceitar isso não significa cruzar os braços. Ao contrário. O direito é a manifestação da constante luta em prol da justiça (IHERING, 2004).

Entretanto, diante de tais limitações, deparamo-nos com a pergunta: o que pode fazer o Tribunal de Contas da União para otimizar seus resultados no processo de combate à improbidade?

Primeiramente, no exercício da fiscalização que lhe é atribuída, não hesitar em utilizar todos os instrumentos legais disponíveis à fiscalização – tais como a análise da evolução patrimonial dos agentes públicos suspeitos de improbidade – e, nos casos de improbidade comprovada, aplicar os mais rigorosos remédios institucionais, tais como a indisponibilidade de bens (art. 44 da Lei nº 8.443/92), no intuito de garantir a probidade na Administração e fazer do exemplo uma medida de controle preventivo.

Em segundo lugar – visto que as investigações de que se têm notícia demonstram residir nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública as maiores oportunidades de desvios de recursos e enriquecimento ilícito –, outra medida oportuna seria intensificar o controle preventivo das licitações e contratações realizadas no âmbito federal, a tempo de impedir a realização de despesas indevidas e evitando-se, assim, futuras ações de ressarcimento ao erário, em geral morosas e com baixa probabilidade de recuperação integral dos valores.

Em terceiro lugar, fixar prazos não apenas para a instrução, mas também para a apreciação de processos nos quais tenham sido detectados indícios de improbidade administrativa, permitindo assim o rápido acionamento do Ministério Público para efeito de ajuizamento das ações cabíveis.

Em quarto lugar, criar um ambiente de interação e cooperação com a sociedade, esta não apenas destinatária de sua atuação, mas também instrumento para um efetivo combate à corrupção, na medida em que a responsabilização dos atos de improbidade começa e ganha força na reprovação popular. É preciso aumentar a visibilidade do TCU, promover um maior diálogo com a sociedade e dela obter a cooperação e o reconhecimento almejados. Para tanto, a criação de uma Ouvidoria – como efetivamente realizado em 2004 – foi um primeiro passo; contudo, o acesso ainda restrito do público em geral à informação e a pouca familiaridade com o *modus operandi* do Tribunal têm implicado, em média, um índice ainda modesto de aproveitamento das denúncias ali apresentadas.

A nosso ver, um dos melhores caminhos para se reverter essa situação é por intermédio da Imprensa. Vislumbramos na aproximação do Tribunal de Contas da União com a imprensa uma inestimável oportunidade para superação das limitações sofridas pela Casa. É como preconiza Ataliba (2001, 40-1):

fosse deixado a mim decidir se deveríamos ter um governo sem jornais ou jornais sem governo, não hesitaria um momento em preferir este último. Mas insistiria em que todo homem recebesse jornais e os soubesse ler [...]

À parte as freqüentemente mencionadas falhas da Lei nº 8.429/92, nossa percepção é de que a edição de normas, por si só, não surtirá o efeito desejado se não houver um desejo original dos administrados. Como mencionado anteriormente, proibidade é um conceito associado à Moral, e, consoante nos ensina Reale (1994, p. 44), o ato só estará realmente de acordo com a Moral quando realizado espontaneamente. Para tanto, sua prática pressupõe a criação de uma cultura; é preciso formar uma cultura de proibidade. Vale parafrasear Freyelesben *apud* Rosa e Ghizzo (1994, p. 299), quando afirma “**é preciso educar o povo. Educado, ele fará de seu voto e de seu poder de manifestação organizada o remédio mais eficaz à corrupção**”.

O Tribunal de Contas da União pode ser um pólo disseminador dessa nova cultura, não só punindo atos incondizentes com a moral administrativa, mas também orientando os agentes públicos e a sociedade civil em geral.

Para tanto, sugerimos algumas medidas, as quais, embora óbvias, infelizmente ainda não vêm sendo praticadas:

- a) enfatizar o efeito pedagógico de sua atuação, orientando as unidades jurisdicionadas a adotar boas práticas de gestão. Um exemplo disso seria a adoção de códigos de ética, capazes de nortear a atuação de seus servidores e funcionários, medida que, por sinal, vai ao encontro do que dispõe o Artigo III da Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos – Medidas Preventivas. De se ressaltar que caberia ao próprio Tribunal dar o exemplo, lançando oficialmente um Código de Ética para seus servidores, que até hoje não dispõem de um normativo da espécie;
- b) incentivar e orientar a população, através de sua página na *Internet*, sobre a melhor forma de apresentar reclamações junto à Ouvidoria, de forma a garantir um melhor aproveitamento das denúncias ali apresentadas. A medida atenderia ao contido no Artigo III da Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos - Medidas Preventivas;
- c) divulgar na mídia os resultados de seus julgamentos, bem assim os benefícios alcançados pelas fiscalizações realizadas (essas informações já constam internamente, no âmbito dos processos, porém não são de conhecimento da grande população) e, com isso, instigar o interesse da população sobre os resultados da atuação do Tribunal de Contas da União.

Além disso, ainda que, como visto, constitua o TCU um órgão de natureza eminentemente técnico-administrativa, hoje o crime se modernizou, e é preciso que a Corte de Contas acompanhe essa evolução. Atualmente, o crime se processa de forma organizada e, muitas das vezes, por vias eletrônicas<sup>8</sup>, tudo de forma aparentemente “limpa”

e sem vestígios documentais. Assim, mesmo sabendo ser o Ministério Público o catalisador das ações de improbidade, é preciso reconhecer nas atividades de rotina do Tribunal inestimáveis oportunidades para detecção de indícios de improbidade, desenvolvendo-se métodos modernos e eficientes de análise dos atos administrativos em geral. É hora de o Tribunal de Contas da União capacitar-se mais e melhor para a detecção de indícios de improbidade e, nesse sentido, outra medida recomendável seria promover investimentos maciços em Tecnologia da Informação e Auditoria de Sistemas, bem assim promover a capacitação do corpo técnico em Direito Digital.

Por fim, e como corolário de toda a argumentação, constata-se que o combate à corrupção e à improbidade é questão que deve ser atacada de forma conjunta por todos os órgãos de controle e regulação do País, mediante cada vez maior integração entre o Tribunal de Contas da União, Ministérios Públicos Federal e Estaduais, Secretaria da Receita Federal (SRF), Banco Central do Brasil (BACEN), Corregedoria-Geral da União (CGU), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Advocacia-Geral da União (AGU) e Ministério da Justiça. Em tese, todos trabalham com o mesmo propósito; o que é preciso é um trabalho efetivamente conjunto, entrosado e sistemático desses órgãos, capaz de permitir agilidade na troca de informações para uma maior eficiência operacional. É certo que já se vislumbram as primeiras ações conjuntas – convênios, treinamentos cruzados, etc. – tímidas, porém, frente à sofisticação do sistema financeiro e à amplitude continental de nosso País.

Essas são iniciativas que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, concorreriam para otimizar seu desempenho no combate à corrupção e à improbidade. E é importante lembrar que a meta não constitui um fim em si mesmo; combatendo-se esses males, contribui-se também para uma melhor visibilidade do País no exterior, para o crescimento do País e, em última análise, para uma melhor qualidade de vida da população.

126

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O Dever de Probidade e o Administrador Público. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. Edição. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A corrupção como fenômeno social e político. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, Renovar, jul./set. 1991, *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O dever de probidade e o administrador público**. José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1986.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila *apud* ROSA, Alexandre; GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal**: conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. A Improbidade Administrativa: comentário à Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, **Revista AJUS**, n. 17, 1994, edição especial.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a Improbidade Administrativa. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, José Jairo. **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

JOLIVET, Régis *apud* GOMES, José Jairo. **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1990.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/9**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

PAZZAGLINI Filho, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias e FAZZIO JR, Waldo Fazio. **Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público**. São Paulo: Atlas, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. **O Combate Internacional à Corrupção e a Lei da Improbidade**. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21. ed. São Paulo: Saraiva 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por Improbidade Administrativa. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. A Probidade na era dos desencantos. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHILLING, Flávia. A luta contra a corrupção e a construção da democracia: perspectivas de análise. **Revista do Ilanud**, n. 8, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SΦREIDE, Tina. **Is it right to rank?** Apresentação no IV Fórum Global de Combate à Corrupção. Brasília: jun./2005.

TÁCITO, Caio. *Moralidade administrativa apud Emerson Garcia; Rogério Pacheco Alves. Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TERÇAROLLI, Carlos Eduardo. *Improbidade administrativa no exercício das funções do Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2003.

TRÊS, Celso Antônio. A atuação do Ministério Público contra a improbidade. In: José Adércio Leite Sampaio et al., **Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

## NOTAS

<sup>1</sup> Disponível em <<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/economia/2003/12/11/joreco20031211010.html>>. Acesso em: 28.02.2006.

<sup>2</sup> Disponível em <<http://www.transparencia.org.br/index.html>>. Acesso em: 28.02.2006.

<sup>3</sup> O Índice reflete opiniões sobre a integridade das relações mantidas por todas as instituições do Estado, em todas as esferas. Países cuja classificação permanece inalterada, como no caso do Brasil, são países que não são vistos pelos formadores de opinião internacionais como tendo empreendido medidas eficazes para reduzir as fraudes.

<sup>4</sup> Disponível em <<http://worldbank.org/wbi/governance/pubs/gcr2004.html>>. Acesso em: 26.02.2006.

<sup>5</sup> Alguns doutrinadores consideram equivocada a previsão de seqüestro em vez de arresto de bens.

<sup>6</sup> Quicá diante da inação do Tribunal, o art. 48 da Medida Provisória nº 66, de 29.08.2002, transferiu à Secretaria da Receita Federal, a partir de 1º de janeiro de 2003, a competência para proceder à análise da evolução patrimonial das autoridades mencionadas no art. 1º da Lei nº 8.730/1993, com base nas declarações de ajuste anual relativas ao imposto de renda das pessoas físicas. Felizmente, quando da conversão dessa Medida Provisória na Lei nº 10.637, de 30.12.2002, referido dispositivo foi vetado, permanecendo com o Tribunal de Contas da União a prerrogativa de proceder ao acompanhamento da evolução patrimonial das autoridades públicas ali mencionadas; dizemos felizmente, pois se nos afigura mais apropriado que tal atividade esteja a cargo de um órgão independente, como o TCU, e não afeta a um órgão do Poder Executivo, como a Secretaria da Receita Federal, portanto mais suscetível a pressões políticas.

<sup>7</sup> Adotada como um instrumento de combate a toda forma de corrupção no exercício das funções públicas, ou especificamente vinculadas a esse exercício, a Convenção pretende que sejam reforçadas as instituições democráticas e evitadas distorções na economia, vícios na gestão pública e deterioração da moral social. Assim, ela pretende levar os Estados a envidarem todos os esforços para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção por intermédio da criação e do fortalecimento dos mecanismos voltados para tanto, inclusive aqueles que envolvam a cooperação entre os Estados (<<http://www.transparencia.org.br/docs/OEA.html>>).

<sup>8</sup> Em 2004, por exemplo, a Controladoria-Geral da União detectou fraudes envolvendo a manipulação indevida dos cadastros do Sistema de Administração Financeira - SIAFI, mediante as quais pessoas físicas e jurídicas eram indevidamente “baixadas” do rol de inadimplentes para com a União.



MARIANA PRISCILA MACULAN SODRÉ

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 2. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE; 3. FUNÇÃO JUDICANTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; 4. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS; 5. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE AFASTAR A APLICAÇÃO OU DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE E A QUESTÃO DO QUORUM QUALIFICADO; 6. PROCEDIMENTO PARA EXAME DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL; 7. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar como o Tribunal de Contas da União vem realizando o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal. Além disso, a pesquisa visa demonstrar que para se valer dessa prerrogativa seria necessária a adoção de determinados procedimentos, como condição de eficácia para as decisões da Corte de Contas, no que tange a inconstitucionalidade. Por fim, enfatiza-se a importância do controle de constitucionalidade exercido pelo TCU, como salvaguarda do patrimônio público federal.

Assim, foi abordada a possibilidade de aferição da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas e os fundamentos constitucionais que respaldam essa apreciação, bem como a possibilidade da Corte de Contas proceder a julgamento pela inconstitucionalidade. Com efeito, verifica-se que o tipo de controle de constitucionalidade realizado pelo TCU possui características de controle difuso ou incidental de constitucionalidade. Portanto, o juízo de constitucionalidade proferido pela Corte de Contas deveria estar respaldado pela regra do *quorum* qualificado estabelecido no art. 97 da Constituição Federal. Além disso, seria necessário proceder à regulamentação do procedimento para exame da constitucionalidade no âmbito do Tribunal de Contas da União, conforme preconizado no Código de Processo Civil. Por fim, são apontados alguns dos possíveis efeitos do controle de constitucionalidade realizado pelo TCU e sua importância para a preservação do erário.

Para tanto, o trabalho foi dividido em cinco tópicos, nos quais são abordadas: a “Competência do Tribunal de Contas para a apreciação da Constitucionalidade”, a “Função Judicante do Tribunal de Contas da União”, o “Controle Difuso de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas”, a “Inexistência de Distinção entre Afastar a Aplicação ou Declarar a inconstitucionalidade e a Questão do *Quorum* Qualificado” e o “Procedimento para Exame da Matéria Constitucional”.

## 1. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA A APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Atualmente não há mais dúvida de que o Tribunal de Contas da União possui a prerrogativa para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições estabelecidas na Constituição Federal. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm sido uniformes no sentido de que a Corte de Contas pode e

deve se manifestar acerca da constitucionalidade de leis e atos normativos, em matérias de sua competência.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a competência do Tribunal de Contas para proceder à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos, quando do exercício de suas atribuições por meio da edição da Súmula 347: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.” Portanto, conforme definido na súmula da Suprema Corte, não apenas o Poder Judiciário, mas também os Tribunais de Contas possuem a prerrogativa de verificar se as leis e os atos normativos emanados pelo poder público encontram-se harmonizados com a Constituição Federal. Conforme comentário de Roberto Rosas ao enunciado sumular:

O art. 71 da Constituição prevê o exercício pelo Tribunal de Contas da verificação da legalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, etc.; e a legalidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões. Em face desses preceitos basilares, cabe à Corte de Contas o exame das exigências legais nos casos enunciados e em geral a ela submetidos, colocando o seu exame em confronto com a Constituição, não procedendo o argumento da privatividade da interpretação das leis pelo Poder Judiciário. Se os atos submetidos ao Tribunal de Contas não estão conforme a Constituição, logo, são atos contra a lei, portanto inconstitucionais. Lúcio Bittencourt não foge deste ponto quando afirma caber essa declaração a todos os tribunais ordinários ou especiais, apesar de pertencer a última palavra ao STF (O Controle....., p.34), encontrando a adesão de Carlos Maximiliano (Comentários à Constituição, v. III/263.) (ROSAS, 2004, p.152-153).

Os fundamentos para o exercício do controle da constitucionalidade pelo TCU encontram-se na própria Constituição, nos artigos 70 e 71 da Carta Magna, que atribuem ao Tribunal de Contas da União a competência para o julgamento da legalidade dos atos, contratos, reformas e pensões, com o objetivo de evitar a ocorrência de danos ao erário ou com o objetivo de se aplicar sanções, quando efetivamente caracterizada a ocorrência desses danos ou ainda quando caracterizada graves infrações a normas legais<sup>1</sup>. Conclui-se que as questões submetidas ao TCU devem ser confrontadas com as leis, para que seja verificado se houve alguma violação legal, e portanto, ilegalidade. Com efeito, a lei suprema, que se encontra acima de todas as outras leis é a Constituição de um Estado<sup>2</sup>. Assim, se compete ao TCU a verificação da legalidade de certos atos compete-lhe, sobretudo, a verificação da **superlegalidade**<sup>3</sup>, por meio do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos, com o objetivo precípua de se salvaguardar o patrimônio público federal.

A competência para exercer controle de constitucionalidade também encontra fundamento na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. De acordo com o art. 66 da Lei nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU c/c o art. 15, inciso I alínea “e”, do Regimento Interno, compete privativamente ao Plenário do TCU deliberar originariamente sobre conflito de lei ou de ato normativo do poder público com a Constituição Federal, em matéria da competência do Tribunal. (Lei nº 8.443/92, art. 66).

O Tribunal de Contas tem tido a oportunidade de se pronunciar no que tange à constitucionalidade de leis e atos normativos, nos casos concretos, que lhe são submetidos. Diversos julgados da Corte de Contas espelham sua interpretação constitucional em matérias de sua competência<sup>4</sup>.

## 2. FUNÇÃO JUDICANTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Apesar de não se encontrar o Tribunal de Contas da União constitucionalmente inserido no capítulo do Poder Judiciário (III, arts. 92 a 126 da CF) é inegável a função judicante que lhe foi conferida pela Constituição Federal (art. 71, incisos II e III), eis que a Corte de Contas procede a um julgamento técnico-jurídico. Além disso, foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (§ 3º do Art. 73 da CF). Acrescente-se que sua organização operativa se faz à semelhança do poder judiciário (Art. 73 c/c Art. 96 da CF).

Todavia, o Tribunal de Contas da União é na realidade um órgão independente e autônomo, não pertencendo a nenhum dos poderes da república, sendo na opinião de Pontes de Miranda magistratura *sui generis*, ou seja, órgão fiscalizador dotado também de função judicante em certos casos. A despeito de o Tribunal de Contas não figurar na Constituição como órgão componente do Poder Judiciário, leciona Seabra Fagundes:

Não obstante isso, o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investi-lo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra **julgamento**, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar à nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo. (FAGUNDES, 1967, p.50-51).

A Constituição Federal determina que o Tribunal de Contas julgue a legalidade de determinados atos, prescrevendo-lhe a incumbência de verificar o aspecto jurídico desses atos. Ora, deparando-se a Corte de Contas com a inconstitucionalidade desses atos e tendo que pronunciar-se a respeito, estará procedendo a um julgamento de inconstitucionalidade.

Pontes de Miranda já apresentava o entendimento de que o Tribunal de Contas, no julgamento de contas de responsáveis por dinheiros ou bens públicos, poderia interpretar a Constituição, definitivamente, e julgar da constitucionalidade das leis, regulamentos ou atos do Poder Executivo (MIRANDA, 1946, p.93).

Portanto, a função judicante exercida pelo TCU, nos casos determinados na Constituição, em vista de sua prerrogativa de apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelo poder público, fundamentada na Súmula nº 347 do STF, pode gerar julgamentos pela inconstitucionalidade dessas normas.

## 3. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS

De acordo com a Constituição Federal de 1988, são adotados atualmente no Brasil dois tipos de controle de constitucionalidade: o concentrado e o difuso. O controle concentrado é de competência originária do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, "a") e o exame é feito de forma direta, por meio de ação própria proposta com o objetivo específico de se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei em tese

(ação direta de inconstitucionalidade – ADIn) ou de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (ação declaratória de constitucionalidade – ADECO).

Já o controle difuso, também chamado “incidental”, é exercício no curso de processo do qual tenha sido suscitada a inconstitucionalidade, sendo de competência de todos os tribunais ordinários e especiais. Assim, a questão constitucional, no controle difuso, é meramente questão prejudicial da causa principal. Ou seja, o objetivo não é atacar diretamente a norma eivada de vício, mas solucionar preliminarmente a questão constitucional como condição necessária para decidir acerca do caso concreto.

Segundo Luis Roberto Barroso, quando leciona a respeito do controle difuso de constitucionalidade:

Para decidir acerca do direito em discussão, o órgão judicial precisará formar um juízo acerca da constitucionalidade ou não da norma. Por isso se diz que a questão constitucional é uma questão prejudicial: Porque ela precisa ser decidida previamente, como pressuposto lógico e necessário da solução do problema principal. (BARROSO, 2004, p. 75).

Então, se o Tribunal de Contas, ao apreciar uma questão que lhe cabe decidir, deparar-se com uma incompatibilidade entre a norma ou ato normativo e a Constituição, deverá resolver a questão prejudicial de inconstitucionalidade preliminarmente ao julgamento de mérito do caso concreto, caracterizando assim o controle difuso de constitucionalidade.

Portanto, não há dúvida que o Tribunal de Contas da União possui competência para, por meio do controle difuso de constitucionalidade, deliberar, em matérias de sua competência, acerca de conflitos de leis e atos normativos com a Constituição Federal, apontados nos casos concretos que lhe são submetidos.

Alguns julgados demonstram que a Corte de Contas vem procedendo, de certa forma, ao controle caracteristicamente incidental de constitucionalidade.

Conforme Relatório do Ministro Ubiratan Aguiar, consignado no voto do Acórdão nº 913/2005:

20.2 De fato, o controle de constitucionalidade no âmbito do TCU é aquele de ordem difusa, destarte, não há prejudicialidade em, a cada processo, afastar-se norma por inconstitucional, ainda que a questão esteja em debate no STF. De mais a mais, a Lei n. 9.868/98 não veda a realização controle difuso, ante a tentativa de afastar norma do mundo jurídico por meio do controle concentrado. Ressalva apenas a vinculação à decisão do STF nas Ações Direta e Indireta de Inconstitucionalidade, o que ainda não ocorreu.

20.3 Assim, está plenamente legitimado este Tribunal, no exercício de suas competências constitucionais, em velar pela constitucionalidade dos atos do poder público, especialmente os atos de natureza infra-legal, como é o caso da Resolução 388/97 do TST, que receberá mais comentários adiante. (TCU, 2005a, p. 5/6).

Também o Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, ao sustentar tese acerca do Controle Difuso da Constitucionalidade pelas Corte de Contas, no 18º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, assim se manifestou: “Foi nessa época que aquela Corte reconheceu ao

Tribunal de Contas o poder de exercer o controle difuso da constitucionalidade das leis e atos do poder público, ao criar o enunciado sumular nº 347.”(ROCHA, 1995, p.126).

Portanto, o objetivo precípua do controle de constitucionalidade pelo TCU não é o ataque direto e frontal à lei ou ato normativo, visto que exerce somente o controle incidental de constitucionalidade, mas sim a proteção ao erário que poderia vir a ser afetado por despesas respaldadas em leis ou atos normativos inconstitucionais.

#### 4. INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE AFASTAR A APLICAÇÃO OU DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE E A QUESTÃO DO QUORUM QUALIFICADO.

Se o Tribunal de Contas possui competência para proceder ao controle difuso de constitucionalidade e efetivamente vem exercendo esse tipo de controle, então deveria estar sujeito à regra do *quorum* qualificado estabelecida na Constituição Federal, como condição de eficácia para suas decisões.

Note-se que apesar de não ter sido expressamente atribuída ao Tribunal de Contas da União a faculdade de declarar *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, a partir da regra do *quorum* qualificado preconizada no art. 97 da Constituição, é de se observar que o mencionado artigo também não impede que o Tribunal de Contas da União exerça tal “competência”.

Eis que o artigo 97 da Constituição de 1988 determina que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (Constituição Federal de 1998, art. 97).

No entanto, uma parte da doutrina sustentava que ao Tribunal de Contas não competiria a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 97 da CF.

Afirmou Roberto Rosas:

Ao Tribunal de Contas não compete a declaração de inconstitucionalidade de lei, nos termos do art. 97, que da essa competência aos tribunais enumerados no art. 92.

Caso o ato esteja fundado em lei divergente da Constituição o Tribunal de Contas pode negar-se à aplicação porque há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado (ROSAS, 2004, p.153).

Clemerson Mérlin Cléver, ao interpretar o art. 97 afirmou que, com a expressão “tribunais”, pretenderia o constituinte referir-se, apenas aos órgãos colegiados do judiciário, estando, por isso, os Tribunais de Contas fora da exigência de satisfação do número reclamado pelo art. 97 da Lei Fundamental. O eminente jurista sustentou seu argumento nas opiniões de Fernando Whintaker da Cunha, com apoio em José Luiz de Anhaia Mello (CLÉVE, 1995, p. 82).

Em 1965, José Luiz de Anhaia Mello, ex-Conselheiro do TCE/SP e ex-Professor de Direito Constitucional da USP, escreveu a obra intitulada “Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais”. Naquela época, sustentava-se que

havia grande diferença entre deixar de aplicar uma lei e declará-la inconstitucional. Assim, quando manifestou sua opinião acerca do problema do *quorum* (art. 200 sob a égide da Constituição de 1946) para manifestação da inconstitucionalidade, se pronunciou da seguinte forma:

Em nossa opinião como o Tribunal apenas nega cumprimento e não está qualificado entre os Tribunais, razão não há para seguir o mesmo processo, o mesmo rito determinado pelo citado art. 200.

Basta maioria simples para que a decisão possa valer no sentido da inaplicabilidade de lei inconstitucional.

Na verdade, não há julgamento de inconstitucionalidade, há apenas ato inaplicando e nesse particular não pode o Tribunal deixar de assim atuar.

Na verdade, entre declarar e não cumprir vai grande distância.

Mas se ao Tribunal de Contas não compete declarar, é-lhe defeso omitir-se. (MELLO, 1965, p. 12)

Observa-se que os juristas que entendiam estar os Tribunais de Contas fora da “regra de competência” estabelecida no art. 97 da Constituição, fundavam-se sobretudo na existência de distinção entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais. No intuito de compreender a origem dessa distinção, atente-se para explicação de José Afonso da Silva:

Tentou a doutrina divergente estabelecer, entre nós, a distinção que algumas constituições latino-americanas fazem entre inaplicabilidade da lei e declaração de inconstitucionalidade (El Salvador, artigos 95 e 96; Honduras, artigo 236; Uruguai; 258).

[...] Foi o que, de certo modo, se pretendeu sustentar no Brasil, sob a Constituição de 1946, querendo distinguir entre julgamento de inconstitucionalidade e declaração de inconstitucionalidade, para concluir, sem razão, no entanto, que a “competência para a primeira é reconhecida, indistintamente e irrestritamente, a todos os órgãos do judiciário, tanto de primeira como de segunda instância”, ao passo que a “declaração de inconstitucionalidade é privativa do tribunal pleno e somente pode ser pronunciada pela maioria absoluta da totalidade dos seus juízes.”.

Pelo que vimos antes, essa doutrina ficou logo superada pela jurisprudência e pela corrente que sustentava que qualquer juiz poderia declarar a inconstitucionalidade das leis e demais atos do poder público, assim como os tribunais; apenas a declaração destes, para valer, terá que decorrer do voto favorável da maioria absoluta de seus membros (SILVA, 1978, p. 130/131).

Segundo Ronaldo Poletti, citado também por Clemerson Mérilin Clever:

Inexiste diferença ontológica entre declaração de inconstitucionalidade e sentença, onde não se aplicou lei formalmente válida por entendê-la inconstitucional seu prolator. A diferença é de eficácia, quanto aos efeitos, daquela decisão dos tribunais e daqueloutra pelos juízes singulares ou pelo Supremo Federal. (POLETTI, 2001, p. 198).

Aliás, Ronaldo Poletti afirma categoricamente que a regra do *quorum* se aplica aos Tribunais de Contas. O autor argumenta que a exigência do *quorum* não significa exclusividade dos tribunais para exercera “competência” de declarar a inconstitucionalidade, pois a regra do art. 97 da Carta Magna seria de natureza instrumental, e, portanto, não indicaria competência. (POLETTI, 2001, p. 197).

Nesse mesmo sentido se expressou Lúcio Bittencourt, ao manifestar seu entendimento acerca da questão do *quorum*:

O art. 200 da Constituição não tem outro efeito senão o de condicionar a eficácia da decisão declaratória da inconstitucionalidade ao voto – nem mesmo à presença, mas ao voto, pronunciado pela forma que a lei ordinária estabelecer – da maioria dos membros do tribunal. O referido preceito não é, em si mesmo, nem uma regra de funcionamento, nem uma norma de competência: estabelece apenas uma condição de eficácia. (BITTENCOURT, 1997, p. 45/46).

Se a regra do art. 97 da Constituição não indica competência, mas apenas exige um *quorum* especial para o julgamento da inconstitucionalidade, em sede de controle difuso, infere-se que o Tribunal de Contas da União ao proceder ao controle incidental de constitucionalidade, deveria adotar *quorum* qualificado como condições de eficácia jurídica de suas decisões.

Já sob a égide da Constituição de 1946, lecionava Pontes de Miranda ser necessário a maioria absoluta de votos dos membros do Tribunal de Contas para apreciar a constitucionalidade e decretar a nulidade de normas ou atos emanados pelo poder Público:

Se bem que seja igualmente ilegal o ato que infringe a Constituição e o ato que infringe lei ordinária, porque o Poder Judiciário e, no caso do art. 77, I, II e III, o Tribunal de Contas tem, em ambos os casos, de decretar a nulidade, pode dar-se que o ato esteja conforme a lei e não conforme a Constituição, por ser a lei mesma contra a lei. A lei, que contra ela é, seria, então inconstitucional. A constitucionalidade [sic] não é mais do que espécie – a espécie mais conspícua – de ilegalidade. O Tribunal de Contas pode apreciá-la e decretar a nulidade do contrato, por maioria absoluta de votos dos seus membros (art. 200: “os tribunais”) (MIRANDA, 1946, p. 105).

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, ao realizar análise acerca da competência que possuem os Tribunais de Contas para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos, também defendeu a necessidade de *quorum* qualificado para o exercício dessa atribuição:

Há os que entendam, todavia, que essa competência há de ser exercida, incidentalmente, pelas referidas Cortes, na apreciação do caso concreto, no qual se verifique a eventual aplicação de lei ou ato tido por inconstitucional. Ainda nessa hipótese, não se deveria olvidar o disposto no art. 97 da Constituição, qual seja de *quorum* qualificado.

[...] Se a constitucionalidade é declarada incidentalmente (art. 97 da Constituição Federal), então não poderá o agente eximir-se de culpa por seus atos, porque terá agido em desobediência à decisão do Tribunal, no exercício do seu poder de dizer da constitucionalidade, enfocando-se aqui a Súmula nº 347/STF (FERNANDES, 2002, p.18 e 20).

Em que pese como condição de eficácia jurídica para a declaração de inconstitucionalidade, o pronunciamento da maioria absoluta dos membros do Tribunal de Contas, conforme preconizado no art. 97 da Carta Magna, observa-se que o Regimento Interno da Corte de Contas não estabeleceu o número de membros do Tribunal necessários para votação da matéria constitucional.

## 5. PROCEDIMENTO PARA EXAME DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Normalmente o procedimento para apreciação do incidente de constitucionalidade é tratado de forma mais detalhada nos regimentos internos dos tribunais, sendo que o Código de Processo Civil, nos artigos 480 a 482, também dispõe sobre ele.

Com efeito, conforme o Código de Processo Civil, a declaração incidental de inconstitucionalidade perante tribunal é realizada em duas etapas. A primeira ocorre perante a câmara, turma ou outro órgão fracionário competente para o julgamento do caso e a segunda, perante o pleno ou órgão especial.

Argüida a inconstitucionalidade, no curso de um processo, por qualquer das partes, pelo Ministério Público, pelo relator ou por um de seus pares, o relator, ouvido sempre o Ministério Público, submeterá a questão prejudicial à câmara. Se a alegação for rejeitada, o processo prossegue normalmente, com a aplicação da norma, que teve sua constitucionalidade inicialmente questionada, tendo em vista que a eficácia da norma não terá sido afetada.

Se, no entanto, a câmara admitir a procedência da argüição de inconstitucionalidade, ou seja, se considerar que a norma realmente é inconstitucional, será lavrado acórdão nesse sentido, será sobrestado o julgamento do caso concreto e será encaminhada a questão ao tribunal pleno, que, conforme o artigo 97 da CF é o órgão competente para declarar, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo. O pleno declara a inconstitucionalidade, por meio de voto da maioria absoluta, isto é, metade mais um, de seus membros. Observa-se que se não for alcançado o quorum de maioria absoluta para votação, a norma é considerada constitucional e passível de aplicação.

Após a declaração da inconstitucionalidade ou não, o julgamento é retomado na Câmara, que deverá resolver o caso concreto, em consonância com a decisão do plenário do tribunal. Isso significa que a decisão do plenário, pela inconstitucionalidade ou não, vincula o julgamento de mérito a ser proferido pela câmara.

Conforme leciona Luis Carlos Barroso:

No controle incidental realizado perante tribunal, opera-se a cisão funcional da competência, pela qual o pleno (ou órgão especial) decide a questão constitucional e o órgão fracionário julga o caso concreto, fundado na premissa estabelecida no julgamento da questão prejudicial. (BARROSO, 2004, p. 80).

Deve-se ressaltar que não cabe recurso da decisão do Plenário que aprecia a constitucionalidade. A impugnação, inclusive da questão relativa à inconstitucionalidade, deverá ser contra o acórdão que vier a julgar o caso concreto.

No que se refere ao regime para a apreciação da constitucionalidade adotado no âmbito do Tribunal de Contas, observa-se que apesar de ter sido reservado ao plenário a decisão sobre a existência de conflito de norma com a Constituição, art. 66 da Lei



nº 8.443/92 – Lei Orgânica do TCU c/c o art. 15, inciso I alínea e, do Regimento Interno, não foi regulamentado ainda procedimento próprio para exame da matéria constitucional pela Corte de Contas, nos moldes do Código de Processo Civil.

É razoável pensar que talvez a matéria ainda não tenha sido totalmente disciplinada, em função de entendimento que ainda parece estar predominando, no Tribunal de Contas, consubstanciado em pronunciamento do Ministério Público junto ao TCU, da lavra do Ex-Procurador, Dr. Jatir Batista da Cunha, proferido nos autos no TC 650.120/94-9. De acordo com o referido pronunciamento, a declaração da inaplicabilidade de norma legal, em face de conflito com a Constituição, consoante disposto no Regimento Interno do TCU, restringir-se-ia à não aplicação da norma constitucional, sendo-lhe vedada declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, na medida em que representaria invasão de competência do Egrégio STF insculpida na Constituição. A tese foi acatada pelo então Ministro Relator Paulo Affonso, em seu voto, e aparenta estar, ainda hoje, exercendo alguma influencia nos julgados proferidos no âmbito do Tribunal de Contas.

Por meio da análise de algumas decisões proferidas pelo TCU, em sede de controle difuso de constitucionalidade, observa-se que a Corte de Contas jamais declara a lei ou o ato normativo inconstitucionais, limita-se apenas a considerar a norma aplicável ou inaplicável, no âmbito do Tribunal de Contas; a recomendar que a unidade jurisdicionada deixe de aplicar determinada norma, por entendê-la inconstitucional; ou ainda, a dar uma interpretação constitucional para o caso.

Veja-se a Decisão 663/2002 – Plenário:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, com fulcro no art. 71, IV, da Constituição Federal c/c art. 43, II, da Lei nº 8.443/92, DECIDE:

8.1. determinar à Petrobrás que se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto 2.745/98 e o artigo 67 da Lei 9.478/97, em razão de sua inconstitucionalidade, e observe os ditames da Lei 8.666/93 e o seu anterior regulamento próprio, até a edição da lei de que trata o § 1º do artigo 173 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 (TCU, 2002b, p. 6).

Observa-se que os julgados do Tribunal de Contas têm procurado ser cautelosos no que tange a não invadir competência constitucional exclusiva, reservada ao Supremo Tribunal Federal, para declarar a inconstitucionalidade das normas em abstrato (art. 102, I da CF). No entanto, deve-se recordar que ao afastar a aplicação ou declarar a inconstitucionalidade de uma norma, não estará o Tribunal, no sentido técnico-processual, declarando a inconstitucionalidade em tese da norma, mas sim resolvendo o incidente de inconstitucionalidade como pressuposto para resolução do caso concreto que lhe foi submetido. Isso porque, no controle difuso de constitucionalidade a que compete o Tribunal de Contas, declarar a nulidade ou a inconstitucionalidade, não se confunde com anular ou revogar a norma entendida inconstitucional, mas simplesmente consignar a sua incompatibilidade com a Constituição, inaplicando-a ao caso concreto<sup>5</sup>.

Conforme leciona Luis Roberto Barroso, afastar a incidência de uma norma seria, na realidade, proceder a uma declaração de inconstitucionalidade:

Sempre que o órgão julgador afastar a incidência de uma norma, por considerá-la inconstitucional, estará procedendo a uma declaração de inconstitucionalidade, mesmo que o faça sem explicitar e independente de argüição expressa. Essa

linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode ser feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta. (BARROSO, 2004, p. 78).

Conclui-se assim que o Tribunal de Contas vem de certa maneira declarando a inconstitucionalidade *incidenter tantum*, já que vem negando aplicação de normas a casos concretos, sem, no entanto, adotar procedimento específico para a apreciação do incidente de inconstitucionalidade.

Por isso, seria oportuno que o Tribunal de Contas implementasse um regime específico para apreciação da matéria constitucional, por meio da regulamentação do processo decisório da argüição de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, no âmbito de seu Regimento Interno.

O procedimento estabelecido no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça para apreciação incidental de constitucionalidade das normas, poderia ser adaptado às necessidades regimentais do TCU<sup>6</sup>. Com efeito, observa-se a existência de algum paralelo entre o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que foram atribuídos aos membros da Corte de Contas os mesmos direitos, garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do STJ, conforme § 3º do art. 73 da CF.

## CONCLUSÃO

O Tribunal de Contas da União pode examinar a constitucionalidade das leis e atos normativos, e, portanto, declará-los inconstitucionais, com a finalidade de afastá-los da aplicação a um caso concreto. No entanto, só poderá proceder a esse exame na via incidental e com efeitos restritos as partes, relativas aos processos submetidos a sua apreciação, e em matérias de sua competência.

Não obstante, a interpretação das leis e atos normativos, a partir de parâmetros estabelecidos na Constituição, realizada nas decisões prolatadas pelo Tribunal de Contas, deverá possuir caráter informativo e orientador para todos os órgãos jurisdicionados.

Além disso, a decisão do Tribunal pela inconstitucionalidade, poderá sinalizar um entendimento assentado no âmbito da Corte, que poderá servir de precedente para uniformização de sua jurisprudência, subsidiando novos julgamentos pela irregularidade, caso haja reincidência, no âmbito do TCU, da lei ou ato normativo eivado do vício da inconstitucionalidade.

Assim, o efetivo controle de constitucionalidade exercido pelo TCU poderá prevenir a ocorrência de despesas inconstitucionais, contribuindo para a prevenção de danos ao patrimônio público federal.

Nas palavras de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

O pragmatismo do procedimento a ser adotado pelo Tribunal quanto à constitucionalidade de lei poderá dar um tom de uma nova postura atenciosa aos

desígnios constitucionais tão amplamente invocados, e em respeito aos anseios de evolução do controle da despesa pública.

Sem embargo, o dinamismo da atual realidade sociopolítica recomenda postura pragmática mais consentânea na defesa ágil e efetiva da legalidade, em oposição à visão misonéista do controle jurisdicional mais conservador e restrito da constitucionalidade. (FERNANDES, 2000, p. 38).

Para tanto, é oportuno que o Tribunal defina precisamente seu importante papel nesse mister, por meio da regulamentação de procedimento específico para exame da inconstitucionalidade em seu Regimento Interno.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2.ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BRASIL. Lei nº 8.443, de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília (DF), 17.7.92. Seção 1, p. 9449.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pelo Ministério Público junto ao TCU. Possíveis irregularidades praticadas pelo Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Pedido de reexame de acórdão que considerou procedente a Representação e determinou a anulação de ato de nomeação de parente de juiz para o exercício de cargo em comissão. Alegação da inexistência de vedação legal para a nomeação. Quaisquer atos de nomeação para cargos em comissão posteriores a 28.03.94 e mesmo anteriores a 26.12.96, data de publicação da Lei nº 9.421/96, devem ser considerados ilegais. Conhecimento. Negado Provimento. Acórdão 913/2005 – Segunda Câmara. Célia Maria Martins da Silva Alcure. Relator: Sr. Min. Ubiratan Aguiar. 07 jun. 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 15 jun. 2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Petrobrás. Área de licitação e contratos. Aplicação ilegal do regulamento do procedimento licitatório simplificado, a partir da edição do Decreto 2.745/98, que regulamentou o art. 67 da Lei 9.478/97, por serem inconstitucionais, abstendo a entidade da observância dos preceitos da Lei 8.666/93. Análise da matéria. Decisão 663/2002 – Plenário. José Carlos Ávila Betencourt, Carlos Frederico Leipnik Kotouc e Nelson Taveira da Costa. Relator: Sr. Min. Ubiratan Aguiar. 19 jun. 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 08 jul. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Regimento interno e súmulas**. organizado pelo Gabinete do Diretor da Revista Ministro Eduardo Ribeiro. 3. ed., rev., ampl. e atual. Brasília : STJ, 1996.

BÚRIGO, Vandré Augusto. O controle de constitucionalidade dos atos normativos pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 33, n.94, out/dez 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do Administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. **Revista Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, n.1, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional: Funções próprias e funções delegadas, **Revista de Direito Administrativo**, n. 109, p.8, jul/set. 1972.

CLÈVE, Clemerson Merlin. A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Coqueijo. Controle Constitucional, **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.13-15, p. 9-32, dez. 1978/ Dez. 1979.

CUNHA, Luiz Fernando Whintaker da. **Direito Constitucional do Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

ECO, Umberto. **Como se Faz uma Tese**. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

FAGUNDES, Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário: quarta parte. **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**, v.2, n.4, p.45-55, jul./nov. 2003.

FARIAS, Márcia Ferreira Cunha. O controle de constitucionalidade no Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, v.28, p.35-76, jan./dez. 2002.

140 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Os Tribunais de Contas e o Exame de Constitucionalidade de Lei. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v.26,p.33-53,jan./dez.2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A apreciação da constitucionalidade das normas pelos tribunais de contas. **L&C: Revista de Licitações e Contratos**, v.5, n.51, p.16-21, set. 2002.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Os tribunais de contas e o controle de constitucionalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, v.17, n.9, p.705-706, set. 2001.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

JARDIM-ROCHA, José. Problemas com o Governo dos Juízes: Sobre a Legitimidade Democrática do *Judicial Review*. Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, 2001.

LEAL, Vitor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**, v.2, n.4, p.91-105, jul./nov. 2003.

MELLO, José Luiz de Anhaia Mello. Da Competência do Tribunal de Contas para Negar Aplicação a Leis Inconstitucionais. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1946**. 1. ed. 4 v. Rio de Janeiro: H.Cahen, 1947.

MONTEIRO, Ruy Carlos de Barros. O Argumento de Inconstitucionalidade e o Repúdio da Lei pelo Poder Executivo. **Revista Forense**, v. 79, n. 284, p. 101. Out./dez. 1983

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante: atualizado até 2 de maio de 2003**. 2. ed., rev. e ampl., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, José de Castro. **Teoria e prática do Poder Judiciário**. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1943.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de O. O Controle de Constitucionalidade e as Cortes de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v.18, p.1-246, 1992.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed., rev. e ampl. de acordo com a Constituição de 05 de outubro de 1988, 8. tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Controle Difuso da Constitucionalidade pelas Cortes de Contas. Anais: 18º Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil "Seabra Fagundes". Belo Horizonte: TCEMG, 2 v, 1995.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular: comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 12. ed., rev. e atual., com referências ao Código civil de 2004. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Interesse Público**, v.5, n.25, p.13-20, maio/jun. 2004.

\_\_\_\_\_. Da Jurisdição Constitucional no Brasil e na América Latina. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.13-15, p.71-105, dez.1978/dez. 1979.

TCU. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Aprovado pela Resolução Administrativa nº 15/93, de 15 de junho de 1993. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília (DF), 21.6.93. Seção 1, p. 8241.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos do Poder Público. São Paulo: LTr, 1985.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o Controle da Legalidade, Economicidade e Legitimidade. **Revista de Informação Legislativa**, a.31, n.121, p.265-271, jan./mar. 1994.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**: atualizado conforme as Leis 9.868, de 10.11.1999 e 9.882, de 03.12.1999. 3. ed., 2. tir., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

## NOTAS

<sup>1</sup> A aplicação de sanção quando da ocorrência de graves infrações à norma legal está prevista no art. 58, inc. II da Lei Orgânica do TCU, mas não na Constituição.

<sup>2</sup> Consoante o postulado kelseniano, a legitimidade de um ordenamento jurídico decorre da hierarquia existente entre as normas, mediante a qual uma norma somente é válida, se estiver em harmonia com a norma hierarquicamente superior.

- <sup>3</sup> Expressão utilizada por Ricardo Lobo Torres para fundamentar a possibilidade de apreciação da constitucionalidade pelo Tribunal de Contas (TORRES, 1994, p. 266).
- <sup>4</sup> Processos n° TCU: TC-600.086/93-3, Decisão n° 716/96; TC-006.005/98-5, Decisão 171/99; TC-016.126/2001-1, Acórdão 913/2005; TC-002.749/200-9, Acórdão 203/2004; TC-013.631/2001-5, Acórdão 1674/2005.
- <sup>5</sup> No caso de consulta que seja formulada a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares, concernentes à constitucionalidade de matérias de competência do TCU, observa-se que a resposta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto, conforme estabelecido no Art. 264 do Regimento Interno do TCU. No entanto, o fato de apreciar a norma em tese não constitui usurpação da competência privativa do STF, visto que o eventual pronunciamento do TCU consiste apenas na interpretação da norma centrada a parâmetros constitucionais.
- <sup>6</sup> No Superior Tribunal de Justiça, o procedimento para a declaração incidental de inconstitucionalidade encontra-se previsto nos artigos 199 a 200 do respectivo Regimento Interno.

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE EXTERNO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E SEUS FINS ECONÔMICOS

---

WALDECK MIQUILINO DA SILVA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E CONTROLE: ESCORÇO HISTÓRICO; 2. O CONTROLE EXTERNO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE INTERVÊM NO DOMÍNIO ECONÔMICO; 3. AS FINALIDADES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE INTERVÊM NO DOMÍNIO ECONÔMICO; 4. A COMPETITIVIDADE E A ATUAÇÃO DO TCU; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

As relações entre o Estado e a sociedade civil é tema recorrente em debates acadêmicos de diversas disciplinas, incluindo o direito, e em debates políticos. A exigência por um Estado eficiente no desempenho de suas funções é aspecto presente em qualquer discussão envolvendo essas relações.

No caso de sociedades de economia mista, ente da administração pública indireta notadamente utilizado como instrumento para o desenvolvimento econômico, é possível observar, a partir da década de 1980, a associação de eficiência a competitividade, que, por sua vez, é entendida como capacidade de auferir lucro nos moldes de uma empresa privada.

Nesse contexto, a fiscalização dessas empresas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), cuja atuação deixou de ser restrita e por demais formalista, torna-se, para alguns, atividade burocrática que obstaculiza o gerenciamento eficiente dessas estatais, comprometendo sua competitividade e deixando-as em desvantagem em relação às empresas privadas.

Essa visão, imanente à reforma administrativa empreendida pelo governo Fernando Henrique Cardoso por intermédio da EC nº 19/1998<sup>1</sup>, teve por consequência o questionamento judicial da competência do TCU para fiscalizar as sociedades de economia mista.

Na primeira oportunidade em que examinou o assunto, março de 2002, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, ao julgar os mandados de segurança nºs. 23.627 e 23.875<sup>2</sup>, que não seria aplicável o instituto da tomada de contas especial às sociedades de economia mista. Prevaleceu o entendimento de que seus bens seriam privados e de que a forma de sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade seria disposta pela lei, até hoje aguardada, que estabelecerá seu estatuto jurídico, previsto no art. 173, §1º, I, da Constituição Federal. Além disso, os ministros Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim fizeram considerações sobre possíveis embaraços que a fiscalização do TCU poderia criar na gestão comercial dessas empresas.

Na esteira desses julgados, diversos mandados de segurança foram impetrados naquela Corte - seja por sociedades de economia mista, seja por pessoas físicas ou jurídicas alcançadas por deliberações do TCU por conta de suas relações comerciais com aquelas entidades da administração pública indireta - questionando a competência do TCU para fiscalizá-las.

Recentemente, entretanto, ao julgar os mandados de segurança n.ºs. 25092 e 25181<sup>3</sup>, a Suprema Corte, seguindo a linha desenvolvida pelo ministro Carlos Velloso, relator do primeiro, reviu aquele posicionamento, passando a adotar entendimento contrário ao anterior, ou seja, de que tem o TCU competência para proceder à tomada de contas especial de administradores e demais responsáveis das entidades integrantes da administração indireta.

Naquela oportunidade, o ministro Sepúlveda Pertence, a despeito de ter acompanhado o voto do ministro Carlos Velloso, manifestou sua preocupação, fundamentada nos possíveis reflexos da atuação da Corte de Contas na competitividade das empresas, com os “poderes” que estariam sendo dados ao TCU com o reviramento proporcionado por esse novo entendimento.

O presente texto, portanto, tenciona abordar a problemática dos limites do controle externo nas sociedades de economia mista, especificamente naquelas que intervêm na atividade econômica estrito senso<sup>4</sup>, ou seja, as enquadradas no disposto no art. 173 da Constituição Federal; e estimular a reflexão acerca da necessidade de relativizar a preocupação com sua competitividade frente seus interesse coletivos.

A delimitação deste artigo às sociedades de economia mista inseridas no art. 173 da Carta Magna decorre do entendimento de que esses entes proporcionam um debate mais rico por exercer atividade tipicamente privada, o que as diferenciam daquelas emolduradas pelo art. 175, e por possuir acionistas particulares, o que as diferenciam das empresas públicas.

Primeiramente, breve recuo histórico mostrará como evoluíram as sociedades de economia mista e o controle delas pelo Poder Público, sendo, em seguida, tratado dos limites constitucionais do controle externo. Depois, serão apontadas as finalidades dessas entidades, e feita abordagem dos reflexos da atuação fiscalizadora do TCU em sua competitividade. Por fim, serão apresentadas as conclusões decorrentes do desenvolvimento do tema.

## 1. SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA E CONTROLE: ESCORÇO HISTÓRICO

De acordo com José Cretella Júnior, a sociedade de economia mista teve origem na Alemanha, “remontando seu nascimento às sociedades públicas (*‘offentliche-Handlungs-Compagnien’*), criadas no início da Idade Moderna (Companhia das Índias Orientais, Companhia das Índias Ocidentais), sociedades de que participavam, em estreita aliança, Estado e particulares com objetivo de colonização”. (2003, p. 42)

No Brasil, embora se possa citar, como exemplo de sociedade de economia mista, a criação do Banco do Brasil pela Coroa Portuguesa em 1808, a participação do Estado na atividade econômica por intermédio dessas entidades desenvolveu-se a partir do terço final do primeiro governo de Getúlio Vargas (1930-1945), governo no qual foi planejada e implementada a primeira reforma administrativa brasileira e quando teve início o processo de industrialização brasileiro. Deste período, pode-se destacar a criação do Instituto de Resseguros do Brasil, da Companhia Vale do Rio Doce e da Companhia Siderúrgica Nacional.

Posteriormente, no período compreendido entre o fim do primeiro governo de Vargas e o fim da década de 1950, manteve-se o apoio do governo federal a esse processo, com a criação, por exemplo, da Companhia Siderúrgica Paulista (Cosipa) e da Petrobras. Sobre este período, deve-se destacar o governo de Juscelino Kubistchek, no qual as entidades



da administração indireta, dentre as quais as sociedades de economia mista, serviram de importante instrumento para a aceleração do desenvolvimento.

Os anos 1960 “caracterizam-se pela consolidação e crescimento das atividades já exercidas pelo Estado no processo intervencionista na economia e marcam a ação do Estado em novos domínios”. (DUTRA, 1991, p. 33)

Eloísa Nair de Andrade Argerich faz o seguinte retrato:

Nos anos 60 o governo autoritário e tecnoburocrático passou a desenvolver ações de coordenação global da política econômica com base no Plano de Metas e definiu os principais objetivos a serem atingidos, agrupados em cinco setores: a energia, transportes, indústria, educação e alimentação, ou seja, investimentos diretos de responsabilidade do Estado, na medida em que estatizava o setor de telecomunicações e energia elétrica, aumentando o endividamento interno e externo. (2004, p. 60)

Ainda segundo Argerich, “no período compreendido entre 1964 e 1967, o país foi submetido a um ajuste fiscal macroeconômico e a reformas estruturais, entre elas, a administrativa, tendo como objetivo promover o desenvolvimento econômico do país e sua modernização burocrática”. (2004, p. 64)

É nesse contexto que ocorre, em 1967, a instituição de controle formal pelo Poder Executivo sobre as entidades da administração indireta, com a edição do Decreto-Lei nº 200, acerca do qual Pedro Paulo de Almeida Dutra diz o seguinte:

É esse texto que, formalmente, institui o primeiro grande controle incidente sobre as empresas estatais pela via da Supervisão Ministerial. O objetivo era estruturar um método de controle interno na própria Administração. Este método, definido pelo Decreto-Lei n. 200 (arts. 25-26), foi concebido devidamente articulado com toda a sistemática da Reforma Administrativa e em harmonia com seus princípios fundamentais (Dec.-Lei n. 200/67, art. 6º).

[...]

A finalidade da Supervisão Ministerial era a “de harmonizar a ação das empresas públicas com os objetivos e políticas do Governo”. (1991, p. 51)

Não se pode deixar de salientar que o Decreto-Lei nº 200/67 consubstanciou a chamada Reforma Desenvolvimentista, promovida pelo regime militar, da qual Bresser Pereira aponta como “aspecto mais marcante” a descentralização para administração indireta. (1998, p. 170)

Nos anos 1970, este processo de descentralização administrativa, notadamente para sociedades de economia mista e empresas públicas, tem o seu auge. Foram criadas várias empresas estatais e em áreas das mais diversas.

Se, nesse período, acentuou-se o processo, foi também nele que as empresas tiveram expostos seus graves problemas, tais como elevado endividamento externo por conta de intervenção governamental e malversação de recursos financeiros de origem pública, além de críticas decorrentes dos insatisfatórios resultados econômicos e financeiros. Esses fatores resultaram na instituição da competência do TCU para fiscalizar as empresas do Estado, por intermédio da Lei n. 6.223/75. (DUTRA, 1991, p. 53)

Os anos 1980 foram marcados pela preocupação em conter o crescimento do número de empresas estatais. Destes anos, deve ser evidenciada a criação em 1979, como controle central, da Secretaria de Controle das Empresas Estatais – Sest<sup>5</sup>, “concebida pelos governantes da época como o principal instrumento de combate à inflação, pela ação que poderia exercer junto às empresas estatais”. (DUTRA, 1991, p. 59)

Consoante Pedro Paulo de Almeida Dutra, a criação da Sest foi conseqüência da grave crise econômica que o país vivia e dos dados negativos relativos às empresas estatais revelados em diagnóstico feito na Secretaria de Planejamento da Presidência da República<sup>6</sup>.

Foi ainda nos anos 1980 que teve início o movimento desestatizante. Em 1985, no governo José Sarney, foi instituído o Programa de Privatização, aprimorado em 1988 para Programa Federal de Desestatização. Esse movimento é acentuado nos governos seguintes, Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso.

Percebe-se, dessa forma, que a instituição de controles foi conseqüência dos abusos verificados na administração das empresas estatais. Observa-se, ainda, uma mudança de paradigma, tendo em vista que as empresas estatais – que até a década de 1970 pareciam não ter qualquer compromisso com o lucro, indicando que se destinavam precipuamente a atender ao interesse público – são percebidas, a partir daí, como empresas cujo principal objetivo é auferir lucros, tal como as empresas privadas. Essa visão mantém-se no atual governo<sup>7</sup>.

## 2. O CONTROLE EXTERNO DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE INTERVÊM NO DOMÍNIO ECONÔMICO

146

A Constituição Federal distingue as empresas estatais entre as que intervêm na atividade econômica estrito senso e as que prestam serviços públicos. As do primeiro grupo, sociedades de economia mista ou empresas públicas, são aquelas que exercem atividades de natureza privada a título de intervenção no domínio econômico e estão submetidas ao disposto no art. 173 da Constituição Federal. As do segundo grupo, que também podem ser sociedades de economia mista ou empresas públicas, são aquelas que exercem atividade econômica assumida como serviço público e estão regidas pelo art. 175 da Constituição Federal.

A respeito dessas duas modalidades de empresas estatais, esclarece Di Pietro que:

1. as que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao **regime próprio das empresas privadas**; como é a Constituição que estabelece essa regra geral tem que ter fundamento na própria Constituição; não se aplicam a essas empresas as leis ordinárias que derrogam o direito comum;
2. as que desempenham **serviços públicos** e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esse princípio constam não apenas da própria Constituição, como também de leis ordinárias; aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime. (2006, 413)

Nada obstante essa distinção, não há como concluir que as empresas estatais inseridas no disposto no art. 173 tenham o mesmo regime jurídico das empresas privadas, pois a própria Constituição Federal contém vários dispositivos que infirmam essa conclusão.

Celso Antônio Bandeira de Mello, após esclarecer que, por força da Constituição Federal, “quaisquer empresas públicas e sociedades de economia mista – **sejam exploradoras de atividade econômica ou sejam prestadoras de serviços públicos** [...] vêm-se colhidas por normas ali residentes que impedem a perfeita simetria de regime jurídico entre elas e a generalidade dos sujeitos de Direito Privado”, arrola diversos dispositivos da Carta Magna<sup>8</sup> aplicáveis indistintamente a quaisquer dessas entidades, sendo, portanto, “irrelevante a disseptação entre os dois tipos mencionado”. (2003, p. 186-188)

De fato, as sociedades de economia mista, qualquer que seja sua modalidade, possuem diversas características que as distinguem das empresas privadas, com destaque para a submissão daquelas aos princípios constitucionais que regem toda a administração pública. Como salienta Maria Sylvia Zanella di Pietro o “direito privado é derogado pelo direito público” (2006, p. 440), sendo por isso sujeitas a regime jurídico híbrido, e não a regime privado, o que é, até mesmo, reconhecido pelo STF<sup>9</sup>.

No que tange ao controle externo, a Constituição Federal não estabelece distinção nem mesmo entre entes da administração direta e a indireta. É o que se verifica no disposto nos artigos 49, inciso X, 70, e 71, incisos II, III e IV, da Carta da República.

Alguns, entretanto, vêm no inciso I do § 1º do art. 173, com a redação dada pela EC nº 19/1998, limitação ao controle externo, porque o futuro estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista deverá dispor acerca das formas de fiscalização nessas entidades pelo Estado e pela sociedade.

Esse entendimento, todavia, é inaceitável. O referido estatuto, a ser instituído por lei ordinária, ainda que aborde o controle externo – o que não parece ser seu objetivo –, não poderá impossibilitar a aplicação efetiva daquele princípio constitucional, mas tão-somente instituir regras específicas ou parâmetros aplicáveis a essas entidades, considerando sua natureza híbrida e seus fins econômicos, que, como visto, estão jungidos aos interesses públicos que orientaram sua criação.

O que se quer dizer é que, embora seja admissível a possibilidade de o futuro estatuto estabelecer regras específicas para as entidades no que concerne ao controle externo, distinguindo-as até mesmo das empresas prestadoras de serviços públicos, ele não poderá veicular norma com o condão de esterilizar a fiscalização empreendida pelo TCU, como as que impedem a produção de exames consistentes nos campos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das entidades da administração indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, pois se estaria impedindo de tornar concreta a finalidade da norma constitucional.

Esse posicionamento coaduna-se com o manifestado pelo ministro Celso de Mello em decisão exarada na Suspensão de Segurança nº SS 1308, *verbis*:

A essencialidade dessa Instituição - surgida nos albores da República com o Decreto nº 966-A, de 07/11/1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa - foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, d).

A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas

tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na defesa dos postulados essenciais que informam a própria organização da Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propicia, em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes - explícitos ou implícitos - que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhes foram cometidos. (SS nº 1308; DJ 19/10/1998)

Impende ainda consignar que entendimento contrário significaria a não-sujeição de alguns entes da Administração Pública ao controle externo, o que feriria o princípio republicano da separação dos Poderes, uma vez que o controle externo, de acordo com o art. 71 da Carta da República, é exercido pelo Poder Legislativo, auxiliado pelo TCU.

Observe-se, no que concerne à relação entre a Corte de Contas e o Congresso Nacional no desempenho da função controle externo<sup>10</sup>, que o controle externo exercido pelo Congresso Nacional tem como principal instrumento o trabalho desenvolvido pelo TCU.

Neste passo, importante realçar a construção do ministro Carlos Ayres Brito:

3.5 Se bem observar o analista jurídico, o Congresso Nacional, em matéria de controle externo, ficou adstrito ao exercício das seguintes competências constitucionais: a) “julgar anualmente as contas prestadas **pelo Presidente da República** e apreciar os relatórios sobre a execução **planos de governo**”; b) “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer das suas Casas, os atos **do Poder Executivo**, incluídos os da **administração indireta**” (incisos IX e X do art. 49 da C.F., sem os caracteres em negrito). Do lado de fora restaram, então, contas, relatórios e atos que não têm a protagonizá-los o Poder Executivo, quer de modo direto, quer indireto, exatamente porque a respectiva competência controladora cai sob a alçada do Tribunal de Contas da União (TCU). Não do Congresso Nacional, propriamente.

3.6 Mas é de todo óbvio que o Parlamento Federal, agindo por si ou por qualquer de suas Casas ou ainda por Comissão específica, é de todo óbvio (sic) que ele não fica impedido de sindicatar sobre as unidades administrativas, agentes públicos e até pessoas privadas que atuem externamente ao Poder Executivo. Só que, nestas suposições, tem que recorrer aos préstimos do TCU como **ponte** e para isso é que a Magna Lei fez embutir nas competências desse órgão (o TCU): [o inciso IV do art. 71] (2005, p. 4935)

Ou seja, caso o citado estatuto das empresas estatais venha a veicular norma que busque restringir somente a atuação do TCU, essa restrição alcançará de forma indireta o próprio Congresso Nacional, que inevitavelmente deixará de ter atendidas algumas solicitações de inspeções e auditorias em sociedades de economia mista.

### 3. AS FINALIDADES DAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA QUE INTERVÊM NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Como abordado na introdução, hodiernamente tem-se compreendido, até mesmo no âmbito dos governos, que sociedade de economia mista eficiente é aquela capaz de competir com empresas privadas, sendo essa competitividade entendida como capacidade de auferir lucros nos moldes das últimas.

Releva notar, com isso, que foi dada “solução” a um problema diversas vezes levantado na doutrina desde o surgimento dessas entidades, qual seja, o conflito de interesses entre o Estado e os acionistas particulares, uma vez que o Estado visava ao interesse público, enquanto os acionistas privados visavam ao lucro. Hoje, a percepção que se tem é no sentido de que os dois tipos de sócios têm como objetivo maior, ou único, a obtenção de lucro.

José Cretella Júnior menciona que Bilac Pinto já alertava, em 1952, que isso poderia ocorrer:

A associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum ou, pelo menos, a fim análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma **empresa de economia mista**, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão interesse pessoal; ele quer lucros elevados, que lhe assegurarão bons dividendos, e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela existir. O Estado, ao contrário, intervém com intenção de salvaguardar o interesse geral, seja dos consumidores ou dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço de venda em níveis baixos. Nasce assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente a vítima. Nesse caso, ou são particulares que empolgam a direção e a empresa passa a ser dirigida com um fim lucrativo, como uma empresa privada; ou o Estado tem êxito em fazer prevalecer o ponto de vista favorável à comunidade e, nessa hipótese, são então os particulares que não alcançam os proveitos que tiveram em vista ao investirem seus capitais. (2000, p. 330)

Não se pretende desqualificar a preocupação com os resultados econômicos das empresas; entretanto, há de se observar que o sentido absoluto que é dado a essa preocupação não está conforme a Constituição Federal.

Com efeito, a Carta da República claramente associa as empresas estatais ao interesse público independentemente de sua atividade, pois, em relação as que exercem atividade econômica assumida como serviço público, o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas é intrínseco ao próprio conceito serviço público<sup>11</sup>, enquanto, no que tange às que exercem atividades de natureza privada a título de intervenção no domínio econômico, sua criação, conforme o art. 173 da Constituição Federal, somente é admitida “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Dessa forma, o Estado, ao constituir empresas destinadas à exploração direta da atividade econômica estrito senso, incluindo sociedades de economia mista, visa, primordialmente, ao interesse público, e não ao lucro.

Bandeira de Mello observa que o traço principal das empresas estatais reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais, devendo esta realidade jurídica ser “o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o **acidental** – suas personalidades de Direito Privado – em **essencial**, e o essencial – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em acidental”. (2003, p. 180)

De fato, o lucro é o objetivo principal dos demais acionistas e não do Estado, que deve zelar para que a empresa atenda aos interesses da coletividade – interesses, frise-se, que legitimam sua existência. Observe-se que os acionistas privados, quando ingressam na entidade, sabem previamente que tem ela fins sociais distintos dos fins econômicos.

Nesse sentido, a lição de Fábio Ulhoa Coelho esclarece:

A pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem as mesmas responsabilidades do acionista controlador, porém a própria lei ressalva que a orientação dos negócios sociais pode ser feita de molde a atender ao interesse público que justificou a criação da sociedade. O que há, em particular, é a possibilidade de comprometimento dos recursos sociais em atividades relativamente deficitárias, importando em diminuição global do lucro líquido da sociedade, em virtude da realização do bem comum que inspirou a sua constituição. O acionista particular da sociedade de economia mista está ciente, ao ingressar no quadro associativo da companhia, desta particularidade, ou seja, de que, eventualmente, seja obrigado a suportar ligeira diminuição na rentabilidade de seu investimento, por força do atendimento de interesse maior que o seu. É claro que esta diminuição não poderá ser de tal porte que implique a descaracterização do investimento feito como negócio de conteúdo privado. (...) O acionista controlador poderá, portanto, vir a ser responsabilizado pelos demais acionistas particulares da sociedade de economia mista, sempre que, em decorrência do cumprimento do disposto no art. 238 da LSA<sup>12</sup>, desenvolver atividade empresarial altamente deficitária. A fundamentação deste entendimento se vale, inclusive, da responsabilidade objetiva da Administração Pública. (2003, p.222/223)

Sendo assim, consolida-se o juízo de que as sociedades de economia mista são implementadoras de políticas públicas, devendo sua eficiência ser aferida não só pela sua capacidade de obter lucros, mas, sobretudo, pela capacidade de persecução aos interesses públicos que orientaram sua criação.

#### 4. A COMPETITIVIDADE E A ATUAÇÃO DO TCU

Como acima observado, a Constituição Federal não traça limites distintos, no que tange ao controle externo, entre administração direta e indireta.

Ademais, também não se verifica autorização para a Corte de Contas imiscuir-se na gestão de qualquer órgão ou entidade da administração direta ou indireta. Isso é reconhecido pelo próprio Tribunal, como se depreende do seguinte excerto do voto do ministro Ubiratan Aguiar, condutor do Acórdão/TCU nº 1581/2003-Plenário<sup>13</sup>:

8. Sem entrar em considerações a respeito da possibilidade de as fiscalizações terem o caráter operacional, como previsto no art. 70 da Constituição Federal, nem também a respeito do princípio da eficiência, insculpido no art. 37, da Carta Magna, é certo que a administração pública, estando nela incluídas fundações, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, possui total autonomia na gestão de seus recursos materiais e pessoais, não podendo o Tribunal nela se imiscuir.<sup>14</sup>

Conquanto se reconheça essa identidade de limites relativamente à fiscalização compreendida pelo TCU nos entes da administração direta e indireta, parte significativa da atividade fiscalizatória do Tribunal nas sociedades de economia mista, em vista da preponderância da faceta empresarial de sua gestão, distingue-se por ter de se apoiar em princípios e normas relativos ao direito privado, comercial ou civil, e não ao direito público, notadamente o administrativo – observe-se que predomínio da gestão comercial não implica predomínio dos fins econômicos sobre os fins coletivos, conforme já desenvolvido.

Sendo a diferença tão-somente essa, e, considerando que o regime ao qual se submetem as empresas estatais não é o mesmo das empresas privadas, estando aquelas sujeitas a princípios constitucionais que regem toda administração pública, é possível inferir que possível comprometimento da sua competitividade decorre do próprio ordenamento jurídico, e não da atuação de *per se* da Corte de Contas.

Obviamente a Corte de Contas poderá prolatar deliberações que gerem reflexos na gestão empresarial de determinada sociedade de economia mista, mas, uma vez exaradas nos limites de sua competência constitucional e com observância à legislação que rege a matéria, não há que se falar em exorbitâncias. Trata-se de exercício de poder-dever.

Veja-se que o próprio Poder Judiciário, até mesmo por intermédio de juiz singular, também pode prolatar sentença que gere esses reflexos, não sendo levantado qualquer questionamento em relação aos “poderes” dados ao Poder Judiciário.

Finalmente, importa destacar que essas deliberações do TCU, por lhes faltar atualmente nota de definitividade de pronunciamento judicial, podem ser, e são, questionadas perante o Poder Judiciário, até mesmo diretamente no STF por meio de mandado de segurança, que poderá decidir em sentido contrário ao do TCU – e até mesmo de encontro aos interesses do Poder Executivo.

A ocorrência dessa situação também não significa que essas deliberações do TCU sejam fruto de exorbitâncias, pois, afinal, a interpretação da Constituição Federal e dos textos legais, além de caracterizar atividade típica do Poder Judiciário, é inerente à atividade do TCU<sup>15</sup>, não importando usurpação das atribuições dos demais Poderes da República.

## CONCLUSÃO

Este artigo, como se pôde perceber, não procurou trazer inovações ao que se observa na doutrina e na jurisprudência do TCU, mas fixar, como outros já o fizeram, e com maior aprofundamento, marcos – que temos como importantes – no estudo do controle externo das sociedades de economia mista.

Observou-se, inicialmente, que a Constituição Federal não faz distinção entre administração pública direta e indireta no que se refere à sujeição ao controle externo; no entanto, normativos infraconstitucionais, considerando a natureza híbrida das sociedades de economia mista, podem estabelecer regras específicas ou parâmetros atinentes ao controle externo, não podendo, todavia, veicular norma objetivando tornar ineficaz a fiscalização empreendida pelo TCU.

Verificou-se, ainda, que, em razão da gestão empresarial das sociedades de economia mista, parcela da fiscalização nelas empreendida pelo TCU tem de se apoiar em princípios e normas relativos ao direito privado, e não ao direito público, bem como que o possível comprometimento de sua competitividade decorre do próprio ordenamento jurídico, que impõe a essas entidades regime distinto do regime das empresas privadas, sujeitando-as a princípios constitucionais que regem toda administração pública.

Por fim, foi apontado que as deliberações do TCU podem gerar reflexos na gestão empresarial de sociedade de economia mista, tratando-se, uma vez exaradas nos limites de sua competência constitucional e com observância à legislação que rege a matéria, de exercício de poder-dever.

É importante deixar assente que a sujeição de toda administração pública à fiscalização do TCU, cujo regime jurídico, nas palavras do ministro do STF Carlos Britto, “é centralmente constitucional”<sup>16</sup>, deve ser compreendida como de interesse de toda a sociedade.

Aliás, não se observa no seio da sociedade civil movimentos organizados no sentido de afastar as sociedades de economia mista do âmbito fiscalizatório do TCU. Ao contrário, o que empiricamente se percebe é que interessa a todos a boa administração dessas empresas, estando isso refletido na explicação do ministro Carlos Velloso para o seu voto no julgamento do mandado de segurança nº 23.875:

Não devemos liberar da fiscalização do tribunal de Contas, incumbido pela Constituição de fiscalizar a boa aplicação desses dinheiros e dos bens públicos, centenas de empresas estatais, integrantes da administração indireta, que se espalham por esses brasis. E não serão somente as federais que vão se aproveitar da decisão. Serão, também, as estaduais e as municipais. E nós sabemos que muitas dessas entidades não cuidam bem do dinheiro e dos bens públicos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Demóstenes Tres. **Os tribunais de contas e o controle externo das empresas estatais.** In: **Interesse Público.** V.5. N.22, 2003.

ARGERICH, Eloísa Nair de Andrade. **O estado brasileiro e suas propostas de reforma: o futuro da gestão pública e a cidadania.** Obtida via internet. <http://www.unijui.tche.br/decon/ceema/mestradodesenvolvimento/Disserta%E7%F5es/Dis%20Eloisa%20Argerich.PDF>, 25/01/2006, 13h47min.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas.** In: **Fórum Administrativo – Dir. Público.** Belo Horizonte: ano 5, n. 47, p. 4933-4939, jan. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial.** 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração indireta brasileira: autarquia, concessionária, subconcessionária, permissionária, fundação pública, corporação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, autorização, atividade do particular.** 4ª. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DANTAS, Arsênio José da Costa. **O princípio constitucional do controle externo em face da autonomia privada das sociedades de economia mista.** In: **Revista do Tribunal de Contas da União,** v.35, n.99, p.21-31, jan./mar. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.** 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. **Controle de empresas estatais: uma proposta de mudança.** São Paulo: Saraiva, 1991.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública.** São Paulo: RT, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo.** 16ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional.** Brasília : São Paulo: Enap: Ed. 34, 1998.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Da reforma administrativa constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PESSOA, Robertônio Santos. **Empresas públicas à luz das recentes reformas (EC 19/98).** Obtida via internet. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=384>. 25/01/2006, 14h03min.

SARAIVA, Enrique. **Estado e empresas estatais, criação e crescimento. O papel das empresas estatais como instrumento de política pública.** Obtida via internet. [http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/dest/palestra\\_enrique\\_Saravia\\_estados.pdf](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/dest/palestra_enrique_Saravia_estados.pdf), 02/02/2006, 18h30min.

## NOTAS

- <sup>1</sup> denominada “Emenda da -Reforma do Estado”.
- <sup>2</sup> impetrados, respectivamente, pelo Banco do Brasil e pelo Banco do Brasil – Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, subsidiária do primeiro, contra atos do TCU decorrentes de fiscalizações nelas empreendidas.
- <sup>3</sup> Acórdãos pendentes de publicação.
- <sup>4</sup> Adiante é feita distinção entre as que intervêm na atividade econômica estrito senso e as que prestam serviços públicos.
- <sup>5</sup> De acordo com Pedro Paulo de Almeida Dutra, embora tenha sido criada em 1979, a Sest teve o período de 1980/1984 como fase de implantação e consolidação. (1991, p. 91)
- <sup>6</sup> Segundo o relatório, havia um processo de excessiva expansão da atividade econômica do Estado; as empresas tinham um grande peso na economia brasileira; suas decisões, quanto às origens dos recursos, estavam disseminadas em diferentes órgãos; não havia uma análise centralizada das utilizações e fontes de cada orçamento; cada empresa começava o ano com uma intenção determinada de despesas e com somente uma parte de recursos definidos; os orçamentos não eram consolidados. (DUTRA, 1991, p. 58)
- <sup>7</sup> Em consulta ao *site* do Ministério do Planejamento, constatamos no documento denominado “Estatais: Identificação do Papel e Expectativas no Novo Contexto de Desenvolvimento” a idéia de viabilização, por meio de regulamentação do art. 173 da CF, de um Padrão Mínimo de Gestão Eficiente – PMGE que associaria a eficiência das empresas estatais a seus resultados econômicos ([http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/dest/palestra\\_Pedro\\_Paulo.ppt#262,12](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/dest/palestra_Pedro_Paulo.ppt#262,12), Sugestões para “novo” Papel e Expectativas – Propulsora e Disseminadora das políticas públicas prioritárias)
- <sup>8</sup> art. 5º, LXXIII; art. 14; art. 37, *caput*, incisos II, XVII, XIX e XX; art. 49, inciso X; art. 52, VI; art. 54; art. 71 e incisos II, III e IV; art. 165, § 5º; art. 169, § 1º.
- <sup>9</sup> Vide no informativo nº 408 do STF o Mandado de Segurança nº 25092, cujo acórdão ainda não foi publicado.
- <sup>10</sup> O ministro do STF Carlos Ayres Britto aduz que tanto o Congresso Nacional quanto o Tribunal de Contas da União exercem a mesma **função** de controle externo, tendo, todavia, **competências** distintas. “As do Congresso Nacional estão arroladas nos incisos IX e X do art. 49 da Constituição, enquanto as do TCU são as que *desfilam pela comprida* passarela do art. 71 da mesma Carta Magna”. (2005, p. 4936)
- <sup>11</sup> Cf. conceito de Di Pietro. (2006, p. 114)
- <sup>12</sup> “art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.
- <sup>13</sup> No mesmo sentido a Decisão/TCU nº 576/1992 - Plenário.
- <sup>14</sup> Observe-se que, conforme o Manual de Auditoria de Natureza Operacional, mesmo a auditoria dessa natureza, que abrange duas modalidades: auditoria de desempenho operacional e avaliação de programa operacional, não objetiva qualquer imissão na gestão dos entes fiscalizados. O objetivo da auditoria de desempenho operacional é examinar a ação governamental quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, enquanto a avaliação de programa busca examinar a efetividade dos programas e projetos governamentais.
- <sup>15</sup> Verifique-se o teor da súmula 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.
- <sup>16</sup> (2005, p. 4937)

## CONTROLE SOCIAL E CIDADANIA PARTICIPATIVA



CONRADO WARGAS NETO

“Todo o poder de um homem sobre outro homem deve ser limitado. O poder ilimitado é contrário ao Direito.”<sup>1</sup> Karl Larenz.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE; 2. A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE REJEIÇÃO DE CONTAS; 2.1 CONTROLE JURISDICIONAL DAS DECISÕES DAS CORTES DE CONTAS; 2.2 IRREGULARIDADES INSANÁVEIS; 2.3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SÚMULA Nº 1 DO TSE; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

A importância dos Tribunais e Conselhos de Contas<sup>2</sup>, no que diz respeito ao exame e controle das contas de quem utiliza, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos mostra especial relevância quando da atuação dessas instituições resulta na inelegibilidade daqueles que tenham suas contas julgadas irregulares<sup>3</sup>.

Os Órgãos de Contas disponibilizam à Justiça Eleitoral relação contendo os nomes daqueles que tiveram suas contas julgadas irregulares. A Justiça Eleitoral declara a inelegibilidade do agente público<sup>4</sup> com base nas irregularidades insanáveis<sup>5</sup> indicadas na decisão irrecorrível<sup>6</sup> do Órgão Competente<sup>7</sup>.

A relevância da atuação das Cortes Contas nesses casos funda-se no controle e na prevenção da ocorrência de condutas impróprias à gestão da coisa pública<sup>8</sup>, já destacada pelo Ministro Celso de Mello (MS nº 1.308-9/RJ):

A essencialidade dessa instituição (...) foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da **indeclinabilidade da prestação de contas<sup>9</sup> da administração pública, direta e indireta (CF, art. 34, VII, d)** (...) Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na Administração Pública (...). (grifamos)

Um dos reflexos dessa competência em relação aos responsáveis com contas julgadas<sup>10</sup> irregulares, é a inelegibilidade. Essa previsão tem origem na regulamentação do art. 14, §9º da Constituição Federal<sup>11</sup>, com a edição da Lei Complementar nº 64/90, que dentre as inelegibilidades previstas encontra-se a do art. 1º, inciso I, alínea “g”<sup>12</sup>.

Para que possamos analisar essa hipótese de inelegibilidade, comentaremos alguns conceitos de Direito Eleitoral, a interpretação jurisprudencial da questão, em especial da Justiça Eleitoral, os limites de atuação das Cortes de Contas, os problemas hoje existentes para melhor efetividade da norma<sup>13</sup>, bem como a recente proposta apresentada pelo TSE de mudança do texto da referida alínea.

## 1. ELEGIBILIDADE E INELEGIBILIDADE

Ser **elegível** é ter o pleno o Direito Político<sup>14</sup> de ser votado, Direito Fundamental<sup>15</sup>, sendo, a um só tempo **direito** à elegibilidade e **dever** de bem representar os cidadãos.

Como bem asseverou Adriano Soares da Costa a elegibilidade (*ius honorum*) é um direito subjetivo de o cidadão poder concorrer a cargos públicos eletivos. Não é um estado indefinido de todos os brasileiros, já que a Constituição Federal estabeleceu requisitos mínimos, condições de elegibilidade<sup>16</sup>, essenciais para que alguém possa concorrer a um cargo eletivo, que se não atendidos podem levar ao indeferimento do registro aproximando-os de típicos casos de inelegibilidade. (COSTA, 2005)

Assim, o candidato além de preencher as condições de elegibilidade<sup>17</sup>, precisa ser indicado em convenção partidária, obter o registro da candidatura junto à Justiça Eleitoral que além verificar o atendimento das condições de elegibilidade poderá identificar outros impedimentos, de modo que, a inelegibilidade é a regra e a elegibilidade, a exceção. Pedro Henrique Távora Niess define que:

A inelegibilidade consiste no obstáculo posto pela Constituição Federal ou por lei complementar ao exercício da cidadania passiva, por certas pessoas, em razão de sua condição ou em face de certas circunstâncias. (NIESS, 1994, p. 23)

A inelegibilidade pode ser dividida em duas espécies: absolutas (art. 14, §§2º e 4º, CF/88) e relativas (art. 14, §§5º, 6º, 7º e 8º, CF/88). As absolutas independem de qualquer condição e as relativas dependem de condição resolutive (ROSAS, 1968, p. 42-47). As inelegibilidades são um impedimento de ordem pública destinado principalmente à moralização do voto e ao interesse social, salvaguardando o Estado e o povo ao impor a concretização do princípio da moralidade. Devemos frisar que qualquer inelegibilidade, fora das hipóteses constitucionais, deverá constar expressamente em lei complementar.

158

A inelegibilidade<sup>18</sup> é espécie do gênero da suspensão de direitos políticos e é sempre de caráter temporário, sendo vedada a cassação dos direitos políticos (Art. 15, *caput*, CF/88).

A inelegibilidade se justifica apenas após o Estado assegurar aos cidadãos o contraditório e a ampla defesa. Essa sanção tem caráter preventivo já que para ocupar um cargo eletivo, o cidadão interessado deve reunir condições essenciais para o exercício de uma função pública, que deve estar sempre protegida contra aqueles que tenham agido com improbidade ou contrariamente ao interesse público.

A inclusão do nome de responsáveis na 'Lista de Inelegíveis'<sup>19</sup> dos Órgãos de Contas não constitui, por si só, em inelegibilidade, pois a lista é meramente informativa<sup>20</sup>. Como as causas de inelegibilidade têm origem constitucional e afetam os direitos individuais dos cidadãos cabe à Justiça Eleitoral reconhecê-las de ofício<sup>21</sup> ou por meio de representação do Ministério Público Eleitoral, de Partidos Políticos, de coligações ou de candidatos.

Nesse contexto, a competência dos Tribunais e Conselhos de Contas em nada se assemelha a um juízo de mérito, no atinente à aplicação da sanção de inelegibilidade, que encontra foro próprio no âmbito da Justiça Eleitoral<sup>22</sup> por força do disposto no art. 2º da Lei Complementar nº 64/90<sup>23</sup>.

O prazo para argüição junto à Justiça Eleitoral das inelegibilidades versadas na lei complementar é limitado a 5 (cinco) dias da publicação do pedido de registro. Perdido

esse prazo, a questão estará preclusa e não poderá mais ser objeto de impugnação ou recurso de qualquer natureza, exceto quando se tratarem das hipóteses constitucionais que podem ser argüidas a qualquer tempo.

O prazo para a impugnação do registro<sup>24</sup>, por ser limitado, permite aos enquadrados nas hipóteses previstas na lei complementar, o registro de suas candidaturas<sup>25</sup>, mesmo que tenham contra si pairando uma inelegibilidade. Perdido o prazo, a inelegibilidade não poderá mais ser levantada, nem mesmo em fase posterior via recurso contra a diplomação (RCD). Assim, há sempre o risco de que alguém seja eleito, mesmo estando inelegível<sup>26</sup>.

Frise-se que o instituto da preclusão atinge apenas aquelas hipóteses de inelegibilidade previstas pela norma infraconstitucional não se operando em relação às hipóteses constantes da Constituição (art. 14, §3º ao §8º e art. 15)<sup>27</sup>.

Além disso, no caso da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas, encontramos outro fator limitador de sua eficácia, a interpretação dada pelo TSE à alínea “g”, ora comentada, e que culminou na Súmula do TSE nº 128.

## 2. A INELEGIBILIDADE DECORRENTE DE REJEIÇÃO DE CONTAS

Trata-se de uma hipótese de inelegibilidade decorrente de fatos que ocorrem fora do âmbito do Direito Eleitoral, valorando-o para efeitos de inelegibilidade, cuja aplicação não é imediata, dependendo da impugnação do pedido de registro de candidaturas.

O objetivo da norma é excluir a possibilidade de concorrerem a mandatos eletivos aqueles inaptos para o exercício de uma função pública, quer pelo dolo ou culpa com que lesaram o Estado, quer decorrente da inobservância dos princípios essenciais para o exercício da função pública.

A inelegibilidade ficará caracterizada caso sejam atendidos três requisitos: contas rejeitadas por irregularidade insanável, decisão irrecurável do órgão competente e que a decisão não esteja submetida ao crivo do Judiciário.

As Cortes de Contas, com base em suas Leis Orgânicas, estabelecem as situações em que as contas serão julgadas regulares, regulares com ressalvas, irregulares ou ilíquidáveis. O TCU, por exemplo, ao julgar as contas regulares com ressalvas, estará evidenciando que ocorreram impropriedades ou outras falhas formais que não resultaram em dano ao Erário. Já quando julga contas irregulares deverá comprovar quaisquer das seguintes situações: omissão no dever de prestar contas; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; ou desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos<sup>29</sup>.

As irregularidades previstas, portanto, podem ser adjetivadas de insanáveis, por serem irregularidades revestidas de tal gravidade que não se resolvem com o simples ajuste de conduta do responsável ou de gestão do órgão fiscalizado, levando inclusive à aplicação de multa prevista em lei<sup>30</sup>.

Já a competência para o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo, nas esferas federal, estadual ou municipal<sup>31</sup>, incumbe, com exclusividade ao Poder Legislativo

respectivo, cabendo aos Tribunais ou Conselhos de Contas apenas encaminhar parecer prévio opinativo a respeito do mérito das contas.

Destaque-se que se a Casa Legislativa protela demasiadamente o prazo para apreciação do parecer prévio encaminhado prevalece a decisão da Corte Contas<sup>32</sup>.

## 2.1 Controle jurisdicional das decisões das cortes de contas

É certo que a função jurisdicional atribuída ao Poder Judiciário é garantia do Estado Democrático de Direito e albergada no art. 5º, XXXV, da CF/88. Mesmo no caso de competências privativas, como a do Senado Federal para processar e julgar o Presidente da República e os Ministros do STF (art. 52, I e II), é possível o exame da legalidade, formal e material, sendo vedado ao Poder Judiciário o exame dos motivos do ato individual de votação de cada parlamentar.

Pontes de Miranda entendia excluído o acesso ao Poder Judiciário, em se tratando do julgamento das contas. Para ele as Cortes de Contas exerciam função jurisdicional exclusiva<sup>33</sup>.

Já no caso da apresentação de parecer prévio, o julgamento político-administrativo incumbe exclusivamente ao órgão legislativo<sup>34</sup>, que de igual modo deve observar o contraditório e a ampla defesa<sup>35</sup> sob pena de nulidade.

Após a decisão irrecorrível dos Órgãos de Contas o agente público poderá contestar a decisão na Justiça comum apenas quanto aos aspectos formais que culminaram na sua condenação<sup>36</sup>, sendo insuscetível de revisão o mérito da decisão<sup>37</sup>. Frise-se que esses posicionamentos não contrariam os princípios do livre acesso ao Judiciário e da inafastabilidade da jurisdição, tendo o próprio STF já decidido nesse sentido<sup>38</sup>.

Para que a ação proposta possa ter como consequência afastar a inelegibilidade, deve atender, em princípio, aos seguintes pressupostos: que ataque todos os fundamentos que embasaram a decisão ou o decreto que rejeitou as contas e que seja proposta em data anterior à data da impugnação do registro de candidatura<sup>39</sup>.

A jurisprudência do STF e do STJ<sup>40</sup>, bem como de boa parte da doutrina, indicam que o julgamento proferido pelas Cortes de Contas, ao apreciar as contas dos Chefes do Poder Executivo<sup>41</sup> reveste-se de uma jurisdição especial. Já ao julgar as contas dos demais agentes públicos (art. 71, inciso II, CF), tal competência é exclusiva.

Ressalte-se que no caso do julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo pela respectiva Casa Legislativa é necessária a expedição de um decreto legislativo para o aperfeiçoamento da decisão. Eventual omissão conduz à inexistência do ato<sup>42</sup> insuscetível de resultar em inelegibilidade. No caso do julgamento das contas realizado pelos legislativos municipais não basta cumprir a formalidade do quorum qualificado de 2/3 para deixar de prevalecer o parecer prévio opinativo do órgão de contas (art. 31, §2º, CF). A decisão do legislativo deve indicar quais foram os fundamentos utilizados para aprovar ou desaprovar as contas contrariamente à posição do parecer apresentado pelas Casas de Contas<sup>43</sup>.

Por outro lado, apesar da força que se revestem as decisões de contas, o Supremo Tribunal Federal não reconhece nas decisões das Cortes de Contas coisa julgada material. Segundo o Prof. Ruy Cirne Lima<sup>44</sup>:



Tem, portanto, entre nós, o Tribunal de Contas, 'jurisditio'; falta-lhe, porém competência para o 'judicium' e, 'a fortiori', competência para dá-lo e cometê-lo a outrem, porque estranha à sua função, naquele ou neste aspecto, a idéia de ação (em sentido material). (...).

Mesmo assim é preciso que o Judiciário dê aos julgados das Cortes de Contas e das Casas Legislativas a presunção de validade (regularidade)<sup>45</sup>, vez que a competência de julgar as contas dos administradores é originária da Constituição e exclusiva.

É preciso ressaltar que não defendemos a tese de que não cabe ao Judiciário avaliar a regularidade e a legalidade de atos do Governo e de seus agentes, mesmo quando tiverem suas contas julgadas pelos Órgãos de Contas, mas deixar claro que não cabe ao Judiciário alterar o mérito do julgamento das contas, podendo apenas adentrar na adequação formal do julgado.

## 2.2 Irregularidades insanáveis

Para que haja a inelegibilidade de um gestor público por contas julgadas irregulares é preciso que tal decisão indique a ocorrência de irregularidade insanável, compreendidas aquelas que mesmo sem haver prejuízo ao erário, atentem contra a moralidade<sup>46</sup> administrativa, a legalidade, a impessoalidade, a eficiência, a economicidade, a razoabilidade, a publicidade<sup>47</sup>, ou qualquer outro valor tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio<sup>48</sup>. A mera falha formal não pode ser traduzida como irregularidade insanável.

Em outras palavras a irregularidade insanável é aquela que não pode mais ser corrigida, é insuprível acarretando uma situação em que a administração não poderá reverter as conseqüências dos atos praticados. Por isso, quando uma irregularidade é insanável<sup>49</sup> é certo, mas não necessário, encontrarmos uma indicação de improbidade administrativa. Ou, nos termos do Ministro Luiz Carlos Madeira:

(...) a irregularidade insanável não supõe necessariamente ato de improbidade ou a irreparabilidade material. A insanabilidade pressupõe a prática de ato de má-fé, por motivação subalterna, contrária ao interesse público, marcado pela ocasião ou pela vantagem, pelo proveito ou benefício pessoal, mesmo que imaterial. (...) (TSE. Acórdão nº 23.565, 21.10.2004).

Normalmente a irregularidade é de direito material, prejudicial ao erário, determinada pessoalmente pelo agente público ou realizada com sua ciência ou anuência, com dolo ou culpa (art. 37, §6º, CF)<sup>50</sup>, podendo ser comissiva ou omissiva. A irregularidade insanável não fica descaracterizada por ser o prejuízo indenizável pelo responsável (CÂNDIDO, 1999, p. 185). Até mesmo a não observância de princípios<sup>51</sup> da administração pública pode ser uma causa de inelegibilidade insanável<sup>52</sup>.

De acordo com o entendimento jurisprudencial do TSE as premissas para indeferimento do registro de candidaturas com base no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90 podem ser examinadas pela Justiça Eleitoral quanto à natureza das irregularidades das contas para confirmar a existência de elementos que permitam aferir a respectiva insanabilidade<sup>53</sup>.

A Justiça Eleitoral também entende que é preciso que o órgão julgador faça clara referência à existência de irregularidade insanável ou nota de improbidade administrativa, demonstrando a preocupação de apoiar-se primeiro no posicionamento dos Órgãos de Contas antes de decidir pela insanabilidade das contas e a conseqüente inelegibilidade.

A nosso ver, quando as contas são julgadas irregulares, essas irregularidades podem, em regra, ser classificadas como insanáveis. Mesmo assim as Cortes de Contas não indicam essa característica à Justiça Eleitoral como forma de contribuir para análise dos pedidos de impugnação do registro de candidaturas pela Justiça Eleitoral, embora essa indicação seja possível<sup>54</sup>.

Verifica-se na jurisprudência eleitoral, em alguns casos, que o fato de as Cortes de Contas deixarem de qualificar claramente em suas decisões as irregularidades como insanáveis levam à não incidência sobre os agentes públicos da inelegibilidade prevista<sup>55</sup>.

Para reduzir o risco de haver conflito na interpretação dada pela Justiça Eleitoral e pelas Cortes de Contas do que venha a ser irregularidade insanável seria recomendável que as Cortes de Contas indicassem em suas decisões as irregularidades insanáveis e os fatos que caracterizassem a existência de improbidade administrativa.

### 2.3 Considerações sobre a súmula nº 1 do TSE

A Súmula nº 1 do TSE interpreta o art. 1º, I, g, da LC 64/90 e assegura aos candidatos o direito de submeterem ao Poder Judiciário os motivos que levaram as Cortes de Contas a rejeitarem as suas contas, a fim de que o órgão jurisdicional declare ou não a procedência da rejeição<sup>56</sup>.

Para afastar, suspender a sanção de inelegibilidade, ao interessado resta o recurso ao judiciário ou buscar junto à Justiça Eleitoral a defesa de que as irregularidades atribuídas a ele são sanáveis sem nota de improbidade administrativa.

Segundo a jurisprudência eleitoral preponderante, para afastar a inelegibilidade é suficiente estar em juízo<sup>57</sup>. Tal entendimento retira das decisões de contas a presunção de legalidade e legitimidade<sup>58</sup> e confere presunção de veracidade a quem alega antes de apreciar provas e a fundamentação legal<sup>59</sup>.

Essa orientação jurisprudencial beneficia o mau gestor, permitindo ao interessado apresentar qualquer argumento, já que não depende para a suspensão da inelegibilidade de apreciação preliminar da Justiça, dando abertura para verdadeiros absurdos.

Uma tática muito usada pelos candidatos é esperar o máximo possível para dar entrada em uma ação desconstitutiva<sup>60</sup>, anos após a decisão objeto de impugnação, muitas vezes em data próxima a das eleições<sup>61</sup>.

Nesse contexto, justifica-se a opinião de Ademar Silveira Palma Júnior<sup>62</sup>, com a qual comungamos, que tal interpretação apresenta-se ofensiva aos princípios constitucionais da igualdade e da moralidade. É necessária a expedição, no mínimo, de uma decisão de caráter liminar, a fim de justificar a referida suspensão da inelegibilidade. Esse entendimento também se justifica uma vez que não cabe à Justiça Eleitoral a apreciação de aspectos ligados à rejeição das contas quando esta esteja sob o crivo do Judiciário<sup>63</sup>.

A interpretação dada é contrária à exigência da sociedade de cobrar moralidade dos candidatos e privilegia um segmento específico de pessoas ferindo os interesses sociais e coletivos aumentando o risco de não serem escolhidos os melhores candidatos para ocuparem os cargos eletivos.

O entendimento não levou em consideração que as decisões de contas decorrem de uma competência constitucional, sujeita a recursos e a amplo contraditório e defesa, cuja solução se dá por meio de um ato típico de jurisdição. O Ministro Costa Porto do TSE até mesmo já opinou que “Poucas vezes vi um preceito legal tão mal concebido, quanto essa letra ‘g’. [...]” (Rev. TSE, 4-4/310-311).

Para que haja a correta observância dos princípios do livre acesso ao Judiciário e da inafastabilidade da jurisdição, como também a adequada valoração das decisões das Cortes de Contas, é preciso que o Judiciário ao menos se manifeste preliminarmente quanto às matérias colocadas sob sua apreciação concedendo claramente efeito suspensivo às referidas decisões, momento em que ao menos examinará se o pedido está adequadamente fundamentado, se há viabilidade jurídica e se as partes são legítimas<sup>64</sup>.

A interpretação adotada pelo TSE enquadra-se perfeitamente à afirmação do professor Álvaro Rocha de que: “Para o jurista, a discussão da lei está encerrada na sua interpretação, freqüentemente nos moldes da interpretação exegética, bíblica, como se ainda se tratasse de interpretar as Sagradas escrituras, consideradas a palavra de Deus.”<sup>65</sup>

Com isso, aumentou-se a probabilidade de que sejam eleitas pessoas incompatíveis ou mesmo nocivas para a Administração Pública, alimentando a insatisfação da sociedade com a política e as instituições.

Por outro lado, existem iniciativas tentando mudar esse quadro como, por exemplo, os quatro anteprojetos de lei apresentados pelo Ministro do TSE Carlos Velloso em 21 de novembro de 2005, aos Presidentes do Senado, Renan Calheiros, da Câmara, Aldo Rebelo e ao Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, com propostas de mudança na legislação eleitoral com objetivo de alterar conceitos de crime, aumentar punições e mudar o rito de processos para reduzir a impunidade.

Os projetos apresentados, em tramitação no Senado Federal, dispõem sobre crimes eleitorais e seus respectivos processos (PLS 389); crimes e procedimentos relativos a inelegibilidades e o sistema de prestação de contas eleitorais (**PLS 390**); prestação de contas de candidatos a cargos eletivos (PLS 391) e incentivos fiscais às doações para candidatos e Partidos Políticos (PLS 392)<sup>66</sup>.

O pacote foi elaborado por uma comissão de especialistas em direito eleitoral criada pelo TSE em julho de 2005<sup>67</sup>, após o surgimento da crise política do “mensalão” e do caixa-dois.

Dentre os projetos apresentados destacamos o anteprojeto de lei complementar **PLS 390/2005** que altera a Lei Complementar nº 64 de 1990, nos seguintes dispositivos: dá novas redações para as alíneas “d”, “e”, “g”<sup>68</sup> e “h” do inciso I do art. 1º, o inciso XIV do art. 22, introduz a alínea “j” no inciso I do art. 1º e revoga o inciso XV do art. 22.

Segundo a exposição de motivos apresentada “a proposta visa dar eficácia máxima ao disposto no art. 14, §9º da Constituição, que estabeleceu o **direito coletivo** à lisura dos pleitos eleitorais e dos mandatos.”. (grifo nosso)

Merece especial destaque a alteração proposta da redação da alínea “g”:

“g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável do órgão competente, para as eleições que se realizarem nos cinco anos seguintes, contados da data da decisão, salvo se, em ação proposta contra a decisão que rejeitou as contas, o candidato **obtiver provimento judicial, ainda que provisório, em data anterior à sua escolha em convenção;**”(grifamos)

Segundo a justificativa apresentada, a alteração visa tornar mais efetiva a inelegibilidade decorrente da rejeição de contas, ao estabelecer que, na hipótese tratada, somente o provimento judicial, ainda que provisório, em data anterior à escolha do candidato em convenção poderia sustar a inelegibilidade, em lugar de uma **mera submissão da questão ao Judiciário**, como hoje é estabelecido.

A alteração é plenamente pertinente já que, se aprovada, resolveria o problema da interpretação dada pela Súmula nº 1 do TSE à alínea “g”, bem como ampliaria o prazo antes das eleições para que, proposta ação desconstitutiva das decisões de contas, esta tivesse o condão de suspender a inelegibilidade e, o mais importante, exigirá para isso o provimento parcial da Justiça sobre a questão<sup>69</sup>.

Outra alteração relevante refere-se à inclusão da alínea “j” ao texto do inciso I, do art. 1º<sup>70</sup>, de modo que as sanções previstas não mais ficariam condicionadas ao trânsito em julgado<sup>71</sup> das sentenças, mas à decisão de segunda instância, o que de pronto preveniria manobras protelatórias ou metajurídicas que findam por obstaculizar a eficácia da norma<sup>72</sup>.

Outras propostas já foram apresentadas no Congresso Nacional, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, com o objetivo de alterar especificamente a alínea “g” em tela, mas nenhuma proposta logrou êxito até hoje, sendo que algumas tramitam há mais de 10 anos<sup>73</sup>.

Em regra, as justificativas apresentadas pelos parlamentares fundam-se na ineficácia da norma e de que a ressalva teve inspiração no mais **notório casuismo**<sup>74</sup>.

No entanto, em vista da atual jurisprudência do TSE, a proposta apresentada pela comissão de notáveis do TSE apresenta-se mais adequada já que deixa claro que não é possível a suspensão dos efeitos das decisões de contas sem um pronunciamento prévio da Justiça.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise realizada verifica-se que, apesar da importância dos princípios constitucionais da moralidade e da probidade administrativa, protegidos pela hipótese de inelegibilidade estudada, a eficácia do art. 1º, I, “g” da LC 64/90 é limitada.

Para que seja garantida a correta aplicação da norma é necessário contarmos com a especial atenção do Ministério Público Eleitoral e da Justiça Eleitoral, quando da análise dos pedidos de registro de candidatos, para que avaliem cuidadosamente as condições de elegibilidade dos candidatos. Essa atuação é garantia do Estado Democrático de Direito e de defesa da coletividade ante o risco do acesso de pessoas que não detenham condições para assumir um *múnus publico*.

O mal provocado por um administrador público desleal e ímprobo que leve à má utilização de verbas públicas retira da população o acesso a direitos constitucionais básicos como a saúde e educação, acabando por fragilizar a própria democracia.

Contra isso já se manifestou Jacques Génèreux, em *O Horror Político – O horror não é econômico*, 4ª edição. Bertrand Brasil, p. 123<sup>75</sup>:

(...) a fraude e o delito do poder político são mais graves do que o delito e o roubo particulares. O ladrão só causa prejuízo a suas vítimas diretas, só mancha sua própria honra. Quanto ao político desonesto, ele não é responsável apenas pelos danos diretos infringidos a seus governados. Ele corrói a credibilidade geral do poder perante os cidadãos, alimenta a propaganda da extrema direita; atenta contra a democracia, contra a sociedade como um todo. Enfim, o mínimo que se pode fazer, quando um eleito é declarado culpado de corrupção, de desvio de bens sociais ou de malversação do dinheiro público, é declará-lo inelegível pelo resto da vida.

A ressalva da alínea “g” do inciso I, art. 1º da LC 64/90, reduz sobremaneira a eficácia da norma, desvaloriza a atuação das Cortes de Contas e permite o acesso a cargos públicos eletivos de maus gestores. Tal ressalva diminui o preceito moralizador disposto na legislação complementar.

Mesmo que a ação para desconstituir a decisão que desaprovou contas seja julgada improcedente<sup>76</sup>, reconhecendo o Poder Judiciário o acerto da decisão do Órgão de Fiscalização, ou da Câmara, ou Assembléia Legislativa, se o administrador que praticou gravíssimas irregularidades no exercício do mandato, impetrar nova ação, com outro nome e argumentos (podem ser até os mesmos), poderá se reeleger ou se candidatar a outro cargo e, claro, ser mantido no cargo atual<sup>77</sup>.

Somado a isso nos deparamos também com a manifesta morosidade do Poder Judiciário, o que impede o exame tempestivo de ações judiciais muitas vezes intentadas de má-fé por agentes públicos autores de irregularidades insanáveis, com o objetivo de apenas escapar à cominação de inelegibilidade.

Essa situação não pode mais ser mantida, sob pena de se comprometerem seriamente os princípios da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, acolhidos no §9º, do art. 14, da Constituição Federal. Não se pode admitir que uma simples petição protocolada pelo candidato na Justiça Comum, através da qual se insurge contra a desaprovação de suas contas, subtraia a credibilidade da manifestação dos Tribunais ou Conselhos de Contas e dos Órgãos Legislativos.

Após a ocorrência dos escândalos que resultaram na criação das CPLs na Câmara e no Senado Federal foi apresentada proposta ao Congresso Nacional de alteração do art. 1º, I, g. A iniciativa foi da Comissão criada pelo TSE em 2005 e propõe alterar o texto da LC 64/90 com objetivo de garantir a efetividade da presente hipótese de inelegibilidade.

No entanto, como já comentado, inúmeras outras propostas tramitam no Congresso, outras até já foram arquivadas, tendo o mesmo objetivo, inclusive prevendo um aumento do prazo de inelegibilidade para até 30 anos<sup>78</sup> e outras alterando o prazo de preclusão para a impugnação do registro de candidaturas, o que seria razoável e traria melhorias na efetividade da LC 64/90 e possibilitaria melhor atuação do Ministério Público Eleitoral – MPE. Outra prevê um prazo prescricional para que os interessados questionem a regularidade das decisões dos Órgãos de Contas, prazo que, se não observado não resultaria na suspensão da inelegibilidade.

Independente de quais alterações venham a ser aprovadas pelo legislativo impende que sejam mantidos longe dos cargos eletivos os agentes comprovadamente incompatíveis

para o exercício de uma função pública. A sociedade está farta da impunidade fundada em ações corporativas<sup>79</sup>. Hoje a sociedade brasileira está em posição de impotência em face da inexistência de resultados das ações de controle e repressão dos abusos dos agentes públicos, em especial dos políticos.

Devemos sempre lembrar que a especificação dos direitos e garantias expressos na Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota<sup>80</sup>. Na questão estudada, encontramos dois valores, igualmente importantes e que devem ser respeitados, o interesse da sociedade em eleições limpas, no primado da ética na política e na idoneidade dos responsáveis pela gestão pública, e, o direito político dos cidadãos de serem votados e buscarem o exercício de uma função pública. Ver representantes que deveriam ser os primeiros a cumprir os princípios jurídicos abraçados por nossa sociedade obter vantagens com o sacrifício da coletividade é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

A crítica à ressalva da alínea “g” encontra amparo em inúmeros doutrinadores e juristas, dos quais podemos destacar o ex-Ministro do TSE Torquato Jardim:

A ressalva de exclusão deve ser declarada inconstitucional. No sistema da separação de poderes, à distribuição das tarefas específicas correspondem duas ordens: uma de exclusividade, fora do controle de qualquer outro poder, donde a independência; outra de controle recíproco nos pontos essenciais à eficácia do próprio princípio, donde a harmonia.<sup>81</sup>

Espera-se, portanto, que a proposta de lei complementar PLS nº 390/2005 caso aprovada, independente de existirem outras propostas em tramitação, solucione, em parte, a ineficácia da presente hipótese de inelegibilidade.

166

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. *Natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas*. São Luís: [s.n.], 2003.

BOTELHO, Cristina Ossipe Martins. **A Teoria das Inelegibilidades no Direito Constitucional Brasileiro**. Brasília-DF, 1999. Monografia. Curso de Mestrado em Direito do Estado. Universidade de Brasília – UnB, Faculdade de Direito.

\_\_\_\_\_. **Considerações acerca das inelegibilidades**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Recife. v. 6, nº 14 – jul/dez 2001, p. 171-208.

BRASIL. Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral. Temas Selecionados. **Inelegibilidade/Reeleição**. 2004. Secretaria de Documentação e Informação do TSE.

BRITO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Cadernos de Soluções Constitucionais 1. Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas. Malheiros. p. 21-31.

CÂNDIDO, Joel J. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. Edições Profissionais Ltda., 1999.

CASTRO, Édson de Resende. **Teoria e Prática do Direito Eleitoral**. Ed. Mandamentos, 2004.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. **Os Tribunais de Contas e sua Jurisdição**. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA/BH, ano 5, n. 52, p.5649-5655, jun. 2005.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Improbidade Administrativa**. BDM – Boletim de Direito Municipal – Agosto/2005. p. 603-612.

COSTA, Adriano Soares da. **Inelegibilidade e Inabilitação no Direito Eleitoral**. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n.37, dez/1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1518> . Acesso em: 01 mar. 2005.

\_\_\_\_\_. **Elegibilidade e Inelegibilidade**. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n.72.

COSTA, José Rubens. Hipóteses de Inelegibilidade Previsão Constitucional e Infraconstitucional Expressas. Boletim de Direito Municipal, n° 6, Junho-2004, Editora NDJ Ltda.

\_\_\_\_\_. Controle Jurisdicional dos Atos Decisórios dos Tribunais de Contas, BDA – Boletim de Direito Administrativo. Junho 1996.

\_\_\_\_\_. Prestação de Contas dos Governos Municipais, Elegibilidade/Inelegibilidade. BDM – Boletim de Direito Municipal – Junho 97, p. 315-333.

COSTA, Tito. **Inelegibilidade decorrente de contas rejeitadas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, n° 94, nov-dez/99.

DALLARI, Adilson Abreu. **A Responsabilidade do Agente Político**. BDM – Boletim de Direito Municipal – Fevereiro/2005. p. 112-117.

FERNANDES, Bruno Lacerda Bezerra. **Tribunal de Contas da União: Julgamento e Execução**. Campinas: Edicamp, 2002.

FERNANDES, Flávio Sátiro. **Prestação de contas – instrumento de transparência da Administração**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 32, n.127, jul/set 1995.

\_\_\_\_\_. **Improbidade Administrativa**. Revista de Informação Legislativa. Brasília. a. 34, n. 136, out/dez 1997.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil, Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte : Editora Fórum. 2003.

\_\_\_\_\_. **Inelegibilidade e Contas Públicas**. Boletim de Direito Municipal, Dezembro/2003, Editora NDJ Ltda.

FERRAZ, Luciano. **Due Process of Law e Parecer Prévio das Cortes de Contas**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n° 9, dezembro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20.10.2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Improbidade Administrativa**. BDM – Boletim de Direito Municipal – Fevereiro/2005. p. 94-102.

- FIGUEIREDO, Pedro Ângelo. **A Improbidade Administrativa e os Tribunais de Contas**. Revista do Tribunal de Contas da União, v. 30, n. 80, abr/jun 1999.
- FONSECA, José Arnaldo da. **Uma Proposta de Inelegibilidade**. Revista da Procuradoria-Geral da República. Revista dos Tribunais. n° 6, jul/dez – 1994.
- FREITAS, Juarez. **Do Princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação**. Revista de Informação Legislativa. a. 33, n. 129, jan/mar. 1996.
- GODOY, Celso Martins de. **Perda e suspensão dos direitos políticos**. Jus Navigandi, Teresina, a.4, n.42, jun 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrinas/texto.asp?id=1516>, Acesso em: 27. nov. 2005.
- GRACIE, Ellen. **Agente Administrativo – Rejeição de Contas pelo TCU, condições de Inelegibilidade**. Boletim de Direito Municipal, n° 7, 2004, Editora NDJ Ltda.
- HERKENHOFF, João Batista. **Inelegibilidades**. Jus Vigilantibus, Vitória, 21.ago.2005. Disponível em: [http://jusvi.com/doutrinas\\_e\\_pecas/ver/16842](http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/16842), Acesso em: 27.nov.2005
- LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. **O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário**. Fórum Administrativo – Dir. Público – FA, Belo Horizonte, ano 5, n. 53 p. 5804-5811, jul. 2005.
- LINS, Newton. **Reforma Eleitoral e Partidária e não Política**. Entrevista. Revista Consulex, n° 210, Ano IX, 15 de outubro de 2005.
- MARANHÃO, Jarbas. **Tribunal de Contas e Poder Judiciário**. Revista de Informação Legislativa. a.27, n. 107, jul/set – 1990.
- MEIRA, José de Castro. **Agentes Públicos e Agentes Políticos**. Boletim de Direito Municipal – Agosto/1997. p. 433-437.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 22ª edição, 1997, Editores Malheiros.
- MELO, Frederico Jorge Gouveia de; Jardim, Rudolf Nebl. **Rejeição de Contas x Capacidade Eleitoral Passiva: Efeitos das Decisões dos Tribunais de Contas**. Trabalho apresentado no III Simpósio Técnico do Instituto Ruy Barbosa, Florianópolis, de 5 a 7 de maio de 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. 2001, Editores Malheiros.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos significados na Ordem Constitucional**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 10, janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/10/2005.
- MODESTO, Paulo. **Controle Jurídico do Comportamento Ético da Administração Pública no Brasil**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n° 13, abril-maio, 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 20/10/2005.



NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos políticos: condições de elegibilidade e inelegibilidades*. São Paulo : Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. A inelegibilidade dos dirigentes de empresas de crédito, financiamento ou seguro, objeto de processo de liquidação (LC nº 64/90, art. 1º, I, letra i). *Revista do Advogado*. Ano XXIV, outubro de 2004, nº 79, p. 94-101.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. **Improbidade Administrativa: Alguns Aspectos Controvertidos**. BDM – Boletim de Direito Administrativo – Fevereiro/2005. p.118-139.

NUNES JÚNIOR, Armando Teixeira. **Direito e Poder**. *Revista de Informação Legislativa*. a. 33, n.132, out/dez – 1996.

PALMA JÚNIOR, Ademar Silveira. **Inconstitucionalidade da Súmula nº 1 do TSE**. Boletim de Direito Municipal, nº 7, 2004, Editora NDJ Ltda.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Os Tribunais de Contas e os casos de Inelegibilidade**. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*, nº 24, T-1: 35-41, 1998.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do Voto**. Brasília : Editora Universidade de Brasília. 2000.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Inalistabilidade, Inelegibilidade e Inabilitação**. L&C nº 32, fev. 2001. p. 41-44.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Judiciário e política: uma abordagem em sociologia do direito**. *Estudos Jurídicos*. vol. 36, nº 27. 2003. p. 93-123.

ROLLO, Alberto e BRAGA, Enir. **Inelegibilidade à luz da jurisprudência**. Fiúza Editores – 2ª edição. 2000.

ROSAS, Roberto. **Dos Direitos Políticos**. *Revista de Informação Legislativa*. out/dez – 1968. p. 44-52.

SANTANA, Izaias José de. **Julgamento pelo Tribunal de Contas x Inelegibilidade**. Boletim de Direito Administrativo Municipal – outubro/2003. p. 701-705.

SANTOS, Antônio Augusto Mayer dos. **Súmula Nº 1 do Tribunal Superior Eleitoral e Suspensão de Inelegibilidade**. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. 1997. volumes 180 a 185.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Malheiros. 11ª edição, 1996.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **A natureza jurídica do Tribunal de Contas da União**. *Revista de Informação Legislativa*. a. 33, n.132, out/dez – 1996.

SOUSA, Alfredo José de. et al. **O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte : Fórum, 2005.

STAHNKE, Oscar Breno. **A Inelegibilidade decorrente de rejeição de contas pressupõe o exercício do amplo direito de defesa**. *Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais – TCMG*, v.21, n.4, out/dez. 1996. p. 93-106.

VELLOSO, Carlos Mário. **Reforma Eleitoral e Partidária**. Entrevista. Revista Consulex, nº 218, Ano X, 15 de janeiro de 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Políticos: perda, suspensão e controle jurisdicional**. Revista de Informação Legislativa. a. 31, n.123, jul/set – 1994.

## NOTAS

- <sup>1</sup> LARENZ, Karl. Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica, 1993, p. 150.  
(\*) Analista de Finanças e Controle Externo do TCU, Analista de Sistemas pela Faculdade Católica de Brasília e aluno de Graduação de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal – UniDF.
- <sup>2</sup> “Os órgãos de controle do Mundo, acompanhando o processo evolutivo, têm passado por diferentes fases, deixando de ter como foco o controle das finanças do Rei e passando a ser instrumento de cidadania”, Carlos Pinna de Assis in O Novo Tribunal de Contas, Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 2005, p. 9.
- <sup>3</sup> BRASIL. Lei nº 8.443/92 (LOTUCU). art. 16. As contas serão julgadas: [...] III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.
- <sup>4</sup> “[...] é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público, ainda que o façam de forma ocasional ou episodicamente. [...] Quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita, é um agente público.”. (MELLO, 2001)
- <sup>5</sup> “[...] é aquela que, cometida, definitivamente não pode mais ser corrigida. Ela é insuprível e acarreta uma situação de irreversibilidade na administração pública e seus interesses, além de se caracterizar como improbidade administrativa.”. (CÂNDIDO, 1999, p. 185).
- <sup>6</sup> “A decisão irrecurável, judicial ou administrativa, é aquela que tem caráter definitivo, não comportando mais nenhum recurso.” (COSTA, Tito, 2005).
- <sup>7</sup> São os Tribunais ou Conselhos de Contas, mas no caso das contas dos Chefes do Poder Executivo cabe às Casas Legislativas de cada esfera federativa a responsabilidade pelo julgamento das contas.
- <sup>8</sup> O Min. Aliomar Baleeiro, já se posicionou afirmando que: “[...] O regime democrático é o da responsabilidade dos agentes ou titulares dos três Poderes perante os concidadãos, que têm o direito a acesso às fontes de informação sobre os negócios públicos.” RTJ 50:249. É o mesmo pensamento de Geraldo Ataliba quando afirmou que o sistema republicano é incompatível com a irresponsabilidade de quem exerce prerrogativas públicas.
- <sup>9</sup> “Não se trata mais de alfarrábios recheados de números e de tabelas a serem conferidos. Em nossos dias, a prestação de contas do setor público tem sido norteada por um novo paradigma, sintetizado no conceito anglo-saxão de accountability, que em seus vários matizes, inclui a prestação de contas da gestão pública à sociedade, vinculada à responsabilização dos administradores, em caso de violação do dever público.” (MOTTA, Adylson in O Novo Tribunal de Contas, Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais, 2005, p. 12).
- <sup>10</sup> Os julgamentos dos Tribunais e Conselhos de Contas não se caracterizam pelo seu impulso externo (embora possa ocorrer por meio de representações, art. 237, RITCU e denúncias, art. 74, §2º, CF. Não é obrigatória a participação de advogados, inexistente a figura de litigantes (art. 5º, LV, CF) e o devido processo legal se dá por meio do contraditório e da ampla defesa. No caso do TCU é possível a apresentação de informações complementares ou novos elementos pelo responsável enquanto o processo de contas estiver em análise na unidade técnica instrutiva (art. 160, §1º, RITCU). Apresentar memoriais ao Relator após colocado em pauta para julgamento (art. 160 §3º, RITCU), agravar decisões interlocutórias (art. 280, RITCU), pedir vistas (arts. 163 a 167, RITCU), além da possibilidade do responsável ou seu representante realizarem sustentação oral (art. 168, RITCU) e interpor recursos previstos em sua lei orgânica (arts. 31 a 35 e 48, LOTUCU).

- <sup>11</sup> Brasil. Constituição Federal, de 5.10.1988, redação dada pela EC de Revisão nº 4 de 1994. Dispõe que: “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e pelo voto secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”
- <sup>12</sup> Brasil. Lei Complementar nº 64, de 18.8.1990. Diário Oficial da União, 21.5.1990, Seção 1, p.9591. Dispôs que: “Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: [...] g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”;
- <sup>13</sup> Essa dificuldade em se ver maior efetividade na aplicação da inelegibilidade pode ser constatada até em relação a outras hipóteses de inelegibilidade conforme levantamento do jornal **O GLOBO** de 5/9/2004, dando conta de que 20% dos candidatos às eleições municipais do Rio de Janeiro (40% na Baixada Fluminense!) respondiam a processos, alguns por crimes graves, como homicídio e tráfico de drogas, sensibilizou a opinião pública, que passou a exigir uma tomada de posição, do Judiciário e do Legislativo, no sentido de pôr termo a essa situação esdrúxula. Ante o fato, o Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio de Janeiro (TRE-RJ), Desembargador **Marcus Faver**, alegando que a Constituição estabelecia o princípio da moralidade como requisito à candidatura, anunciou que impugnaria todos. Como o Direito brasileiro, corretamente, consagra a presunção de inocência até prova em contrário, ou seja, até que o indiciado seja declarado definitivamente culpado o que provocou um recuo, tendo o Presidente do TRE fluminense divulgado uma lista com somente três candidatos impugnados por processos criminais. E desistiu de divulgar os demais nomes, responsabilizando os partidos políticos pelo lançamento de candidatos processados criminalmente. E exortando o Legislativo a estabelecer novas e necessárias vedações, que, obviamente, não são penas criminais.
- <sup>14</sup> Os Direitos Políticos encontram-se no Capítulo IV do Título II da Constituição Federal, dos Direitos e Garantias Fundamentais que engloba os direitos individuais, coletivos, sociais, à nacionalidade e políticos.
- <sup>15</sup> “A clássica concepção da matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.”. (MENDES, 2002).
- <sup>16</sup> BRASIL. Constituição Federal. Art. 14. [...] §3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.
- <sup>17</sup> Por se tratar de matéria de interesse público a sua apreciação dispensa a provocação de qualquer interessado.
- <sup>18</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Respe. nº. 12.521. de 13.2.86, Consulta nº. 7.613-DF; STF, RTJ 1:884. “As hipóteses de inelegibilidade são restritas aos casos previstos na Constituição e não se admite interpretação legislativa ou jurisprudencial, ampliativa, senão restritiva”.
- <sup>19</sup> BRASIL. Lei nº. 8.443/92 (LOTUCU): “Art. 91. Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea “g” e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.”
- Os Tribunais e Conselhos de Contas devem enviar até o dia 5 de julho, a relação de nomes dos agentes públicos com contas julgadas irregulares por vícios insanáveis, atendendo ao art. 11, §5º da Lei nº 9.504/97.

- <sup>20</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução no 21.563, de 18.11.2003 . Consulta nº 940 . Classe 5a/DF (Brasília). Consulta. Rejeição de contas pelo TCU. Inelegibilidade. [...] b) A rejeição de contas pelo TCU pode ser causa de inelegibilidade; no entanto, a inclusão do nome do administrador público na lista remetida à Justiça Eleitoral não gera inelegibilidade, pois se trata de procedimento meramente informativo.
- No mesmo sentido: BRASIL. TCU. TC-299.035/1990-5. Acórdão nº 9/97. rel. Min. Bento Bugarin, 29/1/1997.
- <sup>21</sup> Exceto quanto à inelegibilidade prevista no art. 1º, I, d, e no art. 22 da LC 64/90, decorrente de abuso de poder econômico, abuso de poder político ou uso indevido de veículos ou meios de comunicação.
- <sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº. 22.087-2. rel. Min. Carlos Velloso.
- <sup>23</sup> BRASIL. Lei Complementar nº. 64/90: “Art. 2º - Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir arguições de inelegibilidade.”
- <sup>24</sup> “O objeto da impugnação é a arguição de inelegibilidade, seja pela ausência de condições de elegibilidade, seja pela incidência de causa de inelegibilidade.” (RESENDE, 2004, p. 182).
- <sup>25</sup> BRASIL. TRE/CE. Acórdão nº. 968, de 18.11.97 - AI - Classe 2a/CE. Recurso contra a diplomação. Inelegibilidade decorrente de rejeição de contas. LC no 64/90, art. 1o, I, g. Ausência de alegação por ocasião do registro da candidatura. Preclusão. [...].
- <sup>26</sup> Essa proteção ao direito fundamental dos cidadãos (direito político de ser votado) se contrapõe ao interesse da coletividade de buscar aqueles cidadãos que reúnam os requisitos mínimos para o exercício de um cargo público eletivo, em especial, de moralidade e de probidade administrativa, expressamente protegidos pela Constituição no art. 14, §9º e em outros pontos da Carta como no art. 37.
- <sup>27</sup> BRASIL. Código Eleitoral: “art. 259. São preclusivos os prazos para interposição de recurso, salvo quando neste se discutir matéria constitucional. [...] Parágrafo único. O recurso em que se discutir matéria constitucional não poderá ser interposto fora do prazo. Perdido o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser interposto.”
- <sup>28</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Súmula nº. 1 : “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade.” (Lei Complementar no 64/90, art. 1º, I, g), Publicada no DJ de 23, 24 e 25/9/92.
- <sup>29</sup> BRASIL. Lei nº. 8.443/92. Art. 16.
- <sup>30</sup> BRASIL. Lei nº. 8.443/92. art. 58. A multa é aplicada independentemente de dano ou de ressarcimento do dano ou ajuste das condutas irregulares.
- <sup>31</sup> Na esfera municipal (art. 31, §2º da CF) a Câmara de Vereadores só poderá deixar de acompanhar o parecer prévio do Tribunal ou Conselho de Contas sobre as contas do prefeito, mediante decisão de 2/3 dos seus membros. Nas demais esferas não há previsão de quorum qualificado, podendo as Casas Legislativas por maioria simples, acatar ou não o parecer prévio apresentado.
- <sup>32</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. 17.409. 28.9.2000, rel. Costa Porto. “Abusiva protelação do exame das decisões da Corte de Contas. Tornam-se válidas para a declaração de inelegibilidade. No caso das contas do Presidente da República o último parecer pela irregularidade data de 1936, estando as contas dos exercícios de 1992 até hoje pendentes de apreciação pelo Congresso Nacional.”
- <sup>33</sup> Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, ed. Rev. RT, 1970, p. 254 apud José Rubens Costa, Controle Jurisdicional dos Atos Decisórios dos Tribunais de Contas, BDA, junho 96, pp. 351/354.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº. 22.658-7. Rel. Sepúlveda Pertence, de 10/9/97: “Pode o Judiciário sobrepor-se ao Tribunal de Contas, quando contra este impetrado o mandato, mas não, como dito, substituí-lo em sua competência constitucional.”.
- <sup>34</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdãos nºs. 11.284, 11.438 e 11.328.
- <sup>35</sup> Essa necessidade de observância do contraditório e da ampla defesa se justifica mesmo considerando que os julgamentos dos legislativos se dão por um critério subjetivo de conveniência e oportunidade. (BRITO, O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas, p. 21-31).
- <sup>36</sup> “O aspecto da legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O de mérito não”, Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo apud Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunal de Contas do Brasil, jurisdição e competência. Belo Horizonte : Editora Fórum. 2003.

- <sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 7.280 – 1960. rel. Henrique Dávila. 20.7.1960. “Não se conhece do mandado de segurança contra ato do Tribunal de Contas que, ao julgar prestação de contas, apura o alcance do responsável pelo dinheiro público, porque tal ato é insuscetível de revisão na via judicial, exceto quanto ao seu aspecto formal ou ilegalidade manifesta.”
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª T, RMS 12487/60. Rel. Min. Francisco Falcão. “[...] o Poder Judiciário não detém competência para rever as decisões do Tribunal de Contas [...] no que diz respeito ao exame de contas, não competindo a esta Corte analisar a motivação da imputação do débito.” no mesmo sentido AC nº 52.933/9, Rel. Des. Bady Cury, TJMG.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22828/PR. Rel. Min. Néri da Silveira, 14/6/2002. “[...] não se pode pretender que o Poder Judiciário exerça competência atribuída pela Constituição à Corte de Contas”.
- <sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 55.821, 18/9/1967. Tribunal de Contas. Julgamento das Contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960,1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 16.255, Voto Min. Evandro Lins e Silva. “(...) tudo quanto ultrapassa este limitado objeto de exame da regularidade intrínseca das contas prestadas pelos responsáveis, refoge à competência jurisdicional restrita, e inampliável por lei, do Tribunal de Contas. Só o que toca a este exame, já para liberar o responsável, já para declara-lo em alcance, constitui decisão jurisdicional definitiva, a cavaleiro de qualquer revisão judicial”.
- <sup>39</sup> Contrariamente a esse entendimento já decidiu o Tribunal Superior Eleitoral: “Não cabe à Justiça Eleitoral examinar a idoneidade da ação proposta contra decisão que rejeitou as contas”. BRASIL. TSE. Acórdão nº 22.384, Resp nº 22.384, rel. Min. Gilmar Mendes, 18.9.2004.
- <sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº. 7280- 1960; RE nº 55.821-PR, relator Min. Vitor Nunes Leal, in RSTJ 43/151;
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP nº. 8.970-SP, rel. Min. Gomes de Barros, in RJSTJ 30/378.
- <sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº. 132.747: “Pendente o julgamento pelo Poder Legislativo das contas que tiveram parecer prévio pela rejeição apresentado pelas Cortes de Contas, não há que se falar em inelegibilidade. O pronunciamento do Tribunal de Contas constitui mero parecer prévio.”. No mesmo sentido:
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº 12.602, de 19.9.92 e Acórdão nº 12.518, de 15.9.92.
- <sup>42</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 272, rel. Min. Maurício Corrêa. 10.9.1998.
- <sup>43</sup> COSTA, José Rubens. Controle Jurisdicional dos Atos Decisórios dos Tribunais de Contas, BDA – junho 1996.
- <sup>44</sup> Pareceres (Direito Público), Livraria Sulina Editora, 1963, pp. 246/7 apud Carlos Eduardo T. F. Lenz, O Tribunal de Contas e o Poder Judiciário, Fórum Administrativo, ano 5, n. 53, jul 2005.
- <sup>45</sup> Alcindo Falcão apud Jarbas Maranhão, Rev. Inf. Legislativa, a. 27, n. 107, pp. 161/165, 1990, já argumentava que o Poder Judiciário terá que dar ao julgado do Tribunal de Contas o valor de presunção, por ser ato baixado dentro de competência constitucional, mas lembra que nossa Lei Maior permite “plena defesa” em todos os meios e recursos essenciais a ela, e isto perante o juiz criminal; além do que, não se poderá deixar de levar em consideração a garantia que impede excluir-se da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.
- <sup>46</sup> É velando pela observância do princípio da moralidade que os Tribunais de Contas se põem a serviço do seu mais expressivo conteúdo, que é a probidade administrativa, cujo desrespeito é também tipificador do crime de responsabilidade (inciso V do art. 85 da CF) e ensejador das seguintes sanções: [...] suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível” (§4º do art. 37 da CF) in Carlos Ayres Brito, ob. cit.
- <sup>47</sup> Abrange a essencial transparência na Administração Pública.
- <sup>48</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº. 661, de 14.9.2000, rel. Min. Nelson Jobim; no mesmo sentido os Acórdãos nºs. 16.549, de 19.9.2000, rel. Min. Jacy Garcia Vieira e 124, de 22.9.98, rel. Min. Eduardo Alckmin. “[...] O descumprimento da Lei de Licitação importa irregularidade insanável (art. 1º, I, g, da LC no 64/90). [...]”
- <sup>49</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Acórdão nº. 12.114 in JTSE 6(4) p. 262/271.

- <sup>50</sup> Como exemplo podemos citar a realização de compras de bens e serviços sem a realização de licitação, ou a justificativa indevida da dispensa ou inexigibilidade; recebimento de serviços ou compra de bens sem comprovação da respectiva entrega; não observância da legislação de pessoal quando da concessão benefícios a servidores; ausência de prestação de contas ou apresentação de contas que não comprovam a aplicação dos recursos públicos; admissão de servidores sem concurso público; omissão na cobrança de contribuintes inscritos na dívida ativa; superfaturamento de obras e serviços, dentre outras irregularidades.
- <sup>51</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello já afirmava que violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. in Curso de Direito Administrativo. 13 ed. São Paulo. Malheiros, 2001, p. 772.
- <sup>52</sup> Fagundes, Seabra apud Modesto, Paulo, abril-maio, 2002: “[...] moralidade administrativa é o comportamento adequado à isenção, ao zelo, à seriedade e ao espírito público, que hão de caracterizar o administrador como mandatário da coletividade”.
- <sup>53</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº. 661, de 14.9.2000, rel. Min. Nelson Jobim; no mesmo sentido os Acórdãos nºs. 19.027, de 28.11.2000, e 16.433, de 5.9.2000, rel. Min. Fernando Neves: “[...] Possibilidade de a Justiça Eleitoral verificar se as irregularidades apontadas em prestação de contas rejeitadas pela Câmara Municipal são insanáveis ou não. (...)”.
- <sup>54</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Constitucional. Recurso nº 8.936-RJ. Acórdão nº 11.371. Relator: Min. Pedro Aciole. 31/8/90.
- <sup>55</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Ceará. RO nº. 11.973-PA, AC 11.973, de 26/7/94; julgado em 15/8/96, TRE-CE.
- <sup>56</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº 12.599. rel. Min. Sepúlveda Pertence, 19.9.92; Ac. 12.807. rel. Min. Torquato Jardim, 2.9.92. Rec. nº. 12.058, 30.7.94 e Rec. nº. 12.070, 4.8.94, rel. Scartezzini: “[...] não elide a inelegibilidade nem a ação anulatória cujo objeto não abranja todos os motivos da rejeição de contas, nem o ressarcimento do débito.”
- <sup>57</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. AC 11.929, 16/4/91, Rec. nº. 453-PA, Rel. Min. Vilas Boas, AC 12.634, Rec. nº. 9.815, AC 12.555-PI, Rec. nº. 9.816; AC nº. 12.121, 8/8/94. “À Justiça Eleitoral não cabe a apreciação de aspectos ligados à rejeição das contas quando esta esteja sob o crivo do Judiciário. A alínea g do inc. I do art. 1º da Lei Complementar nº. 64/90 ressalva a inelegibilidade em decorrência de simples ingresso em juízo, não a jungindo à procedência do que articulado pelo interessado”.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº. 18.341, de 24.4.2001, rel. Min. Nelson Jobim. “[...] Ação desconstitutiva da decisão que rejeitou as contas ajuizada antes da ação de impugnação. Para a Justiça Eleitoral interessa o momento em que a ação foi apresentada em juízo. É irrelevante o fato de a ação desconstitutiva ter sido despachada, pelo juiz, depois da impugnação. Se a ação desconstitutiva foi protocolada antes da impugnação, isto é o que basta para aplicar a Súmula nº. 1 do TSE. Agravo improvido.”.
- <sup>58</sup> “Os atos administrativos, qualquer que sejam sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independente de norma legal, pois essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração. A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos.” (MEIRELLES, 1997, p. 141).
- <sup>59</sup> “[...] esta é uma visão conservadora que protege quem está no topo da nossa pirâmide, [...]” (CAVALCANTI, Agosto/2005. p. 603-612).
- <sup>60</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº. 137, 8.9.98, rel. Min. Néri da Silveira; Ac. nº 459, de 10.10.2000, e, 16.433, de 5.9.2000, rel. Min. Fernando Neves. “Suspende a fluência do prazo de inelegibilidade, voltando o prazo a fluir caso considerada a ação improcedente, pelo prazo restante”.
- <sup>61</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Respe nº 24.475/CE. “III – A interposição de ação às vésperas da eleição (junho de 2004), tendo sido datado o decreto legislativo de 2001, pressupõe a intenção, na esteira do entendimento já manifestado pelo TSE [...] apenas e tão somente [sic], de afastar a inelegibilidade, em flagrante afronta à lei eleitoral e ao princípio da moralidade administrativa.”.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac. nº 21.709, de 12.8.2004, rel. Min. Peçanha Martins. Trecho do Voto. “[...] Ao recurso eleitoral interposto, foi dado provimento, à consideração de que há indício de má-fé na propositura, apenas em 23.6.2004, da ação anulatória contra a rejeição de contas [...]”.

- 62 PALMA JÚNIOR, Ademar Silveira. Inconstitucionalidade da Súmula nº 1 do TSE. BDM, nº 7, 2004, Editora NDJ Ltda.
- 63 BRASIL. TSE. Acórdão nº 11.977, Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão nº 13.347, Rel. Min. Andrada.
- 64 BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 267, VI.
- 65 Rocha, 2003, p. 93-123.
- 66 Para verificar tramitação dos projetos acessar o site: [www.senado.gov.br/sf/atividade/](http://www.senado.gov.br/sf/atividade/)
- 67 Composição: Ministro do TSE Gerardo Grossi; os professores René Ariel Dotti e Everardo Maciel; os ex-Ministros do TSE Torquato Jardim, Walter Costa Porto, Fernando Neves e José Guilherme Vilela; o ex-Governador Nilo Batista, o Ministro do TCU Benjamin Zymler, o Procurador-Geral do TCU Lucas Rocha Furtado, a contadora Leonice Severo (funcionária do TSE), o jornalista Cláudio Weber Abramo e o ex-Ministro da Justiça Miguel Reale Júnior.
- 68 Também preocupados com o tema os Tribunais de Contas, reunidos em João Pessoa, expressaram necessidade de modificação do dispositivo. Carta de João Pessoa. [http://www.interessepublico.com.br/ultim\\_19032004\\_carta\\_joao\\_pessoa.asp](http://www.interessepublico.com.br/ultim_19032004_carta_joao_pessoa.asp)
- 69 Essa exigência seria desnecessária caso não houvesse a interpretação do TSE de não ser preciso qualquer manifestação judicial para suspender os efeitos das decisões de contas.
- 70 “j – os que forem condenados, em segunda ou única instância, pela prática de ato de improbidade administrativa, em virtude de conduta dolosa, desde a condenação até quatro anos após o trânsito em julgado;”
- 71 Essa questão deverá suscitar muitas discussões antes de aprovada (se aprovada) e depois também nos Tribunais. Mesmo considerando que a sentença é imperativa desde o momento da sua formação, ainda que sujeita a impugnação. Imperativo é o que é eficaz. Segundo Liebman “Um ato jurídico existe, enquanto eficaz, [...]”. Também, José E. Arruda Alvim, in Elementos de Teoria Geral do Processo, afirma que: “Os efeitos da sentença não se identificam com a sua **incontestabilidade**, pois, antes dela passar em julgado, confere-lhe a lei diversos efeitos. A execução provisória é disto um irrefutável exemplo.”.
- 72 Um exemplo desse fato encontramos no Relatório do Acórdão nº 576, de 8.8.00, rel. Min. Nelson Jobim: o candidato ajuizou ação de anulação do decreto legislativo que rejeitou as contas do Prefeito em abril de 1994; a sentença julgou improcedente a ação, em 15.8.95 negou provimento à apelação; o Tribunal inadmitiu o Respe, o STJ negou provimento ao AI, ao Agravo Regimental e aos embargos declaratórios, em 12.12.97 o STJ negou seguimento ao RE, em 7.8.98 o relator do STF negou seguimento ao AI, a 1ª Turma do STF negou provimento ao Agravo Regimental; em 17.11.98, a Turma rejeitou embargos declaratórios; em 11.12.98, rejeitou novos declaratórios; a publicação do Acórdão se deu apenas em fevereiro de 1999, com trânsito em julgado em 17.2.1999. O interessado com essas manobras conseguiu se eleger em 1998 e tomar posse como Deputado Estadual com apoio da Súmula nº 1 do TSE. Frise-se que a decisão pela improcedência da ação se deu em agosto de 1995.[I]
- 73 Consultar <http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes>. (PLP) e [www.senado.gov.br/sf/atividade](http://www.senado.gov.br/sf/atividade) (PLS). Como por exemplo:
- PLP-27/1995** – exclui da alínea “g” a ressalva hoje existente e amplia o prazo de inelegibilidade para 8 (oito) anos.
- PLP-5/1999** – retira a ressalva da alínea “g”, acrescenta que as contas além de insanáveis devem ter nota de improbidade e acrescenta os §§ 4º e 5º instituindo a prescrição em seis meses da ciência do interessado da decisão de rejeição de contas para que o interessado interponha ação que vise desconstituir a decisão de contas e a obrigatoriedade de haver decisão judicial que suspenda os efeitos da decisão que rejeitou as contas;
- PLP-98/2003** e o **PLP-256/2001** apresentam propostas similares, o primeiro suprimindo a possibilidade de se recorrer ao Judiciário e o segundo que mesmo que a questão esteja submetida ao Judiciário não haveria impedimento para a declaração de inelegibilidade;
- PLS-323/2005** – altera a alínea “g” em seu final ao propor que salvo se a questão houver sido submetida à apreciação do Poder Judiciário e **obtido deferimento de liminar ou tutela antecipada**, é que ocorrerá a suspensão dos efeitos das decisões de contas;
- PLS-175/2003** - o texto é similar ao do PLS-323/2005.

74 PLP-27/1995

- <sup>75</sup> Cf. PLP 201/2004, Deputado Nazareno Fonteles.
- <sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Consulta nº 940-DF. STF, rel. Min. Ellen Gracie : “O trânsito em julgado de eventual medida judicial destinada a desconstituir a decisão que rejeitou contas, afinal julgada improcedente, não constitui obstáculo a sua retratação pelo órgão competente.”
- <sup>77</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Ac nº. 18.847, de 24.10.2000, rel. Ministro Fernando Neves): “Rejeição de contas pelo TCU. Inelegibilidade. a) O agente administrativo cujas contas foram rejeitadas pelo TCU e que, na eleição subsequente, teve seu registro deferido e foi eleito, tendo exercido todo o seu mandato, se pretender a reeleição não será alcançado pela inelegibilidade em decorrência daquela rejeição de contas, pois as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades são aferidas com base na situação existente na data da eleição.”.
- <sup>78</sup> PLP 201/2004.
- <sup>79</sup> “Aos amigos, os benefícios da lei; aos inimigos, os rigores da lei; e àqueles que não são amigos nem inimigos, simplesmente a lei.” (Getúlio Vargas)
- <sup>80</sup> FONSECA, José Arnaldo da. Uma Proposta de Inelegibilidade. Revista da Procuradoria-Geral da República. Revista dos Tribunais. nº 6, jul/dez – 1994..
- <sup>81</sup> Cf. Jardim, Torquato. Direito Eleitoral Positivo, 2ª ed., 1998. Ed. Brasília Jurídica, p. 76/76 apud Suplicy, Eduardo, PLS 175/2003.



# FEDERALISMO E O CONTROLE PELO TCU DAS TRANSFERÊNCIAS FUNDO A FUNDO: O CASO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

---

FERNANDO ANTONIO DORNA MAGALHÃES

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. UMA VISÃO SINTÉTICA DO FEDERALISMO NO MUNDO E NO BRASIL; 2. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL; 3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS; 4. O CONTROLE DO SUS E O TCU; 5. UMA PROPOSTA DE ATUAÇÃO DO TCU PARA O SUS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma visão do pacto federalista que promove a descentralização dos recursos e da execução de políticas públicas, em forte contraponto ao observado anteriormente, durante o período do regime militar. Exemplo claro desse movimento pela maior participação das esferas estaduais e municipais na execução de políticas públicas é o modelo proposto para a prestação dos serviços de saúde a partir do declarado no seu art. 198, donde se destacam as diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS: descentralização e participação da comunidade.

A questão que será tratada neste artigo é: dada a orientação descentralizadora estabelecida na Constituição Federal em relação ao pacto federalista e ao modelo previsto para o financiamento e prestação dos serviços de saúde pelo Estado, como deve se pautar a atuação do Tribunal de Contas da União - TCU no exercício de sua competência constitucional de fiscalização dos recursos federais?

Um primeiro ponto a ser esclarecido é que não se intenciona aqui discutir se o Tribunal de Contas da União é competente ou não para a fiscalização dos recursos transferidos na modalidade fundo a fundo, onde a movimentação financeira se dá no sentido do fundo federal para o fundo estadual ou municipal, pois essa competência fiscalizatória já está pacificada na jurisprudência do TCU, ao entender que os valores repassados pela União aos fundos de saúde estaduais e municipais são recursos federais.

O ponto da questão é como deve ser exercido o controle externo por parte do Tribunal a partir de uma visão federalista orientada para a descentralização e a maior exigência do envolvimento das comunidades e cidadãos na participação e fiscalização das políticas públicas.

Atualmente, ao entender que os fundos de saúde estaduais e municipais são constituídos, ao menos em parte, por recursos federais, o TCU tem realizado fiscalizações que se aprofundam na análise do mérito de decisões e procedimentos operacionais de secretarias de saúde estaduais e municipais. Ao proceder dessa maneira, o TCU traz para a esfera federal situações e problemas que deveriam ser tratados regional ou localmente, tutelando, de certa forma, a aplicação do recurso que foi constitucionalmente descentralizado.

Ao não considerar as instâncias de controle externo do poder executivo estadual ou municipal, o TCU prejudica o debate local, pois o desenrolar do processo passa a se dar em Brasília. Isso prejudica o amadurecimento das instituições locais e dificulta o desenvolvimento do controle social e da cidadania, pois ambos preferencialmente florescem na atuação comunitária.

Conforme escreve José Alfredo de Oliveira Baracho (1995): “A nova versão de cidadania é traduzida pela idéia de uma consciência cidadã no trato com a coisa pública, tanto para a escolha dos dirigentes, como no trabalho social a ser cumprido.” Ou seja, a construção da cidadania vai muito além da mera atuação do sujeito como eleitor, mas também requer sua participação como agente das políticas públicas.

Trata-se de construir uma administração pública participativa, que reforce o papel do indivíduo e onde a avaliação crítica de sua atuação lhe permita intervir na condução dos negócios públicos e se colocar pró-ativamente como membro da coletividade, reforçando a idéia de que a democracia seja **“sinônimo de auto-organização política da sociedade”** (Habermas).

A fim de caracterizar essa necessidade de participação dos cidadãos e da sociedade civil nas decisões que lhe dizem respeito, pode-se também trazer ao debate o princípio da subsidiariedade, invocado a partir da discussão sobre a alienação dos indivíduos frente ao processo de globalização, que inflige mudanças às sociedades sem que haja instrumentos de discussão prévia. Basta relacionar a alienação globalizante com o mesmo efeito gerado pelo comportamento centralista no âmbito da federação, para que se possa observar resultados semelhantes em termos da disseminação do sentimento de impotência social.

Portanto, o que se propõe neste artigo é que o Tribunal de Contas da União passe gradativamente a se pautar por uma atuação mais concentrada nos atores federais do SUS, acionando e interagindo com as instâncias de controle locais, tais como: as Câmaras Municipais e Estaduais, os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, os Tribunais de Conta Estaduais e/ou Municipais e o Ministério Público; a fim de fortalecer o controle social e melhor compartilhar a responsabilidade pelo bom emprego dos recursos públicos destinados à saúde da população.

Está claro que essa não pode ser uma ação de curto prazo, uma vez que a atual estrutura de controle estadual e municipal é muitas vezes deficiente e não está capacitada para assumir plenamente o seu papel, mas tal argumento não pode servir como justificativa para a eterna postergação da assunção de responsabilidades pelos entes sociais locais. Pelo contrário, é justamente essa falta do exercício da responsabilidade pelo seu destino que faz com que a sociedade civil local frequentemente se apequene na prática de sua cidadania e veja como natural a condução de seus interesses por Brasília.

## 1. UMA VISÃO SINTÉTICA DO FEDERALISMO NO MUNDO E NO BRASIL

A origem do federalismo, como uma forma de organização política do estado moderno, é amplamente reconhecida na formação do estado norte-americano. Antes, não se concebia um estado soberano que não fosse unitário. A partir da Constituição Norte-Americana de 1787, ficou instituída a conformação de um estado soberano, mas não unitário, onde a União passou a concentrar a capacidade de decisão soberana sobre as competências essenciais à existência de um estado moderno: a política externa, o comércio exterior, a arrecadação de impostos e a administração da justiça em assuntos de interesse nacional; e os estados-membros mantiveram uma esfera de atuação autônoma sobre as competências residuais, pelo menos enquanto estas não conflitassem com os interesses nacionais.

Assim, estabeleceu-se a Federação como um grande sistema de repartição de competências, no qual existe intrinsecamente uma descentralização em unidades autônomas, com a preservação do relacionamento harmônico entre União e estados-

membros. É possível, a partir dessa divisão de competências, identificar o grau de descentralização de uma Federação.

O federalismo brasileiro tem sido, ao longo da história, predominantemente centralizador, demonstrando uma vocação centrípeta<sup>1</sup>. Tal característica origina-se em sua criação, que se deu pela transformação das Províncias do Império em Estados-membros. No caso brasileiro, a Constituição de 1891, ainda que no propósito de criar um modelo federal altamente descentralizado, criou uma União artificial, já que essa formação se deu a partir de um Estado Unitário, regido pela Constituição de 1824, em um movimento do centro para a periferia, o inverso do modelo norte-americano. Conforme identificado por diversos autores, enquanto o Estado norte-americano foi formado a partir da anterioridade de uma identidade social em relação à constituição do poder, no Brasil o poder constituiu-se anteriormente a essa identidade.

Então, inicialmente, foi criado no Brasil um federalismo nos moldes clássicos, com enumeração dos poderes da União e ficando os residuais a cargo dos estados. A partir daí, há um processo de constante oscilação entre as tendências à centralização e descentralização, sendo que o caráter centralista alcança seu ponto máximo na Constituição social-facista de 1937, quando alguns autores chegam a entender que a federação tenha sido mesmo extinta. Anteriormente, a Constituição de 1934, pela primeira vez, prevê uma gama de competências legislativas concorrentes, através das quais os estados poderiam editar leis em nível supletivo e complementar às normas gerais da União.

Um novo ciclo de descentralização política foi retomado com a Constituição de 1946, terminando com o regime militar, podendo-se afirmar que, a partir de sua instauração, houve uma Federação somente nominal, pois o Brasil regride à condição de Estado Unitário descentralizado, no qual os governadores passam a ser indicados pelo poder central para aprovação simbólica.

A Constituição de 1988 buscou reparar distorções do regime federativo, com a ampla revisão da repartição de competências. Entre as inovações introduzidas, destaca-se o reconhecimento dos municípios como mais uma unidade federada a compor a união indissolúvel da República. Buscou-se construir um modelo federativo de cooperação, superpondo-se competências federais e estaduais, com orientação descentralizadora, que estimula a participação cooperativa entre União, estados e municípios na elaboração e execução de políticas públicas em prol da coletividade.

O modelo de federalismo desenhado pela Constituição de 1988 busca alcançar o equilíbrio entre seus membros: cabe à União o exercício dos poderes gerais que tenham a ver com questões próprias da Federação; e, configura aos estados a adaptação das regras gerais estabelecidas conforme suas características regionais, conservando autonomia própria.

## 2. A SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal reconhece, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu art. 6º, o direito à saúde como um direito social, financiado por toda a sociedade, de forma direta e indireta (art. 195). Além disso, a saúde está contemplada em toda Seção II do Capítulo que trata da Seguridade Social (arts. 196 a 200). Nessa Seção encontra-se estabelecido que a saúde é direito de todos e dever do Estado, relaciona as ações e serviços de saúde como de relevância pública e, entre outras previsões, constitui o Sistema Único de Saúde, organizado segundo as diretrizes: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade.

Ainda, em relação às competências relacionadas à política de saúde no país, prescreve o texto constitucional que compete à União, estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII), devendo a União estabelecer regras gerais e os estados legislarem suplementarmente, restando aos municípios legislar de forma complementar no que couber. Quanto à competência material, cabe à União, estados, Distrito Federal e municípios cuidar da saúde (art. 23, II), sendo que aos municípios é prevista a prestação de serviços de atendimento à saúde com a cooperação técnica e financeira da União e estado (art. 30, VII).

Como reforço ao compromisso de todas as esferas de governo com o financiamento das ações de saúde foi editada a Emenda Constitucional nº 29, de 13/09/2000, que alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição e acrescentou o art. 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A EC nº 29/2000 criou a possibilidade da União intervir nos estados e ambos intervirem nos municípios a fim de assegurar a aplicação do mínimo exigido das receitas advindas dos impostos estaduais e municipais nas ações e serviços públicos de saúde. Além disso, facultou à União e estados a remessa de recursos provenientes da repartição das receitas tributárias à aplicação mínima de recursos no SUS. Por fim, instituiu percentuais mínimos de aplicação de recursos nas ações e serviços de saúde, bem como uma regra de transição para a adequação de todos os entes federativos a esses percentuais, prevendo a edição de Lei Complementar, a ser reavaliada a cada cinco anos, com o intuito de estabelecer: os percentuais mínimos a serem aplicados na saúde; os critérios de rateio dos recursos vinculados à saúde destinados a estados e municípios; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas de saúde em todas as esferas de governo; e as normas de cálculo do montante a ser aplicado em saúde pela União.

Portanto, o quadro que se extrai do mandamento constitucional é de uma distribuição intergovernamental de funções, na qual a União está encarregada das funções de financiamento e de formulação da política nacional de saúde, assim como da coordenação das ações intergovernamentais. Aos estados cabe adaptar essa política a suas peculiaridades regionais, coordenando as ações entre os seus municípios. E, finalmente, cabe aos municípios a prestação dos serviços de saúde com o auxílio técnico e financeiro dos estados e União.

Ressalte-se a importância dada pela Carta Magna à efetiva aplicação de recursos na saúde, vinculando montantes com esse fim e estabelecendo severas consequências em caso de desobediência, tais como a retenção de repasses e, mesmo, a intervenção federal ou estadual.

### 3. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS

A partir da ordenação estabelecida na Constituição, foi constituído o Sistema Único de Saúde - SUS, regulamentado pelas Leis nº 8080/1990 e nº 8142/1990 (Leis Orgânicas da Saúde), com participação concorrente da União, estados e municípios. Prevê-se também que esse Sistema seja financiado por recursos dos orçamentos da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes. A característica inovadora do financiamento do SUS é a transferência de recursos no sentido da União para os estados e municípios, acompanhando a responsabilidade pela execução dos serviços, na forma de repasses de um fundo federal para um outro fundo estadual, distrital ou municipal, a chamada transferência fundo a fundo.

A transferência fundo a fundo é um forte mecanismo de descentralização, uma vez que os recursos são repassados de forma regular e automática a partir da capacidade

de gestão de cada estado, Distrito Federal ou município, derivada de suas capacidades técnica, administrativa e material para a execução dos serviços, acompanhados de responsabilidades e prerrogativas. Assim, a transferência de recursos é feita diretamente a partir do Fundo Nacional de Saúde na conta individual dos fundos de saúde estaduais, do Distrito Federal ou municipais e sua aplicação deve atender ao disposto no plano de saúde do estado, do Distrito Federal ou do município.

Esse mecanismo de transferência de recursos permite uma relação mais equânime entre os entes federados, uma vez que permite a execução dos serviços de saúde a nível regional ou local com grande margem de discricionariedade por parte do estado, no sentido de como coordenar e avaliar, ou do município, no sentido de como planejar, organizar, controlar e avaliar, o sistema de saúde em seus territórios. Além disso, como parte do arcabouço fundamental do modelo, encontra-se estabelecido na Lei nº 8.142, de 28/12/1990, a forma como se dá a participação da comunidade na gestão do sistema. Essa participação se ancora na formação dos Conselhos de Saúde em todos os entes federativos participantes do SUS e na participação de representantes dos Secretários de Saúde estaduais e municipais no Conselho Nacional de Saúde.

Os Conselhos de Saúde são órgãos colegiados compostos por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Já o Conselho Nacional de Saúde foi regulamentado pelo Decreto nº 99.438/1990 e é composto por 30 membros, tendo como finalidade a coordenação da Política Nacional de Saúde, bem como a definição de parâmetros e do cronograma de transferência dos recursos para cada fundo estadual ou municipal, dentre outras atribuições.

Portanto, a forma como foi desenhado o modelo que rege a política de saúde no Brasil possui uma orientação descentralizadora, com instâncias de participação de todos os entes federativos nas decisões relevantes de sua gestão. Mesmo que, na prática, essa participação não se dê conforme previsto no modelo, o que seria esperado, pois é preciso vencer a inércia não-participativa resultante de décadas de centralização e falta de previsão normativa para interlocução, o avanço proporcionado pela sinalização de uma maneira mais cooperativa de se gerir políticas públicas reforça a busca por um federalismo mais equilibrado, com uma distribuição de recursos e obrigações que as tornem mais eficientes e efetivas.

Conforme Arretche (2004), os resultados dessa descentralização podem ser observados no grau de participação dos municípios no SUS: em 2002, 99,6 % dos 5.560 municípios brasileiros já haviam assumido a gestão total ou parcial dos serviços de saúde; e em 2000, 84% da rede ambulatorial estava sob responsabilidade dos municípios. Continuando, essa orientação descentralizadora também pode ser constatada na participação dos municípios no total do gasto consolidado em saúde, que evoluiu de 9,6%, em 1985, a 43%, em 2000. Ou seja, a participação municipal nos gastos com as ações de saúde no país mais que quadruplicou em pouco mais de 10 anos de implementação do SUS.

#### 4. O CONTROLE DO SUS E O TCU

O controle sobre a aplicação dos recursos e execução dos serviços do SUS também tem caráter descentralizador. A Lei nº 8.080/1990 previu, em seu inciso XIX do art. 16 e no § 4º do art. 33, a criação de um Sistema Nacional de Auditoria – SNA do SUS, efetivada

no art. 6º da Lei nº 8.689/1993 e regulamentada no Decreto nº 1.651/1995, com a participação de estados, Distrito Federal e municípios. Assim, os recursos financeiros são movimentados sob fiscalização dos Conselhos de Saúde, estando a avaliação técnico-científica, contábil, financeira e patrimonial a cargo do SNA.

Conforme determina o Decreto nº 1.651/1995, em seu art. 2º, o Sistema Nacional de Auditoria exercerá sobre as ações e serviços do SUS: o controle da execução, para verificar a sua conformidade com os padrões estabelecidos ou detectar situações que exijam maior aprofundamento; a avaliação da estrutura, dos processos aplicados e dos resultados alcançados, para aferir sua adequação aos critérios e parâmetros exigidos de eficiência, eficácia e efetividade; e a **auditoria da regularidade dos procedimentos** praticados por pessoas naturais e jurídicas, mediante exame analítico e pericial.

Compreende o SNA os órgãos que forem instituídos em cada nível de governo, sob a supervisão da respectiva direção do SUS. No nível federal o órgão de atuação no SNA é o Departamento Nacional de Auditoria do SUS - Denasus, que faz parte da estrutura do Ministério da Saúde. O Sistema prevê que **sua estrutura e funcionamento no nível federal são indicativos da organização a ser observada por estados, Distrito Federal e municípios** para a consecução dos mesmos objetivos no âmbito de suas respectivas atuações.

Quanto à comprovação da aplicação dos recursos do SUS, o Decreto nº 1.651/1995 estabelece, em seu art. 6º que:

Art. 6º A comprovação da aplicação de recursos transferidos aos Estados e aos Municípios far-se-á:

I - **para o Ministério da Saúde**, mediante:

a) **prestação de contas e relatório de gestão**, se vinculados a convênio, acordo, ajuste ou outro instrumento congênere, celebrados para a execução de programas e projetos específicos;

b) **relatório de gestão**, aprovado pelo respectivo Conselho de Saúde, se repassados diretamente do Fundo Nacional de Saúde para os fundos estaduais e municipais de saúde;

II - **para o Tribunal de Contas a que estiver jurisdicionado o órgão executor**, no caso da alínea b do inciso anterior, ou se destinados a pagamento contra a apresentação de fatura pela execução, em unidades próprias ou em instituições privadas, de ações e serviços de saúde remunerados de acordo com os valores de procedimentos fixados em tabela aprovada pela respectiva direção do SUS, de acordo com as normas estabelecidas. (grifei)

Em relação ao controle externo, a competência para a fiscalização dos recursos federais que compõem o SUS é dada ao TCU pela Constituição (art. 71, VI) e ratificada pela legislação específica dos SUS, vide o art. 3º do Decreto nº 1.232/1994:

Art. 3º Os recursos transferidos pelo Fundo Nacional de Saúde serão movimentados, em cada esfera de governo, sob a fiscalização do respectivo Conselho de Saúde, sem prejuízo da fiscalização exercida pelos órgãos do sistema de Controle Interno do Poder Executivo e do Tribunal de Contas da União.

Além disso, o Decreto nº 1.651/1995, que regulamenta o Sistema Nacional de Auditoria do SUS, estabelece:

Art. 1º O Sistema Nacional de Auditoria - SNA, previsto no art. 16, inciso XIX da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e no art. 6º da Lei nº 8.689, de 27 de julho de 1993, é organizado na forma deste Decreto, junto à direção do Sistema Único de Saúde – SUS, em todos os níveis de governo, **sem prejuízo da fiscalização exercida pelos órgãos de controle interno e externo.**(grifei)

...

Art. 3º Para o cumprimento do disposto no artigo anterior, o SNA nos seus diferentes níveis de competência, procederá:

...

III - **ao encaminhamento de relatórios específicos aos órgãos de controle interno e externo, em caso de irregularidade sujeita a sua apreciação**, ao Ministério Público, se verificada a prática de crime, e ao chefe do órgão em que tiver ocorrido infração disciplinar, praticada por servidor público, que afete as ações e serviços de saúde. (grifei)

Entendimento exarado pelo TCU mediante Decisão-TCU nº 506/1997 – Plenário firma que, no âmbito do SUS, os recursos repassados pela União aos estados e municípios, seja por intermédio de convênio, fundo a fundo ou por qualquer outro instrumento legal, constituem verbas federais e, portanto, os serviços e ações de saúde decorrentes estão sujeitos à sua fiscalização. Isso se dá por força de exigência orçamentária estabelecida nas Leis nº 4.320/1964 e 8.080/1990, havendo também a necessidade de se prestar contas ao órgão repassador dos recursos recebidos, no caso, o Ministério da Saúde.

Ainda, conforme observados os objetivos e compromissos impostos pela legislação vigente, os recursos federais transferidos na modalidade fundo a fundo, mesmo dispensados da celebração de convênio ou instrumento similar, caracterizam relação convenial entre a União e as demais esferas de governo, de acordo com a Decisão-TCU nº 449/1998 – Plenário.

183

## 5. UMA PROPOSTA DE ATUAÇÃO DO TCU PARA O SUS

Uma vez que se encontra pacificado o entendimento de que o TCU é competente para a fiscalização dos recursos federais repassados na modalidade fundo a fundo, que caracteriza o SUS, a questão a ser debatida é como se deve pautar essa fiscalização.

O desenho legal do SUS demonstra o esforço do legislador constituinte em preservar e incentivar a participação dos entes federativos e da comunidade, estabelecendo uma estrutura de repasse de recursos e responsabilidades, onde: à União cabe o papel de coordenadora nacional, estabelecendo as diretrizes gerais do sistema e fornecendo apoio técnico e financeiro aos demais entes federativos; aos estados cabe o papel de coordenador regional, atuando de maneira suplementar a uma série de atividades precípuas da União e municípios; e aos municípios cabe prestar os serviços de atendimento à saúde de sua população.

A estrutura de controle do sistema segue as mesmas diretrizes e, além do controle participativo representado pelos Conselhos de Saúde Nacional, Estaduais e Municipais, prevê a construção de um Sistema Nacional de Auditoria do SUS, com vista à avaliação técnico-científica, contábil, financeira e patrimonial do SUS. Conforme já mencionado, a legislação específica do SUS firma expressamente a participação das correspondentes instâncias de controle em cada nível de governo.

Assim, diante de tais diretrizes, emanadas do texto constitucional e reforçadas pela legislação específica, além do esforço em se construir um federalismo mais equilibrado e cooperativo, pode-se adotar uma visão teleológica com o intuito de definir qual seria o papel do controle externo da União nessa estrutura.

Ao aproximar da comunidade o responsável pela prestação do seu serviço de saúde, por meio da titularidade auferida ao município para tanto, buscou-se dar maior flexibilidade e agilidade no atendimento das demandas específicas da população. Por estar mais próximo ao beneficiário, é no município que deve se dar o debate sobre onde, quando e como investir, seguindo normas gerais estabelecidas pela União e estados, a fim de proporcionar um melhor serviço de saúde por meio de uma gestão adequada.

Sendo tal prerrogativa alocada ao município, esta deve ser então assumida por completo. O controle faz parte do ciclo administrativo necessário para o bom termo de um processo e está implícito em toda forma de gestão. Além disso, existe a previsão legislativa da participação do município nas instâncias de controle do SUS, tanto por meio do Conselho Municipal de Saúde quanto pelo Sistema Nacional de Auditoria. O objetivo, que de resto permeia todo SUS, é que os problemas detectados quando da prestação dos serviços de saúde sejam discutidos próximos à sua origem, tendo a participação dos atores envolvidos, com o mesmo propósito de aferir maior agilidade na sua detecção e correção.

A decisão de aproximar o controle do local onde se dá a aplicação do recurso não é apenas o repasse de uma responsabilidade por parte da União, mas sim um compartilhamento das obrigações inerente ao desenvolvimento de uma relação equilibrada entre entes federativos cujos papéis estão claramente delineados na Constituição. Ao estabelecer como diretriz de uma política pública relativa a um direito social a participação da comunidade, a Carta Magna traz para o centro dessa política o incentivo à construção da cidadania. Onde o usuário-cidadão, mais que simples eleitor, passe a exercer o trabalho social de condução das políticas públicas.

Aqui, cabe trazer rapidamente ao debate a aplicação de um princípio básico que trata da regulação entre poder e finalidade, promovendo a repartição de competências entre a sociedade civil e o Estado: o princípio da subsidiariedade. Segundo Vânia Gonçalves, o princípio da subsidiariedade preconiza que a autoridade só faça o que é preciso para o bem comum aquilo que os particulares não possam ou saibam fazer por si mesmos.

A preocupação do legislador constituinte com a participação da sociedade civil nas decisões públicas, em especial àquelas relativas aos direitos sociais, como é o caso da saúde, antecipa a crescente discussão sobre a perda da capacidade do indivíduo-cidadão de decidir o seu destino, hoje representada pelo esvaziamento do poder do Estado nacional frente às forças da globalização. Basta alterarmos a escala do problema, trocando o Estado nacional pelo governo local e a preponderância global pelo poder federal, para tratarmos do mesmo tema, com as mesmas causas e conseqüências.

Observado o princípio da subsidiariedade, em um sistema onde existe a construção legislativa de instâncias nas quais pode ser exercido o poder de controle dos serviços públicos prestados localmente por parte de representantes da comunidade, deve então o Estado atuar para reforçar essa participação, abstendo-se de encampar, mesmo que amparado por boas intenções, qualquer aspecto do exercício desse poder.

Em relação à atual atuação do TCU na fiscalização dos recursos do SUS, existe uma preponderância de processos que tratam da análise da regularidade na aplicação



dos recursos do Sistema na esfera municipal. Nesses processos, em grande parte, são assinaladas irregularidades e impropriedades na administração dos recursos. A despeito da importância dessas ações, a sua consequência colide com o objetivo de estimular a participação da comunidade e inverte a lógica do sistema. Os problemas detectados passam a ser tratados distantes de sua origem e, pela própria coerência centralizadora de um órgão uno com sede em Brasília, tendem a ser menos tempestivos, perdendo efetividade corretiva e passando a centrar-se no aspecto sancionatório.

Portanto, quando o Controle Externo da União, na figura do TCU, passa a fiscalizar a aplicação dos recursos do SUS na prestação dos serviços de saúde na esfera da atuação do município ou estado, há que adotar certos cuidados. A discussão dos problemas encontrados nesses entes federativos não deve perder a preferência pela arena local. Ao exercer sua competência fiscalizadora, o Tribunal deve optar pelo encaminhamento das irregularidades ou impropriedades encontradas ao controle correspondente: ao Conselho Municipal ou Estadual de Saúde, ao Poder Legislativo Estadual ou Municipal, ao Tribunal de Contas Estadual ou Municipal competente, e, se for o caso, ao Ministério Público local. Devendo a atuação do Tribunal seguir o sentido único preconizado pelo SUS: recursos no sentido da União para o município e controle no sentido do município para a União.

A interpretação dos arts. 1º e 6º do Decreto 1.651/1995 reforça esse entendimento, delimitando o espaço de ação preferencial de cada órgão de controle em sua respectiva esfera de governo. Embora tenha a competência para fiscalizar os recursos do SUS em sua totalidade, o TCU deve acompanhar o aprofundamento do movimento descentralizador da política de saúde, que avança conforme se consolida a sua implantação, adotando uma postura cooperativa e de apoio às instâncias de controle locais e regionais.

Para exercer o seu papel constitucional em harmonia com as diretrizes do SUS, basta ao TCU rever o seu foco operacional quando no exercício de seu poder fiscalizador. O que existe é uma questão de procedimento e não jurisprudencial, pois os entendimentos exarados pelo Tribunal não conflitam com as diretrizes do sistema.

Então, deve o TCU centrar atenção na atuação dos órgãos e entidades da União que participam do SUS, avaliando a coordenação e execução por eles exercidas. Verificando a regularidade da distribuição dos recursos e assegurando a sua correta partição, com isonomia de tratamento entre os demais entes federativos. A atuação do Tribunal deve se pautar pelo papel que não pode ser exercido por nenhuma das outras instâncias de controle: que é o de garantir que nenhum estado ou município seja indevidamente beneficiado em detrimento dos demais.

A forma de atuação aqui proposta também guarda coerência com os objetivos estratégicos do TCU, dentre eles o fortalecimento do controle social. Pois quando existe uma previsão legal desse controle, como no caso do SUS, a discussão dos problemas deve se dar preferencialmente em fórum próximo à sua origem, uma vez que a distância faz com que haja a alienação dos atores locais dele encarregados, restringindo sua atuação e prejudicando o seu fortalecimento.

Por fim, está claro que tal proposta para atuação do TCU não deve ser encampada de pronto, devendo acompanhar o ritmo de implantação do SUS e a assunção das correspondentes responsabilidades pelas respectivas instâncias de controle. No entanto, a orientação para tanto deve ser desde já adotada, a fim de resguardar o papel do Tribunal frente às demandas de um federalismo mais equilibrado, de caráter descentralizador e participativo.

## CONCLUSÕES

É inequívoca a orientação descentralizadora da Carta de 1988, que buscou a construção de um federalismo cooperativo, onde exista um equilibrado sistema de partição de obrigações e direitos entre as diversas esferas de governo. Em um país das dimensões do Brasil, com a diversidade e desigualdade observadas por toda a extensão de seu território, descentralizar não é apenas uma diretriz razoável na elaboração e execução de políticas públicas, mas simplesmente é o único caminho factível de atendimento das diversas demandas sociais. Os governos locais, por estarem mais próximos da comunidade, são aqueles mais capacitados a atender as suas necessidades específicas, decidindo a alocação de recursos e controlando o seu uso a partir das diretrizes e coordenações regionais e nacionais.

O desenho do Sistema Único de Saúde já traz de dentro do texto constitucional as diretrizes de descentralização e participação da comunidade. Em reforço ao mandamento constitucional, a legislação específica do SUS estabelece diversas instâncias e prerrogativas para a participação dos estados e municípios em todas as etapas de formulação, execução, avaliação e **controle** das ações e serviços de saúde, preocupando-se em garantir o espaço de atuação dos entes federativos e da sociedade civil.

Em conformidade com essas diretrizes e em harmonia com a legislação, a atuação do TCU deve ser pautada pela cooperação com as demais instâncias de controle, incentivando sua participação e fortalecendo o controle social. Deve o Tribunal contribuir para o desenvolvimento da consciência cidadã, atentando que, conforme observa Santos: **“a cidadania plena das pessoas depende de soluções a serem buscadas localmente...”**.

186

Então cabe à Corte de Contas da União, em consonância ao espírito dos mandamentos constitucionais e legais que regulam a prestação dos serviços de saúde, preservar o espaço de ação dos controles regionais e locais e garantir a correta atuação dos órgãos e entidades federais que fazem parte do SUS, resguardando a regular partição dos recursos entre estados e municípios.

A despeito do Sistema Único de Saúde ainda não se encontrar plenamente implementado e tampouco estejam atuando satisfatoriamente as instâncias de controle nele previstas, é preciso que seja estabelecida por parte do Tribunal de Contas da União uma estratégia de ação com vista à gradual repartição das responsabilidades pelo controle dos recursos destinados às ações e serviços de saúde da população brasileira, pois só assim estará resguardada a vontade expressa pela Constituição de se alcançar um federalismo mais igualitário e equilibrado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRETCHE, Marta. Estado federativo e políticas sociais: determinantes da descentralização. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Revan/FAPESP, 2000.

\_\_\_\_\_. **Federalismo e políticas sociais no Brasil**: problemas de coordenação e autonomia; Trabalho apresentado no IV Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política; Rio de Janeiro; 2004 - <http://www.cienciapolitica.org.br/EPP1-Marta%20Arretche.pdf> – acessado em 13/12/2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Federalismo**; Rio de Janeiro: Forense, 1986.

\_\_\_\_\_. Teoria Geral da Cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais; São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **A Federação no Brasil**; Curso Modelo Político Brasileiro, Volume III, Instituto dos Advogados de São Paulo, Brasília: 1985.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional** – 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso R. e Tavares, André R.; **As Tendências do Direito Público no Limiar do Terceiro Milênio**, São Paulo: Saraiva, 2000.

BENSAID, Daniel. **Soberanias, Nações, Impérios**; [www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao\\_dh/dh\\_global1.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/globalizacao_dh/dh_global1.html), acessado em 24/11/2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

BRASIL – Tribunal de Contas da União. Transferência de Recursos e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília: 2000.

FERNANDES, Nelson da Nóbrega. **Globalización y crisis del federalismo en Brasil** - <http://www.ub.es/geocrit/sn-45-22.htm>; acessado em 13/12/2005.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

GOMES, José Jairo. **SUS e descentralização**; <http://www.prmg.mpf.gov.br/producao/artigos/DrJJairo/SUS-Descentralizacao.PDF>; acessado em 02/12/2005.

GONÇALVES, Vania Mara Nascimento. **Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização** – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MADISON, James. **Os artigos federalistas, 1787-1788**: edição integral / James Madison, Alexander Hamilton, John Jay; apresentação Isaac Kramnick; tradução Maria Luiza X. de A. Borges; Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Pacto Federativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MELO NETO, Antônio Sabóia de. **Federalismo e direitos sociais: reflexões sobre a possibilidade de conciliação**; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7315>; acessado em 02/12/2005.

NOGUEIRA, Roberto Passos. **O pacto de descentralização do SUS e a aposentadoria dos servidores federais** - Texto para discussão nº 758 - Rio de Janeiro, 2000.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Entre o estado e o mercado: o público não-estatal**. In: \_\_\_\_\_ (Org.); GRAU, Nuria Cunill (Org.). *O público não-estatal na reforma do estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PIERANTONI, Célia Regina e VIANNA, Cid Manso M., organizadores; Ângela Maria Meira de Vasconcelos et al.; **Gestão de sistemas de saúde**. Rio de Janeiro: UERJ, Instituto de Medicina Social, 2003.

PRATES, Francisco de Castilho. **A cidadania brasileira em tempos de globalização. Repensando o federalismo**; <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3394>; acessado em 24/11/2005.

SANTOS, Milton. *Por outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHWARTZ, Pedro. **España, federalismo enfermo** ; <http://www.elcato.org/publicaciones/articulos/art-2005-11-11.html>; acessado em 24/11/2005

SOARES, Paulo Henrique. **Federalismo no Brasil e no Mundo: Atualidade e Perspectivas**; Dissertação de Mestrado em Direito, Universidade de Brasília, Brasília: 2000.

## NOTAS

<sup>1</sup> Acentuada centralização por meio de uma maior soma de poderes nas mãos da União (Ferreira).

# CONTROLE SOCIAL – UM MODELO EM CONSTRUÇÃO: CONTRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

---

JANE CARVALHO BREDER

“A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público por sua administração” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789).

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. CONTROLE SOCIAL - CONCEITO. 2. CONTROLE SOCIAL – UM MODELO EM CONSTRUÇÃO. 2.1 O MODELO IDEALIZADO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO 2.2 OS ATORES E AS RELAÇÕES ESTADO-SOCIEDADE. 2.3 EXPERIÊNCIAS RELATADAS. 3. O TCU E O CONTROLE SOCIAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## INTRODUÇÃO

O controle social no Brasil tem seu grande marco estabelecido pela Constituição Federal de 1988, a qual, pautando-se pelos princípios da descentralização e da participação popular, criou instrumentos para que a sociedade possa exercer o seu papel, participando e controlando as ações do Estado na busca do bem comum e do interesse público. Um abrangente arcabouço de normas legais e infra-legais, voltado para a implementação de mecanismos de democracia participativa, vem sendo produzido desde então. Contudo, passados já alguns anos, diversas dificuldades têm sido encontradas na utilização desses mecanismos, revelando uma lacuna entre o controle social idealizado pelo ordenamento jurídico e o controle efetivamente praticado pela sociedade.

Muito tem sido falado e escrito sobre este tema, notadamente nos momentos em que a sociedade brasileira assiste, perplexa, os descaminhos dos recursos públicos em escândalos que, de forma recorrente, suscitam questões sobre a efetividade da atuação do controle oficial e a necessidade de maior envolvimento da população na fiscalização dos gastos. Há, na literatura e no universo acadêmico, diversos trabalhos e estudos, tratando do controle social e das experiências verificadas nas mais diferentes áreas, a exemplo do orçamento participativo, da atuação dos conselhos legalmente instituídos e das mobilizações promovidas por organizações não-governamentais, em busca de maior transparência e equidade não apenas nos gastos governamentais, mas, também, na alocação de recursos.

No âmbito do TCU, o estímulo ao controle social passou a integrar o rol de objetivos institucionais estabelecidos pelos planos estratégicos editados a partir de 2003, dando ensejo à realização de diversas ações para seu fortalecimento. O objetivo deste ensaio é suscitar reflexões sobre o papel do Tribunal neste contexto. Para tanto, com base na legislação e em livros, artigos, palestras, documentos e relatórios institucionais, retrataremos, resumidamente, o modelo de controle social idealizado, os instrumentos formalmente instituídos e os papéis dos diferentes agentes envolvidos, ante a dinâmica das relações Estado-sociedade. Com especial destaque para a atuação dos conselhos gestores setoriais, procuraremos, a partir de relatos registrados na jurisprudência do TCU, em pesquisas do IBGE e em trabalhos acadêmicos, identificar os principais problemas que vêm sendo enfrentados, para então, refletirmos sobre as ações que vêm sendo adotadas pelo Tribunal e sobre os novos desafios que se apresentam.

Este texto será desenvolvido em quatro seções: a primeira aborda aspectos relativos ao conceito de controle social; a segunda, trata do modelo delineado pelo arcabouço jurídico e de sua implementação; a terceira registra as medidas que vêm sendo adotadas pelo TCU no intuito de estimular o controle social; e a última contempla sugestões sobre contribuições para o desenvolvimento de um modelo mais efetivo. Tendo em vista a abrangência do tema e a impossibilidade de retratá-lo com maior profundidade, dado o escopo deste trabalho, são apresentadas, ao longo do texto, notas e referências bibliográficas, que podem subsidiar pesquisas mais aprofundadas por parte daqueles que se interessam pelo assunto.

## 1. CONTROLE SOCIAL - CONCEITO

Segundo assinala Bresser Pereira (1997, p. 292-294), o avanço da cidadania e da civilização no mundo tem ocorrido historicamente por meio da afirmação de direitos, os quais são sempre conquistas, resultado constante de um processo histórico em que indivíduos, grupos e nações lutam por adquiri-los e fazê-los valer<sup>1</sup>. Ressaltando, com base na análise clássica de Marshall sobre a afirmação histórica da cidadania, que primeiro foram definidos os direitos civis (liberdade e propriedade), depois os políticos (votar e ser votado) e, finalmente, os sociais (sobrevivência digna, educação, cultura, saúde), Bresser Pereira aduz que, ao final do século XX, um quarto tipo de direitos começou a surgir: os direitos, por ele denominados “republicanos”, dos cidadãos de que o patrimônio público seja efetivamente de todos e para todos.

Lembrando que, em muitos casos, os direitos civis, políticos e sociais são contraditórios e requerem compensações entre eles, o autor ressalta a diferença entre direitos civis (liberdade e propriedade) e direitos cívicos (deveres do cidadão para com a sociedade), para enfatizar que “o cidadão é cidadão na medida em que, além de ter seus direitos egoístas garantidos, assume responsabilidades, em relação ao interesse público, que podem estar em contradição com seus interesses particulares” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 296). Desse modo, dos compromissos necessários entre essas duas esferas – a do privado ou civil e a do público ou cívico - e entre os quatro direitos básicos aqui mencionados (civis, políticos, sociais e republicanos), resultaria a convivência social nas democracias modernas. A ação do Estado teria, neste contexto, um sentido “negativo” – o de garantir que a liberdade e a propriedade do cidadão não sejam feridas – e um “positivo”, o de dar ao cidadão, no caso dos direitos republicanos, a “liberdade positiva para participar do governo, partilhar a riqueza social, e garantir que o que foi decidido ser público de fato o seja” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 297).

Os direitos republicanos, ainda segundo Bresser Pereira, são geralmente direitos coletivos ou pluriindividuais, tratados na teoria do direito como interesses difusos, podendo ser agrupados em três direitos fundamentais: o direito ao patrimônio ambiental, o direito ao patrimônio histórico-cultural e o direito ao patrimônio econômico público, a saber, à *res publica* estrito senso ou à “coisa pública”. Dita *res publica*, que deu nome ao regime republicano, representa a consubstanciação do bem comum e do interesse público, sendo impossível defendê-la contra indivíduos ou grupos que querem capturar o patrimônio público, sem a participação dos cidadãos, os quais “serão tanto mais cidadãos quanto menos forem meros espectadores e maior for seu compromisso com o bem comum ou com o interesse público” (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 301-302).

Os direitos conquistados somente se consolidam quando efetivamente usufruídos. É nesse contexto que surge o controle que, como uma das funções administrativas tradicionais, consiste na verificação do cumprimento das ações planejadas e no alcance

dos objetivos colimados. Este termo, aliado à expressão “social”, indica “uma dimensão estratégica da participação cidadã, que não se reduz à participação eleitoral; é uma forma de exercer ativamente a cidadania, de tornar efetivos os direitos já consagrados em leis e construir novos direitos, através de instrumentos já conquistados” (TEIXEIRA *apud* CÔRTEZ, 2003, p. 116)<sup>2</sup>.

O objeto do controle social, por sua vez, abrange a elaboração e execução orçamentária dos recursos arrecadados (aí compreendida também a renúncia de receitas), a fiscalização e a prestação de contas de sua utilização, sob a ótica não apenas da legalidade ou regularidade formal dos atos, mas, também, da legitimidade, economicidade, oportunidade e adequação ao propósito de assegurar o alcance do bem comum e do interesse público.

## 2. CONTROLE SOCIAL – UM MODELO EM CONSTRUÇÃO

### 2.1. O modelo idealizado pelo ordenamento jurídico

Não se pode dizer que o controle social teve sua origem na Constituição Federal de 1988, mas, sem dúvida, a edição da denominada “Constituição Cidadã” foi um marco no delineamento do modelo que vem sendo construído desde então. Nos termos inaugurais do texto-mor (art. 1º, parágrafo único), a democracia brasileira já não é exclusivamente representativa, resgatando-se o componente que faltava na aplicação do célebre conceito lincolniano de que a democracia é o regime que realiza o governo do povo, pelo povo e para o povo (BRITTO, 1992, p. 122). Concebida à luz da democracia participativa, a carta política em vigor fortalece o conceito de cidadania ativa, reconhecendo o caráter complementar entre a representação política tradicional e a participação popular direta.

Nessa vertente, o texto constitucional instituiu relevantes mecanismos de participação popular, que transcendem o direito de voto, conferindo aos cidadãos e à sociedade civil organizada o direito à informação e de petição (arts. 5º, XXXIII/XXXIV; 31, §3º; e 162); à participação nos colegiados de órgãos públicos relacionados aos seus interesses profissionais ou previdenciários; na administração pública direta e indireta, como usuários; na fixação da política agrícola; na proteção do patrimônio cultural; na defesa e preservação do meio ambiente; e na assistência à saúde e do adolescente (arts. 10; 37, §3º; 187; 216, §1º; 225; e 227, §1º); à participação direta nos processos político-decisórios e legislativos (arts. 14, I-III; 29, XII-XIII; e 61, §2º); à participação comunitária na gestão democrática e descentralizada da seguridade social, da saúde, assistência social e ensino público (arts. 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI); à provocação do controle judicial dos atos da Administração, mediante ação popular (art. 5º, LXXIII/Lei nº 4.717/1995), ação civil pública (art. 129, III/Lei nº 7.347/1985) e outros meios (art. 5º, incisos LXVIII/art. 647 do CPP; LXIX; LXX/Lei nº 1.533/1951; LXXI; LXXII, e art. 103, IX); e à provocação do controle externo em face de irregularidades (art. 74, §2º).

Além das medidas constitucionais, merece destaque, também, a Reforma Administrativa de 1995, naquilo que diz respeito à eleição do controle social como um dos mecanismos de controle institucional, ao lado do controle de resultados e do controle por “quase-mercados” ou competição administrada<sup>3</sup>.

Em consonância com os ditames constitucionais e com os princípios norteadores da reforma administrativa, a produção legislativa buscou contemplar os meios necessários à participação popular e ao controle social da administração. Desse modo, a partir da

década de 90, foram editadas diversas normas, dispondo, entre outros, sobre: a criação de Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/1999), Conselhos de Saúde, Educação, Assistência Social, de proteção da infância e adolescência e Tutelares (Leis nºs 8.142/1990, 9.394/1996, 8.742/1993 e 8.069/1990) e Conselhos no âmbito de programas e fundos governamentais<sup>4</sup>; a instituição de instrumentos e procedimentos de transparência e gestão fiscal (LC nº 101/2000, art. 48; Leis nºs 9.755/1998 e 9.452/1997); a realização de audiências e consultas públicas (LC 101/2000, art. 9º, §4º; Leis nºs 9.784/1999, arts. 31/34; 8.666/1993, art. 39; 10.257/2001, art. 40, I, c/c 52; 9.427/1996; 9.472/1997); a participação no processo orçamentário (Leis nºs 10.257/2001, art. 44; 10.933/2004, art. 12, §1º); e a apresentação de denúncias e representações (Leis nºs 9.452/1997, art. 3º; 8.666/1993, art. 113).

Existem, ainda, em tramitação no Congresso Nacional, diversos projetos visando aperfeiçoar os mecanismos de controle social, cabendo mencionar, nesta ocasião, a Proposta de Emenda Constitucional nº 29/2003, de autoria da senadora Lúcia Vânia, que prevê, entre outras medidas, a elaboração, por lei complementar, de uma Lei de Responsabilidade Social.

Os instrumentos de controle social atualmente instituídos - informação e transparência; audiências/consultas públicas; orçamento participativo; participação em colegiados administrativos e em conselhos setoriais de gestão; representações/denúncias - vêm sendo disponibilizados e aperfeiçoados ao longo do tempo e sua utilização, também gradual, resulta do maior ou menor nível de conhecimento, conscientização e mobilização dos atores.

## 2.2 Os atores e as relações Estado-Sociedade

A partir da abertura de novos espaços sociais, uma gama de diferentes atores passou a integrar esse cenário, donde podemos destacar: cidadãos; sociedade civil organizada (Terceiro Setor); imprensa; e conselhos gestores setoriais. Tais agentes, sujeitos dos direitos de participação e controle, compõem o segmento do controle público não-estatal<sup>5</sup>. Atuam nesse amplo cenário, também, os agentes que representam o controle público estatal, os quais cooperam e/ou se relacionam com os novos atores sociais e individuais.

O protagonista é, sem dúvida, o cidadão, cuja atuação não se limita ao manuseio individual dos instrumentos de controle social, mas abrange, também, a participação no controle exercido por atores coletivos, onde seu nível de comprometimento e conscientização reflete positiva ou negativamente. A sociedade civil organizada, por sua vez, também chamada "Terceiro Setor", abrange grande número de agentes, interagindo com o Estado em três níveis principais: prestação de serviços, pressão política sobre o Estado, e apoio, com sugestões e exemplos alternativos de ação (NAVES, 2003, p. 579)<sup>6</sup>. Sem adentrarmos em discussões terminológicas<sup>7</sup>, destacamos, aqui, a atuação das Organizações Não-Governamentais, as quais, ainda segundo Naves, são classificadas em quatro grupos, a saber: caritativas, ambientalistas, cidadãos e empresariais (2003, p. 571/573).

É notória, também, a importância histórica da imprensa, mormente na divulgação de informações sobre a atuação dos entes governamentais. Relevante papel é atribuído, ainda, aos conselhos gestores setoriais (locais, municipais, estaduais, regionais ou nacionais), visto que foram instituídos como um canal de participação da sociedade nas três esferas de governo, para atuação desde o planejamento até o controle da execução



de políticas públicas. São colegiados com estruturas híbridas, em sua maioria compostas, paritariamente, por representantes do governo e da sociedade civil<sup>8</sup>.

Nesse amplo contexto, o desenho institucional das relações Estado-sociedade mostra-se dinâmico e complexo. As desigualdades socioeconômicas constituem o fator-chave que inibe a conexão entre desenvolvimento e democracia e, em última instância, a possibilidade de um contrato social em torno desses dois objetivos (GRAU, 1999, p. 233). Na obra “Repensando o público através da sociedade”, Nuria Grau (1998) traça um panorama histórico dos deslocamentos do público para o social, verificados em decorrência da democratização do Estado e da crise da democracia no Estado, onde põe em realce que o conceito de “público” não é dado, mas constitui um processo em construção, e alerta que: “o nó crítico a ser investigado é o caráter das relações entre Estado e sociedade, com a sociedade – não o Estado – no papel de protagonista” (GRAU, 1998, p. 275).

A mudança de uma matriz estadocêntrica para uma matriz sociocêntrica não significa, contudo, o enfraquecimento do Estado, mas a definição de novos papéis. A propósito dessa questão, Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 264) propõe outra concepção de Estado, por ele denominada “Estado-novíssimo-movimento-social”, resultante das profundas transformações em curso, onde, sob a mesma designação de Estado, estaria a emergir

uma nova forma de organização política mais vasta que o Estado, de que o Estado é o articulador e que integra um conjunto híbrido de fluxos, redes e organizações em que se combinam e interpenetram elementos estatais e não-estatais, nacionais, locais e globais.

No tocante ao papel da sociedade, o sociólogo português alerta que o terceiro setor, entregue a si próprio, pode contemporizar facilmente, quer com o autoritarismo do Estado, quer com o autoritarismo do mercado, de maneira que “só uma reforma simultânea do Estado e do terceiro setor, por via de articulação entre democracia representativa e democracia participativa, pode garantir a eficácia do potencial democratizante de cada um deles” (SANTOS, 1999, p. 266).

Há que se indagar, então, sobre o estágio de desenvolvimento e implementação das ações de natureza participacionista no cenário político. Examinando a questão, Ricci (2004) alerta para a necessidade de aprofundamento e sistematização das experiências de gestão participativa existentes. Segundo o autor, as instâncias de operacionalização do Orçamento Participativo e dos conselhos setoriais espalhados pelo país carecem da insuficiência de organização social, eis que não foi superada, ainda, a fase de mobilização social, característica dos movimentos sociais que lutaram pela democratização do país e que inscreveram vários instrumentos de governança social na Constituição de 1988 e em Leis Orgânicas Municipais.

Importantes, para melhor conhecimento desse cenário e sua complexidade, as pesquisas realizadas pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD sobre “A democracia na América Latina” e pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística - IBOPE, a respeito da cultura política no Brasil, noticiadas por Ricci (2004). A primeira mostra a existência de traços de natureza clientelista na base da cultura política dos países abrangidos e evidencia a predominância, no Brasil, de uma orientação ambivalente quanto à democracia. A segunda, tratando das nuances desta cultura ambivalente, dá conta, entre outras constatações, de que: apenas 6% dos entrevistados acreditam que o seu poder se exerce pela participação direta, além do voto; quanto menor o grau de instrução,

maior o índice de abstenção em relação à sensação de poder; a maioria desconhece os mecanismos de participação; e para a minoria informada, as práticas mais citadas foram: conselhos de educação, audiências públicas e orçamento participativo.

### 2.3 Experiências relatadas

No tocante ao exercício do controle social, há, na literatura e no universo acadêmico, diversos relatos, dando conta de experiências bem sucedidas e de problemas enfrentados. O orçamento participativo<sup>9</sup> é apresentado como instrumento utilizado com sucesso em diversos municípios<sup>10</sup>, o que não ocorre em nível federal. Outros instrumentos têm sido objeto de críticas, a exemplo da falta de acesso de cidadãos ao Sistema Integrado de Administração Financeira - Siafi (INESC, 2005) e das deficiências na composição dos conselhos de administração das Organizações Sociais brasileiras (SANTOS, 2000, p. 155/156).

Por opção de recorte metodológico, enfocaremos, aqui, os conselhos gestores setoriais. Consoante a Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC (IBGE, 2001, p. 57/67 e 179/183), há conselhos municipais em treze áreas ou setores do governo (Saúde, Educação, Assistência social, Direitos da criança e do adolescente, Emprego/Trabalho, Turismo, Cultura, Habitação, Meio-ambiente, Transportes, Política Urbana, Promoção do Desenvolvimento Econômico e Orçamento), tendo sido constatada, somente nas áreas de saúde, assistência social e educação (exclusive os conselhos de programas<sup>11</sup>), a existência de conselhos municipais em 5.426, 5.178 e 4.072 municípios, respectivamente.

A jurisprudência do TCU registra diversas fiscalizações, onde a atuação dos conselhos de controle social foi objeto de exame. Com base em relatórios de auditorias realizadas nas áreas de saúde<sup>12</sup>, assistência social<sup>13</sup> e educação - Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE<sup>14</sup> e Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental – Fundef<sup>15</sup> -, selecionados por serem relativos a áreas que concentram significativo número de colegiados, identificamos, no elenco de falhas verificadas pelas equipes de auditoria, aquelas que são comuns aos conselhos avaliados, as quais podem ser assim agrupadas:

**(a) quanto à constituição/composição:** inobservância do princípio da segregação de funções, ingerência do Poder Executivo ou de representantes de entidades beneficiárias na atuação dos conselhos e/ou na designação dos seus componentes, falta de independência dos colegiados e instituição de conselhos sem a representatividade de todos os segmentos previstos pela legislação;

**(b) quanto à atuação:** existência de colegiados meramente formais, que não realizam fiscalizações; acompanhamento insatisfatório da aplicação dos recursos (baixa realização de fiscalizações e auditorias, falta de metodologia, enfoque restrito a aspectos qualitativos e procedimentais, que não permitem a avaliação do emprego dos recursos); análise insatisfatória das prestações de contas, ensejando a aprovação indevida das mesmas pelos órgãos repassadores dos recursos; falta de integração com os órgãos de controle oficial; e omissão na comunicação de irregularidades constatadas;

**(c) quanto aos conselheiros:** falta de conhecimento técnico e/ou dos objetivos e procedimentos do programa ou fundo, despreparo, desinteresse ou baixo grau de motivação por parte de alguns membros; indisponibilidade de tempo para as

atividades do colegiado, em face do caráter voluntário do trabalho ou da participação em mais de um conselho; não comparecimento sistemático às reuniões.

**(d) quanto às condições de trabalho:** falta de condições logísticas para funcionamento (local para reuniões e guarda de documentos, deslocamento de conselheiros); ausência de treinamento ou deficiência das ações destinadas à capacitação de conselheiros; falta de informações necessárias ao exercício das competências; dificuldades de compreensão da linguagem utilizada em modelos de relatórios gerenciais; deficiências nas orientações dirigidas aos conselhos municipais por conselhos estaduais, nacionais ou pelos órgãos repassadores.

Note-se que constatações nesse mesmo sentido têm sido anunciadas pela Controladoria-Geral da União<sup>16</sup>. A esse rol, podem ser acrescidos, também, outros problemas apontados pelo IBGE<sup>17</sup> e por trabalhos acadêmicos<sup>18</sup>.

Tais fatos evidenciam que foram dados passos imprescindíveis ao desenvolvimento de um modelo de controle social, mas que ainda há muito a ser feito. Trata-se, na realidade, de um processo contínuo de construção, em que atores públicos, estatais e não-estatais, são reiteradamente chamados a enfrentar inúmeros desafios, com vistas à consolidação das conquistas e à abertura de novos horizontes, rumo ao desenvolvimento de um Estado e de uma sociedade fortes, cujas relações possibilitem uma governabilidade democrática.

### 3. O TCU E O CONTROLE SOCIAL

O controle social há muito tem estado presente na agenda de discussões do Tribunal<sup>19</sup>. A partir de 2003, reconhecendo a necessidade de incorporar a sociedade civil organizada em uma rede de controle para prevenir a corrupção e o desperdício e desenvolver, em cada cidadão, uma postura de co-responsabilidade no controle da coisa pública, o Tribunal passou a incluir em seus Planos Estratégicos, o estímulo ao controle social como objetivo institucional (Portarias TCU nºs 59/2003 e 002/2006), estabelecendo metas voltadas ao fortalecimento desse controle (Portaria nº 28/2005).

Além disso, outros objetivos estratégicos, que guardam estreita relação com o tema, vêm sendo estabelecidos, a exemplo da atuação em parceria com órgãos públicos e com a rede de controle, da intensificação do relacionamento com o Congresso Nacional e a sociedade, e da ampliação do uso de tecnologia da informação nas ações de controle (v. PET 2006/2010, aprovado pela Portaria nº 02/2006), além de outras ações internas, voltadas à modernização e fortalecimento institucional.

A atuação do Tribunal tem se pautado pela busca do diálogo com a sociedade. Assim é que, por meio da Resolução TCU nº 169, de 05/05/2004, foi instituída a Ouvidoria do Tribunal, abrindo um canal permanente para a apresentação de denúncias, sugestões e para o esclarecimento de dúvidas sobre questões alusivas à aplicação de recursos públicos. As ações voltadas ao fortalecimento do controle social foram disciplinadas pela Portaria TCU nº 176, de 03/08/2004, que previu, entre outras medidas, a realização de encontros de natureza educativa com segmentos da sociedade civil; a divulgação de cartilhas e outras publicações voltadas ao estímulo do controle; a divulgação de informações de interesse da sociedade civil em locais acessíveis e em formato de fácil compreensão e dos canais para fornecimento de informações ao TCU sobre irregularidade no uso de recursos públicos.

Entre as medidas adotadas, assume especial relevância o Projeto “Diálogo Público” (convertido em Programa a partir de 2006), que visa incrementar o diálogo do Tribunal com a sociedade, por meio da divulgação das ações de controle e seus resultados, assim como o fortalecimento da integração com o Congresso Nacional, com os gestores públicos jurisdicionados ao TCU e com a sociedade civil, mediante a realização de eventos de cunho essencialmente educativo e de orientação, para discussão de temas ligados à administração pública, principalmente, o controle social dos gastos públicos. Entre 2004 e o primeiro semestre de 2005 foram realizados 54 encontros em todo o país, contando com a presença de mais de 19.500 participantes (gestores públicos, representantes de órgãos de controle interno e externo e de segmentos da sociedade civil), enfocando diversos temas (controle social e cidadania; controle social e atuação de agentes de controle social; Lei de Responsabilidade Fiscal; entre outros)<sup>20</sup>, com distribuição de cerca de doze mil publicações do TCU sobre obras públicas, convênios, licenciamento ambiental, licitações e contratos, e outros temas. Além disso, foram recebidos estudantes para visitas monitoradas e elaborada, em janeiro de 2005, publicação destinada ao público infantil (“Revistinha do TCU”).

Além das ações de cunho pedagógico, merece registro, também, a implementação de projetos de relevante interesse social, a exemplo do Projeto Cerds - Controle Externo com Foco na Redução da Desigualdade Social (2002) instituído para avaliar programas governamentais e modelos regulatórios de serviços públicos, com foco na redução das desigualdades sociais e do Projeto Combate – Estratégia de Combate à Fraude e à Corrupção (2005), criado com o objetivo de incrementar a capacidade institucional do TCU para prevenir, detectar, investigar e punir a ocorrência de casos de fraude e corrupção no âmbito da Administração Pública, onde se prevê o estabelecimento de parcerias com ONGs, OSCIPs e outras instituições, para medir a percepção de corrupção na esfera federal e para a divulgação das ações de controle (anexo da Portaria TCU nº 150, de 15/07/2005).

196

Ainda no âmbito das ações de fiscalização, cabe mencionar os painéis de referência realizados quando das auditorias de natureza operacional, com o objetivo de discutir o planejamento dos trabalhos (fontes de informação, estratégia metodológica, método de análise) ou os achados de auditoria (análises e evidências, causas, efeitos, recomendações e benefícios esperados) com representantes de instituições governamentais, da sociedade civil e da academia, envolvidos direta ou indiretamente no programa avaliado.

No que diz respeito especificamente aos conselhos, consoante a já mencionada Portaria nº 176/2004, o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE foi objeto de estratégia-piloto de orientação e capacitação de membros de conselhos sociais, com a elaboração da “Cartilha para Conselheiros” do PNAE e a realização, até o primeiro semestre de 2005, de 53 encontros entre as unidades técnico-executivas do Tribunal e os Conselheiros daquele Programa, além de diretores de escolas, merendeiras, representantes da Controladoria Geral da União - CGU e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE<sup>21</sup>. Os treinamentos ministrados abrangeram temas como: a importância do trabalho dos conselheiros e da independência dos conselhos; informações sobre os objetivos do Programa, as competências dos conselheiros e as normas que devem ser observadas; exemplos de falhas verificadas pelo TCU; e esclarecimento de dúvidas sobre licitações e outros procedimentos.

É importante registrar, por fim, as recomendações formuladas pelo Tribunal ao apreciar relatórios de auditorias e outros processos relacionados aos conselhos, visando ao aprimoramento das regras estabelecidas, a exemplo de sugestões ao Poder Executivo e ao Congresso Nacional para alteração e edição de normas quanto à competência,

composição e funcionamento dos conselhos (v.g. Decisão n° 995/2002 e Acórdão n° 158/2003, ambos do Plenário), à composição das prestações de contas e à melhoria das condições de trabalho (v.g. Acórdão n° 700/2004-Plenário). A propósito, a senadora Lúcia Vânia, ao elaborar a já mencionada PEC n° 29/2003, baseou-se em comunicações do TCU ao Congresso sobre deficiências no controle social (União, 6/9/2004, p. 2-5). Há, também, diversas recomendações, objetivando a viabilização do acesso às informações e a capacitação de conselheiros, assim como a divulgação de boas práticas verificadas no âmbito dos conselhos auditados (v.g. Decisão n° 995/2002, Acórdãos n°s 158/2003 e 700/2004, todos do Plenário).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do controle social tem merecido crescente atenção também por parte de outros órgãos e entidades governamentais, no âmbito dos poderes executivo, legislativo, judiciário e do Ministério Público, seja na esfera federal, estadual ou municipal<sup>22</sup>. Do mesmo modo, a sociedade civil organizada, em seus mais variados segmentos, tem envidado esforços neste mesmo sentido<sup>23</sup>. As medidas adotadas até agora integram o lento e gradual processo de legitimação dos instrumentos criados para o incremento do controle social e para a ruptura do padrão de cultura política predominante, contribuindo, assim, para a construção e consolidação de um modelo mais efetivo.

O desafio é imenso. No caso dos conselhos gestores setoriais, conforme já mencionado, o universo é extremamente abrangente e tende a crescer ainda mais, mormente em face da criação de novos programas governamentais que contam com instâncias de controle social. Além disso, a cada mudança na composição dos conselhos, em decorrência da troca periódica das administrações municipais ou de alterações promovidas nos programas, são descontinuadas ações já implementadas e surge a necessidade de novos treinamentos. Não se pode olvidar, também, a existência de diferentes níveis de conscientização da população local e de formação dos conselheiros. Esses são apenas alguns fatores que tornam imprescindível que experiências como a estratégia-piloto desenvolvida junto ao PNAE<sup>24</sup> sejam estendidas a outros setores e programas governamentais<sup>25</sup>.

Conforme bem assinalou Ricci (2004), há que se buscar a adoção de medidas que possam suprir a insuficiência de organização social das instâncias de operacionalização do controle social. Neste sentido, além das ações em curso, o Tribunal poderia criar um portal do controle social, destinado à formação de uma rede de conselhos, onde possam ser divulgados os cadastros dos conselhos instalados por todo o país, atas de reuniões e outras informações julgadas interessantes, eventos, cartilhas e outros materiais informativos, boas práticas que estimulem o aperfeiçoamento da atuação dos conselhos, e esclarecidas dúvidas suscitadas por conselheiros<sup>26</sup>. Tal providência, além de constituir uma ferramenta de controle da atuação desses colegiados, pode ensejar, entre outros benefícios, o maior comprometimento dos seus membros com as atividades desenvolvidas, tanto pela maior visibilidade e transparência da atuação dos conselhos, como, também, pela troca de experiências entre colegiados de setores ou programas afins.

Dada a amplitude do universo a ser abrangido, tanto a extensão da experiência do PNAE a outros programas, como as providências necessárias à criação do cadastro de conselhos, poderiam contar com a parceria de instituições públicas nas três esferas governamentais e, também, de entidades integrantes do Terceiro Setor, a exemplo de Organizações Não-Governamentais que integram o grupo de instituições voltadas para o desenvolvimento da cidadania, anteriormente mencionado<sup>27</sup>. A ação conjunta

desses agentes, além de propiciar a otimização de recursos, pode proporcionar o estreitamento de relações e o aumento da confiança mútua entre atores governamentais e não-governamentais<sup>28</sup>.

Como se vê, o fortalecimento do controle social e a consolidação da democracia participativa no Brasil têm, pela frente, muitos degraus a serem superados e uma longa jornada a ser cumprida, mormente em face da luta travada entre aqueles que buscam tirar proveito pessoal da *res publica* e entre aqueles que trabalham para que a transparência no seu trato e a garantia do interesse público sejam parte da cultura nacional. Cabe ao Tribunal, diante da magnitude do desafio, buscar soluções criativas que possam contribuir para o desenvolvimento da cidadania e para a consolidação de uma sociedade verdadeiramente democrática, onde o desenvolvimento econômico se harmonize com a justiça social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Selma Maquiné. **A participação social no acompanhamento do Fundef**. Brasília, 2005. Dissertação de Mestrado em Educação. Faculdade de Educação, UnB.

BRASIL. Cartilha para conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar. Brasília: TCU, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** - texto constitucional promulgado em 05/10/1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n<sup>os</sup> 1/92 a 46/2005 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n<sup>os</sup> 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 2005.

198

BRASIL. Portaria n<sup>o</sup> 59, de 20/01/2003. Aprova o Plano Estratégico do TCU para o período de 2003/2007. Brasília: BTCU Especial, n. 03/2003.

BRASIL. Proposta de Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 029/2003, de 30/04/2003. Dá nova redação ao art. 193 da Constituição Federal, que trata da ordem social. Brasília: Senado Federal ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)), acesso em 19/12/2005).

BRASIL. Resolução n<sup>o</sup> 169, de 05/05/2004. Institui a Ouvidoria do TCU. Brasília: BTCU, n. 18/2004.

BRASIL. Portaria n<sup>o</sup> 176, de 03/08/2004. Disciplina o desenvolvimento de ações do TCU para o fortalecimento do controle social. Brasília: BTCU, n. 30/2004.

BRASIL. Portaria n<sup>o</sup> 28, de 14/01/2005. Aprova o Plano de Diretrizes para o período de 2005/2006. Brasília: BTCU, n. 10/2005.

BRASIL. Portaria n<sup>o</sup> 150, de 15/07/2005. Aprova a realização do Projeto Combate à Fraude e à Corrupção – Combate e designa seu gestor. Brasília: BTCU, n. 28/2005.

BRASIL. Portaria n<sup>o</sup> 002, de 05/01/2006. Aprova a atualização do Plano Estratégico do Tribunal de Contas da União para o quinquênio 2006 - 2010. Brasília: BTCU, n. 1/2006.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Cidadania e *res publica*: a emergência dos direitos republicanos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: ano 34, n. 136, out-dez/1997, p. 289-313.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado para a cidadania** – a Reforma Gerencial brasileira na perspectiva internacional. Brasília: ENAP, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista de Direito Administrativo**. Brasília: n. 189, 1992, p. 115-122.

CÔRTEZ, Sara da Nova Quadros. **Controle Social do Estado como estratégia de emancipação e qualificação da democracia**: uma reflexão teórica a partir dos Grupos de Cidadania da Diocese de Barra – Bahia. Brasília, 2003. Dissertação de mestrado em Direito e Estado. Faculdade de Direito, UnB.

FERREIRA, Cláudia Vieira. **A contribuição do Tribunal de Contas da União para o aprimoramento do controle social**: o caso dos conselhos de alimentação escolar. Brasília, 2005. Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação em Controle Externo. ISC/TCU.

GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade**: novas formas de gestão pública e representação social. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998.

\_\_\_\_\_. Situando algumas das condições de um novo contrato social: a ruptura de mitos para a reconstrução e desenvolvimento de seus negociadores. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL (IBAM). Políticas sociais: novos desafios, novos paradigmas. In: NORONHA, Rudolf de et al (org.). **Conselhos Municipais e Políticas Sociais**. Rio de Janeiro: IBAM/IPEA, 1997, p. 26-37.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa de Informações Básicas Municipais**: perfil dos municípios brasileiros, gestão 2001. Brasília: IBGE, 2003.

INSTITUTO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (INESC). **Orçamento**. Brasília: ano III, n. 6, dez/2004.

\_\_\_\_\_. O acesso às informações públicas. **Nota Técnica**. Brasília: set, 2005.

NAVES, Rubens. Terceiro Setor: Novas possibilidades para o exercício da cidadania. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). **História da Cidadania**. 2ª ed., São Paulo: Contexto, 2003, p. 562-583.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. **Por uma construção democrática do direito à saúde**: a Constituição Federal, os instrumentos de participação social e a experiência do Conselho Nacional de Saúde. Brasília, 2005. Dissertação de mestrado em Direito, Estado e Constituição. Faculdade de Direito, UnB.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma reinvenção solidária e participativa do Estado. In: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, WILHEIM, Jorge e SOLA, Lourdes (orgs.). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SANTOS, Luiz Alberto. **Agencificação, Publicização, Contratualização e Controle Social**: possibilidades no âmbito da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: DIAP, 2000.

SANTOS, Jair Lima. Tribunal de Contas da União & Controles Estatal e Social da Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2003.

SANTOS, Romualdo Anselmo dos. **Controle Social da Política de Saúde no Brasil**. Brasília, 1999. Dissertação de mestrado em Ciência Política. Departamento de Ciência Política, UnB.

RICCI, Rudá. Contradições na implementação das ações de participação. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 36, maio/2004. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br>. Acesso em 29/12/2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle Social: promovendo a aproximação entre Administração Pública e a Cidadania. In: Prêmio Serzedello Corrêa 2001 - Monografias vencedoras: Perspectivas para o Controle Social e a Transparência da Administração Pública. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2002, p. 75-139.

## NOTAS

<sup>1</sup> Já em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelecia (arts. 14 e 15): “Todos os cidadãos têm o direito de verificar, por eles mesmos ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de acompanhar-lhe o emprego, de lhe determinar a quota, a cobrança e a duração; (...) A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público por sua administração”.

<sup>2</sup> Não cuidaremos, aqui, das distinções entre participação popular e controle social. Consideraremos, apenas, que este é espécie do gênero participação popular, adotando a interpretação de Juarez Freitas (*apud* SANTOS, 2003, p. 92-93). Abordagens sobre as distinções e aproximações conceituais entre controle social e participação popular podem ser vistas em: BRITTO, 1997, p. 114-122; VALLE, 2002, p. 82-89.

<sup>3</sup> O Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado - PDRA dividiu o Estado em Núcleo Estratégico, Atividades Exclusivas, serviços não-exclusivos e serviços e bens produzidos para o mercado e buscou substituir o modelo burocrático clássico (baseado na unidade de comando e no controle dos processos administrativos, com forte enfoque na legalidade), pelo modelo de administração gerencial (calcado na descentralização dos serviços sociais, na administração por objetivos e na redução dos controles clássicos). Maiores detalhes: Bresser Pereira (1998).

<sup>4</sup> Apenas para evidenciar a abrangência do modelo em questão, apresentamos, a seguir, um rol, não exaustivo, de programas que criam espaço para a atuação de conselhos de controle social: Programa Nacional de Alimentação Escolar (MP nº 2.178-36/2001); Bolsa-Família (Lei nº 10.836/2004, que unificou os programas “Bolsa-Escola”, “Bolsa-Alimentação”, Programa Nacional de Acesso à Alimentação, Programa Auxílio-Gás e Cadastro Único do Governo Federal); Programa Nacional de Inclusão de Jovens (Lei nº 11.129/2005); os Conselhos do Fundef (Lei nº 9.424/1996, que agregam as atribuições de acompanhamento, além do próprio Fundef, de outros programas na área de educação, a exemplo do Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar – PNATE, Programa de Apoio aos Sistemas de Ensino para Atendimento à Educação de Jovens e Adultos – Lei nº 10.880/2004; e Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência – PAED - Lei nº 10.845/2004).

<sup>5</sup> Segundo SANTOS (2003, p. 47/53), o controle público pode ser estatal e não-estatal. O primeiro engloba os controles interno e externo, este último com três segmentos: jurisdicional (Poder Judiciário), parlamentar ou político (Congresso Nacional, e que pode ser direto ou indireto) e o controle exercido diretamente pelo TCU. O segundo (controle público não-estatal) é onde se localiza o controle social.

<sup>6</sup> O “Terceiro Setor” carece de definição precisa. Trata-se de um conceito complexo e heterogêneo, conforme assinala Naves, que, em parceria com José Eduardo Marques Mauro, assim o define: “Conjunto de atividades espontâneas, não governamentais e não lucrativas, de interesse público,



realizadas em benefício geral da sociedade e que se desenvolvem independentemente dos demais setores (Estado e Mercado), embora deles possa, ou deva, receber colaboração” (NAVES, 2003, p. 574). Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 250/256) entende que o termo é “uma designação residual e vaga com que se pretende dar conta de um vastíssimo conjunto de organizações sociais que não são nem estatais nem mercantis, ou seja, organizações sociais que, por um lado, sendo privadas, não visam fins lucrativos, e, por outro lado, sendo animadas por objetivos sociais, públicos ou coletivos, não são estatais”.

<sup>7</sup> Maiores detalhes: ver Boaventura de Sousa Santos (1999, p. 251): “as designações vernáculas do terceiro setor variam de país para país e as variações (...) refletem histórias e tradições diferentes, diferentes culturas e contextos políticos”, sendo que, em alguns países, o Terceiro Setor “é conhecido pelo nome bem mais corrente de Organizações Não-Governamentais (ONGs)”. Bresser Pereira (1997, p. 295), por sua vez, ao tratar da designação das instituições públicas não estatais como ONGs, numa tradução da denominação americana, considera o termo impróprio, alegando que na tradição anglo-saxônica, Estado e Governo são confundidos, sendo necessário, além de afirmar que a instituição é não-estatal, asseverar que é pública, pertence a todos.

<sup>8</sup> Os conselhos criados a partir da CF/88 são resultado de mobilizações sociais e de debates havidos à época da Assembleia Nacional Constituinte (v. histórico apresentado por OLIVEIRA, 2005, p. 74-95, 116 e 128-131). A partir da metade dos anos 90, passaram a ser constituídos também no âmbito de programas e fundos governamentais. Segundo o IBAM (1997, p. 27) eles se agrupam, grosso modo, em conselhos de direitos, ligados à formulação e acompanhamento de políticas setoriais (saúde, criança, etc.) e conselhos de programas, voltados para ações concretas e de gestão operacional (alimentação, merenda escolar, etc.). As denominações, estruturas organizativas, grau de autonomia e deliberação, além da própria composição desses colegiados variam de acordo com a área ou programa a que se vinculam.

<sup>9</sup> Trata-se de instrumento político-administrativo de gestão compartilhada, cuja origem se deu em Porto Alegre em 1989. Fundamenta-se na deliberação popular de assembleias comunitárias, visando decidir sobre a aplicação dos recursos orçamentários alocados para atendimento de demandas populares. A Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), art. 44, estabelece a realização de debates, audiências e consultas populares, no plano municipal, sobre Plano Plurianual, Lei das Diretrizes Orçamentária e Orçamento Anual como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal. Em nível federal, a Lei nº 10.933/2004 (PPA 2004/2007), art. 12, §1º, prevê que “O Poder Executivo promoverá a participação da sociedade civil organizada na avaliação e nas alterações do Plano Plurianual”. Contudo, a despeito da realização de Fóruns Estaduais de consulta do PPA, em 2003, as propostas oferecidas pela sociedade civil não foram incorporadas (INESC, 2004).

<sup>10</sup> Entre os diversos relatos sobre êxitos desse instrumento, ver Santos (2003, p. 105/106).

<sup>11</sup> O IBGE registra que, devido à criação de Conselhos para programas educacionais específicos como condição para o recebimento de recursos, muitos municípios não instauraram conselhos de educação para políticas de âmbito mais geral.

<sup>12</sup> V. Decisões nº 635/1999 (TC-014.640/1997-0) e 955/1999 (TC-011.773/1999-5) e os Acórdãos nº 1843/2003 (TC-018.134/2002-0) e 726/2005 (TC-018.215/2004-7), todos do Plenário.

<sup>13</sup> V. Acórdão nº 700/2004-Plenário: Relatório Consolidado da Auditoria Operacional (2003) realizada no Conselho Nacional de Assistência Social, Conselho de Assistência Social do Distrito Federal e em conselhos de assistência social (13 estados, 38 municípios, exercícios de 2001/2002), para avaliar aspectos do funcionamento dos CAS nas seguintes áreas temáticas: controle da aplicação dos recursos federais na esfera de atuação do conselho, adequação dos métodos utilizados, condições de funcionamento, fatores limitantes e resultados das fiscalizações (TC-006.509/2002-7).

<sup>14</sup> Os trabalhos relativos ao PNAE abordaram, em capítulo específico, a atuação dos Conselhos de Alimentação Escolar – CÂES. V. Acórdão nº 158/2003-Plenário: Auditoria Integrada (2002) no FNDE e em entidades executoras do PNAE (21 estados, 58 prefeituras e 9 secretarias estaduais de educação, exercícios de 2000/2001), para avaliar a execução do Programa e sua sistemática de controle (TC-006.440/2002-1). V., também, Decisão nº 596/2000-Plenário: auditoria operacional (1999), no FNDE (TC-010.989/1999-4).

<sup>15</sup> V. Decisão nº 995/2002-Plenário: Auditoria consolidada (2001) no Fundef (8 estados, 52 municípios), para avaliar a sistemática de controle de aplicação de recursos do Fundo.

- <sup>16</sup> V. palestras proferidas pela CGU em eventos do Tribunal: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br), acesso em 14/11/2005.
- <sup>17</sup> Sobre os Conselhos de Saúde e Assistência Social, o IBGE (2003) constatou: - funcionamento: embora a maioria esteja efetivamente funcionando, é significativo o percentual de colegiados que parecem estar constituídos apenas para cumprir um dispositivo legal; - composição: em cerca de 6% dos municípios a paridade não é respeitada; - periodicidade das reuniões: irregular em cerca de 10% dos municípios.
- <sup>18</sup> Diversas monografias registram, ainda: conselheiros utilizam *status* para obter benefícios pessoais na comunidade; instituição de conselhos “laranja”, apenas para garantir o recebimento de recursos; deliberações nem sempre buscam o interesse coletivo; necessidade de maior participação do segmento dos usuários nos conselhos municipais de saúde; pouco uso de meios de divulgação e comunicação com a comunidade pelos conselhos (OLIVEIRA, 2005, p. 113, 119, 125, 147/148); a legislação que criou os conselhos municipais de saúde não contempla a avaliação periódica, nem o uso de indicadores de desempenho capazes de refletir a qualidade do serviço controlado pelo conselho; desconhecimento dos conselhos pelos usuários (SANTOS, Romualdo, 1999, p. 75/76); alteração da composição dos conselhos do Fundef a cada eleição municipal, dificultando a “consolidação” dos mesmos; necessidade de capacitação dos conselheiros de forma sistemática e contínua, especialmente porque desde 2004 os conselhos do Fundef passaram a assumir novas atribuições no acompanhamento e controle social de outros programas federais (BARBOSA, 2005, p. 116).
- <sup>19</sup> V. Projeto Tendências do Controle da Gestão Pública (Portaria TCU nº 525, de 27/11/1998); Prêmio Serzedello Corrêa- 2001, com o tema “Perspectivas para o Controle Social e Transparência da Administração Pública”.
- <sup>20</sup> Cf. “Relatório de Avaliação Intermediária”, elaborado pela Unidade de Coordenação do Projeto de Apoio à Modernização do TCU, em junho de 2005. Para 2006, prevê-se a realização de eventos da mesma natureza, voltados para as ONGs e OSCIPs.
- <sup>21</sup> V. Relatório de Avaliação Intermediária, UCP, jun/2005, anteriormente citado.
- <sup>22</sup> Dentre os inúmeros exemplos, cabe citar: ações implementadas pela CGU (Portal da Transparência, Projeto de Mobilização e Capacitação de Agentes Municipais, Conselhos e Lideranças Locais, concursos de monografias em escolas de 1º e 2º graus - [www.cgu.gov.br](http://www.cgu.gov.br)); Sistema de Informações Siga Brasil ([www.senado.gov.br/siga](http://www.senado.gov.br/siga)); “Cartilha de Fiscalização Financeira e Controle – Um Manual de Exercício da Cidadania” ([www.camara.gov.br/comissoes/permanentes/cffc](http://www.camara.gov.br/comissoes/permanentes/cffc)).
- <sup>23</sup> P.ex.: “Quem não deve não teme” ([www.controlepopular.org.br](http://www.controlepopular.org.br)); “Adote um Município” ([www.auditar.org.br](http://www.auditar.org.br)).
- <sup>24</sup> V. relato apresentado por Ferreira (2004, p. 51/54).
- <sup>25</sup> O Acórdão nº 700/2004-Plenário (subitem 9.8) determinou providências para elaboração de uma cartilha sobre o controle social dos recursos públicos no âmbito dos Conselhos de Assistência Social.
- <sup>26</sup> O Tribunal de Contas do Paraná deu início, em 2005, à elaboração do cadastro de conselhos municipais constituídos naquele estado - portal do controle social ([www.tce.pr.gov.br](http://www.tce.pr.gov.br)).
- <sup>27</sup> Muitas dessas instituições já têm atuado na capacitação de cidadãos (v.g. [www.polis.org.br](http://www.polis.org.br)) e em outras atividades relacionadas às ações aqui sugeridas. A parceria com tais instituições tende a possibilitar que o treinamento seja elaborado de maneira mais compatível com as necessidades locais, evitando-se os problemas de inadequação das ações relatados por Oliveira (2005, p. 110).
- <sup>28</sup> A despeito da existência, na jurisprudência do Tribunal, de diversos relatos de irregularidades praticadas por ONGs em convênios firmados para prestação de serviços, entendemos que tais fatos não podem ser considerados obstáculo às parcerias com instituições idôneas, a exemplo do que vem fazendo a CGU (com a ONG Avante, no projeto de mobilização e capacitação de agentes municipais), ou como previsto no Projeto Combate à fraude e à corrupção, aprovado pela Portaria TCU nº 150/2005 (parcerias com ONGs, OSCIPs, universidades, etc.).

# PARTICIPAÇÃO SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA: A INTERVENÇÃO SOCIAL NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

LYGIA BANDEIRA DE MELLO PARENTE

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL; 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO; 3. PARTICIPAÇÃO SOCIAL; 4. CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O artigo ora apresentado tem por objetivo identificar de que modo a inserção de mecanismos de participação social contida na Constituição Federal brasileira pode ser entendida como um instrumento para a construção e consolidação da cidadania, especialmente, no âmbito da Administração Pública Federal brasileira.

Para desenvolver este trabalho, buscou-se dar ênfase aos aspectos constitucionais relacionados à cidadania e à estrutura do Estado. Partiu-se, assim, da análise das afirmações contidas no Preâmbulo da Constituição brasileira, promulgada em 1988 por representantes do povo reunidos em Assembléia Nacional Constituinte que instituíram um Estado Democrático destinado a assegurar, dentre outros, o exercício dos direitos sociais e individuais.

A preocupação com a garantia e a proteção aos direitos sociais e individuais encontra-se refletida em diversos capítulos da Carta Magna. Nesse sentido, merece destaque o Capítulo VII, do Título III, dedicado à Administração Pública, onde se observa a preocupação do legislador em vincular o Direito Administrativo aos princípios constitucionais básicos e em especial ao cumprimento dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Nesse contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, o cidadão, como titular de direitos e no gozo da cidadania plena, pode e deve desempenhar suas prerrogativas reconhecidas e elencadas tanto na Constituição como na legislação infraconstitucional, bem como participar da gestão dos negócios do Estado.

A atribuição desse poder ao cidadão assegura que a formulação de políticas públicas deixe de ser monopólio do Estado. Desse modo, uma das obrigações assumidas pela Administração Pública é o dever de agir com transparência, dando a devida publicidade aos seus atos de gestão, para que sejam conhecidos e fiscalizados pelo povo.

Também subsidiou essa análise, a Carta Democrática Interamericana elaborada pela Organização dos Estados Americanos<sup>1</sup>, que afirma em seu artigo primeiro, que os povos da América têm direito à democracia, sendo obrigação de seus governos promovê-la e defendê-la. Nesse documento, a democracia é reafirmada como essencial para o desenvolvimento social, político e econômico de seus cidadãos.

Considerando que o fenômeno da participação social, inscrito na legislação brasileira e em normas internacionais, pode ser tomado como objeto de estudo por diversas ciências, identificar seu exercício com fundamento na leitura da Constituição é

uma interpretação que pode ser feita com base na interdisciplinaridade existente entre direito, sociologia, filosofia, economia e outras áreas do conhecimento.

Essa característica multifacetada da análise proposta serviu como norte para a elaboração desse artigo, que tem como escopo dar uma breve visão da participação social prevista na Constituição Federal, partindo do pressuposto de que o Estado brasileiro reconhece que a participação social contribui, ao mesmo tempo, para construção da democracia, para o fortalecimento da cidadania e para melhoria do desempenho da Administração Pública.

## 1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL

A origem da democracia ocidental pode ser identificada na conexão entre o princípio de soberania popular formulado por Locke e a democracia rousseauiana. A razão desse Estado, que é a autodeterminação e o autogoverno dos cidadãos, exige uma organização da República que tenha como objetivo a maior participação e co-decisão possível de todos os cidadãos nos assuntos públicos de sua comunidade (MERLIN, 2004).

Nessa concepção, para que seja possível a coexistência desses conceitos é preciso que o governo da maioria, tradicionalmente organizado sob a forma de uma democracia representativa, seja limitado pelos princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais, de proteção à minoria, de divisão de poderes e garantia de vinculação do poder estatal ao direito. Um Estado que contemple essas condições pressupõe a existência de uma associação civil sob leis jurídicas ajustadas aos princípios de liberdade, de igualdade, de independência dos cidadãos.

204

Constitucionalmente, o Brasil é uma República Federativa instituída na forma de Estado Democrático de Direito, ou seja, a União confere unidade política e econômica à pluralidade de centros de poder dos entes federados, que são regidos por um conjunto de regras que garantem à sociedade civil o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios do Estado. Essas características, próprias da organização política e administrativa do Estado brasileiro, outorgam aos indivíduos os atributos necessários para o exercício da cidadania que são: liberdade, participação e igualdade.

Desse modo, o arcabouço jurídico contido na Constituição reflete o pluralismo político, econômico e social da sociedade brasileira contemporânea que exerce seus direitos, na maioria das vezes, sob a forma representativa, pois a complexidade de atribuições imputadas aos Estados modernos impossibilita o exercício direto do poder pelo povo.

A configuração constitucional do Estado Democrático de Direito exige que o país seja regido por normas democráticas e com respeito aos direitos e garantias fundamentais atribuídas ao povo brasileiro. Esses direitos e garantias, dispostos no Título II da Constituição, encontram-se organizados da seguinte forma: direitos e deveres individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e, por fim, dos partidos políticos.

Outra condição necessária à democracia, e também consolidada constitucionalmente, é a garantia da capacidade de dissentir oferecida à população. A liberdade de expressão numa sociedade pluralista permite que haja uma melhor distribuição do poder entre os grupos de pressão, possibilitando uma competição política

e social, na qual todos podem participar sem discriminação e privilégio, além de impedir que uma parcela da sociedade fique desprotegida.

Dessa forma, a participação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade, pois a tipologia a ser adotada para caracterizar o Estado, como liberal, ou social, ou democrático, decorre da forma como a sociedade está organizada. Do mesmo modo que essa relação de força entre as organizações, que exercem direta ou indiretamente algum poder político, se modificam ao longo do tempo, o Estado recebe sucessivas denominações.

Portanto, pode-se aplicar o conceito desenvolvido por Pietro (1999), segundo o qual o Brasil é um Estado de Direito Social e Democrático, pois sua organização política-administrativa atual representa a evolução sofrida ao longo de suas transformações, que foi aglutinando os paradigmas do Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, do Estado Social, protetor do bem comum, passando a ser também Estado Democrático.

## 2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

A Constituição de 1988 inovou em matéria de Administração Pública. Ao dedicar o Capítulo VII aos princípios e preceitos básicos referentes à gestão da coisa pública, as normas administrativas foram constitucionalizadas de forma a possibilitar a consagração de uma Teoria Geral do Direito Constitucional Administrativo. Privilegiou-se, assim, a observância dos princípios constitucionais básicos, com a finalidade de limitar o poder estatal ao prever instrumentos de controle e meios de responsabilização dos agentes públicos<sup>2</sup> (CRETELLA JUNIOR, 1998).

Em outras palavras, o princípio da constitucionalidade da Administração é a aplicação no âmbito administrativo do princípio geral da constitucionalidade dos atos do Estado. Por conseqüência, todos os poderes e órgãos do Estado estão submetidos às normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição, componentes fundamentais do exercício da democracia, que podem ser utilizados pela sociedade como instrumento de controle em todos os níveis da Administração Pública<sup>3</sup> (CANOTILHO e MOREIRA apud MORAES, 2004).

Dois princípios constitucionais são de extrema relevância para o Direito Administrativo: a legalidade e a supremacia do interesse público. Ambos presentes tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução pela Administração Pública e com o objetivo primordial de atender ao bem-estar coletivo.

Nesse contexto, a segurança constitucional é assegurada por meio do controle jurisdicional. Em decorrência dessa garantia, nenhuma lei mesmo que decorra de ato da Administração, excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão ao particular.

A Constituição prevê ainda a intervenção do cidadão contra a ilegalidade administrativa por meio de outros mecanismos específicos. Nesse sentido, pode-se citar a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção, tudo isto, sem falar no controle exercido pelo Legislativo, pelo Tribunal de Contas da União e pelo Executivo na fiscalização da própria Administração.

Considerando que a sociedade contemporânea supõe uma diversidade de atores sociais com pensamentos divergentes, é fundamental que o Estado no desenvolvimento

das suas ações cuide para que sejam respeitados os direitos à igualdade e à diferença. Para isso, é importante a ampliação e a consolidação de esferas públicas democráticas que permitam a participação dos diversos grupos sociais, propiciando ainda a capacitação das comunidades no que diz respeito à cidadania, direitos humanos e políticas pública.

Portanto, mais que a participação primária da democracia representativa simples por voto direto, torna-se necessário o fortalecimento das diversas formas de participação cidadã<sup>4</sup>. Nesse aspecto, nota-se a formação no âmbito da Administração Pública de um ciclo virtuoso de controle, retroalimentável, no qual quanto maior a ampliação e a consolidação de esferas públicas democráticas maior será a participação social e vice-versa.

### 3. PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A organização da sociedade moderna baseia-se especialmente no princípio constitucional da liberdade dos cidadãos. Outros paradigmas relacionados com a organização da sociedade encontram-se enunciados no Preâmbulo da Constituição brasileira que institui “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional”.

Para Pietro Virga (apud BARACHO 1995), o Estado de Direito em contraposição a outros tipos de Estado, reconhece ao cidadão os direitos de liberdade ou direitos fundamentais que constituem salvaguarda contra o abuso do poder estatal. Esse novo papel do Estado surge das transformações sofridas pela democracia liberal, que substituiu o princípio da abstenção por um intervencionismo diversificado, com conteúdo social, que tem como objetivo respeitar a democracia, reduzir as desigualdades e proteger os fracos contra os fortes.

Desse modo, durante a década de 80, com a supressão dos regimes autoritários que prevaleciam na América Latina, surge a participação cidadã como instrumento para um potencial aprofundamento da democracia. Tem início no continente, um processo de descentralização de poder que impulsiona mudanças na dinâmica da participação popular nos negócios do Estado.

Em decorrência desse movimento, houve pressão por parte da sociedade para que o Estado propiciasse direitos concretos aos indivíduos, levando em conta o contexto social e econômico existente, de forma a aumentar os direitos e as liberdades anteriormente conquistados.

Para atender a esses anseios, o Estado ao implementar políticas públicas precisa reconhecer a existência de conflitos de interesses numa sociedade plural de forma a promover a ampliação e a consolidação de esferas públicas democráticas para que sejam simultaneamente respeitados os direitos à igualdade e à diferença (COMPARATO, 2003). As políticas públicas passam a funcionar, portanto, como instrumento de aglutinação de interesses diversos em torno de objetivos comuns, podendo ser utilizadas pelo Estado como elemento de planejamento, racionalização e participação popular.

Os direitos fundamentais passam a ter conteúdo social, através da introdução dos direitos sociais referentes ao trabalho, assistência e atividade econômica, em seguida

aparecem os direitos dos grupos (família, associações, sindicatos, mediadores e corpos intermediários), e por último, os direitos econômicos e sociais ampliam os direitos civis já apropriados (seguro social, trabalho, lazer, educação, cultura e greve). Verifica-se, todavia que se trata de uma conquista tardia, pois alguns desses direitos que começaram a ser exercidos pelos cidadãos ingleses no século XVIII, só no final do século XX passaram a ser pleiteados pelos latino-americanos<sup>5</sup>.

A importância das políticas públicas na consolidação da democracia tornou-se evidente quando a sociedade foi em busca de formas de concretização dos direitos de primeira geração, em particular os direitos humanos. Em seguida, foram perseguidos os direitos sociais de segunda geração que visavam garantir o exercício do primeiro e estavam vinculados aos direitos econômicos, sociais e culturais. Os de terceira geração são os mais abstratos, pois englobam os direitos das gerações futuras, como por exemplo os referentes ao meio ambiente (CARVALHO, 2003).

Essa participação cidadã se transforma em ampliação das possibilidades de acesso dos setores populares aos atos de gestão, segundo uma perspectiva de desenvolvimento da sociedade civil e de fortalecimento dos mecanismos democráticos, e contribui para garantir a execução eficiente dos programas de compensação social que surgiram no contexto das políticas de ajuste estrutural.

Recentemente a participação social tem superado o aparente interesse estritamente interno dos Estados e passa a integrar a pauta de reuniões internacionais de âmbito regional. Nesse sentido, a Organização dos Estados Americanos - OEA reconhece em seus normativos que a atuação dos cidadãos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento é um direito, uma responsabilidade e uma condição necessária para o exercício pleno e efetivo da democracia.

O Plano de Ação adotado, em 2001, pela Terceira Cúpula das Américas, em Québec, ressaltou a importância de fomentar a autonomia e capacidade gerencial e administrativa dos governos locais, como um fator de fortalecimento da governabilidade democrática do hemisfério, permitindo tanto uma maior eficiência na prestação de serviços públicos à comunidade da região, como uma maior participação da sociedade civil na gestão pública local.

Assim, com base na Declaração de La Paz, de 2001, foi criada a Rede Interamericana de Alto Nível sobre Descentralização, Governo Local e Participação Cidadã – RIAD. Resultado de uma série de debates ocorridos no âmbito das reuniões de cúpula de Chefes de Estado e Governo dos países membros da Organização dos Estados Americanos, a RIAD tem como objetivo identificar desafios hemisféricos comuns, prioridades e metas a serem atingidos nas próximas décadas pelo conjunto dos países da região<sup>6</sup>.

Comprometida com o fortalecimento da cidadania, a RIAD promove e fomenta diversas formas de participação, sempre, levando em conta que o exercício da democracia representativa é a base do Estado de Direito e dos regimes constitucionais dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

Considerando-se hoje a abrangência dos direitos fundamentais, que em sucessivos pactos internacionais vêm sendo ampliados, ratificados e internalizados nas ordens jurídicas nacionais, pode-se afirmar que as políticas públicas relacionadas com a concretização de direitos carregam um componente finalístico que é assegurar a liberdade a todos.

#### 4. CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA BRASILEIRA

Como visto anteriormente, a participação social está diretamente associada à democratização das relações entre o Estado e a sociedade. É um processo dinâmico e reflete a capacidade e o direito dos indivíduos em interferir na condução da vida pública.

Segundo Coutinho (2003), a promulgação da Constituição de 1988 configurou uma “transição fraca”, pois apesar de o processo de transformação ocorrido no Brasil ter ampliado os espaços políticos, ao mesmo tempo, foram mantidos os elementos autoritários e excludentes característicos do regime anterior. Para o autor, essa falta de ruptura é consequência da

“herança patrimonialista, elitista, autoritária e excludente, caracterizada pela ausência ou insuficiência dos direitos sociais, como trabalho, educação, saúde, moradia e alimentação, pós golpe-militar de 1964, que exerceu papel preponderante na configuração da sociedade brasileira, onde as classes subalternas não eram reconhecidas como sujeito de direitos, dificultando o acesso a esses direitos e à vida digna prescrita na Constituição”.

Entretanto, ao analisar o estágio atual da cidadania brasileira é preciso registrar que a democracia participativa com efetivo exercício da cidadania se trata de um fenômeno recente, tendo em vista que a Constituição da Nova República, aclamada como Constituição Cidadã, foi antecedida por regimes autoritários em que prevaleceram regimes de exceção<sup>7</sup>.

Nesse contexto, pode-se afirmar que a elaboração da Constituição traz uma dimensão nova, com a participação do povo apresentando cento e vinte e duas emendas populares e legitimando o texto constitucional ao lado dos legisladores constituintes. Segundo Paulo Bonavides (2003) nunca os trabalhos de uma Assembléia Nacional Constituinte foram acompanhados cotidianamente de tão perto, por um público que abrangia todas as camadas sociais, nos vinte meses em que esteve instalada.

Reforçando essa afirmação, o Jornal do Brasil na edição do dia 3 de setembro de 1998 apresentou a seguinte estatística: foram produzidos 200 mil emendas e pareceres, foram escritos 21 mil discursos, foram transmitidos 712 programas do Diário da Constituinte por 170 estações de televisão e 700 programas da Voz da Constituinte por 2000 emissoras de rádio e os 8 jornais de maior circulação do país publicaram 28 mil matérias.

Segundo Putnam (2000), as práticas sociais que constroem a cidadania representam a possibilidade de constituição de um espaço privilegiado para cultivar a responsabilidade pessoal, a obrigação mútua e a cooperação voluntária. As práticas sociais que lhe são inerentes baseiam-se na solidariedade e no encontro entre direitos e deveres.

A ampliação da esfera pública pressiona a sociedade no sentido de obter maior influência sobre o Estado bem como a limitação deste, considerando que a autonomia social pressupõe não só transcender as assimetrias na representação social, mas também modificar as relações em favor de maior auto-organização social (GRAU, 1998).

Nesse contexto, a participação social como instrumento de construção da cidadania pode assumir dois aspectos distintos: um que põe a sociedade em contato com o Estado e outro que propicia seu próprio fortalecimento e desenvolvimento autônomo.



Existem na Constituição brasileira mecanismos de participação a disposição do cidadão que lhe permitem intervir nas decisões governamentais tais como, plebiscito, referendo, iniciativa legislativa popular. Também está garantida a existência e a atuação de diversos grupos de pressão ao serem previstos os direitos de reunião, de associação, de petição, de sindicalização. Nesse sentido, Bonavides (2003) afirma que:

“a exeqüibilidade da Constituição vai depender de quanto o seu texto corresponde ao equilíbrio real de forças políticas e sociais em determinado momento. Não basta uma Constituição bem escrita para que seja cumprida e obedecida. Há possibilidade de se travar, pelas vias do direito e com base na Constituição, uma batalha própria, capaz de melhorar as condições sociais, por meio da garantia do exercício de direitos individuais e de cidadania a todos, da forma mais abrangente possível. Nesse sentido, uma ordem jurídica bem estabelecida pode ser instrumento significativo de melhoria social”.

Portanto, o que está efetivamente em discussão é o alcance da democratização do Estado notadamente no que diz respeito à sua publicização<sup>8</sup>. Trata-se de pensar sobre a participação popular e sua relação com o fortalecimento de práticas políticas e de constituição de direitos que transcendem os processos eleitorais e seus impactos sobre a cidadania.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal, ao atribuir ao Brasil a forma de Estado Democrático de Direito, condiciona que as decisões estatais sejam fundadas na vontade popular e subordinadas aos direitos e garantias fundamentais, em especial àqueles que dizem respeito à liberdade, igualdade e justiça.

No Estado Democrático de Direito, visando a tutelar os interesses da sociedade, a atuação do Estado é regida pelo Direito Administrativo sob o pressuposto de que o cidadão é, em maior ou menor medida, atingido pelos atos praticados pela Administração Pública.

Essa ordem jurídica deve refletir o pluralismo político, econômico e social da sociedade contemporânea na qual os indivíduos passam a ter a prerrogativa de influir em matéria do seu interesse, no momento em que o Estado deixa de ter o monopólio da formulação e do controle exclusivo das políticas públicas.

O conceito de Estado Democrático de Direito aplicado à Administração Pública brasileira garante a todos os indivíduos o exercício amplo do poder político. Essa interpretação também encontra respaldo em normativos da Organização dos Estados Americanos. Assim, a OEA reconhece a participação social como um dos componentes da democracia, onde o Estado passa a ter o encargo de administrar a aplicação dos princípios constitucionais de uma democracia participativa e a sua conformação jurídica com os princípios da soberania popular.

A soberania popular pode ser exercida por diversos mecanismos de participação previstos na Constituição brasileira tais como: plebiscito, referendo, iniciativa legislativa popular. Outros exemplos de instrumentos de participação social existentes na Constituição são: a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção. Cita-se ainda a formação de conselhos e a instituição de ouvidorias no âmbito da Administração Pública, bem como a existência e a atuação dos diversos

grupos de pressão, que estão garantidos na forma de direitos de reunião, de associação, de petição, de sindicalização.

Bobbio (2004) identifica a publicidade dos atos do poder como o verdadeiro “momento de reviravolta” na transformação do Estado moderno, que passa de Estado absoluto para Estado de Direito, entendido como aquele em que os atos da Administração Pública são submetidos a um controle jurisdicional. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma maior transparência na administração permite uma forma de controle de baixo custo e alta eficácia política, pois quando a informação é acessível e clara, o controle, por parte dos cidadãos, dos órgãos dos três poderes e do Tribunal de Contas da União pode tornar-se mais efetivo e adequado.

É preciso reconhecer a importância do papel complementar do Estado na organização das forças sociais, na busca da garantia do efetivo exercício dos direitos sociais, bem como ao propiciar os instrumentos necessários para o exercício da cidadania, com vistas a assegurar que a autoridade governamental atue em consonância com os princípios previstos na Constituição Federal brasileira.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral da Cidadania**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia**. 9ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo e PAES DE ANDRADE. **História Constitucional do Brasil**. Porto, Portugal: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: O Longo Caminho**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. **Reflexões sobre o papel do estado frente a atividade econômica** in Revista Trimestral de Direito Público nº 20. Editora Malheiros.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3ª edição revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Gramsci um estudo sobre o seu pensamento político**. Rio de Janeiro Campos, 1989.

\_\_\_\_\_. **Democracia e socialismo questões de principio e contexto brasileiro**. São Paulo Cortez, 1992 Coleções Polemicas do Nosso Tempo.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários a Constituição de 1988** - vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1998.

GRAU, Cunill, N. **Repensando o público através da sociedade**. Rio de Janeiro, Revan/Enap, 1998.

HAGUETTE, Tereza Maria Frota. *O Cidadão e o Estado: A Construção da Cidadania Brasileira, 1940-1992*. Fortaleza: Edições UFC, 1994.

JACOBI, Pedro. **Políticas sociais e a ampliação da cidadania**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002.

JORNAL DO BRASIL. **Caderno Brasil**. Rio de Janeiro. 3 de setembro de 1998.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

MERLIN, Meigla Maria Araújo. **O Município e o Federalismo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta Democrática Interamericana**. São José, Costa Rica, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos do Governo pela Jurisdição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

PUTNAM, R. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. 2ª edição. Rio de Janeiro, FGV, 2000.

ROSA, Mario Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005 (Coleção Sinopse Jurídica).

## NOTAS

<sup>1</sup> A Carta Democrática Interamericana foi aprovada em São José, Costa Rica, em setembro de 2001, pelos trinta e quatro Estados membros da Organização dos Estados Americanos.

<sup>2</sup> Administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além dos preceitos básicos distribuídos nos incisos e parágrafos do artigo 37 e das demais regras previstas nos artigos 38 a 42.

<sup>3</sup> São exemplos de normas e princípios a transparência das atividades governamentais, a probidade, o respeito aos direitos sociais e a liberdade de expressão e imprensa.

<sup>4</sup> Considera-se como outras formas de participação do cidadão, a criação de ouvidorias e conselhos, as audiências públicas, associações de usuários, as ONGs, etc.

<sup>5</sup> Inicialmente foram estabelecidos os direitos civis no século XVIII, depois surgiram os direitos políticos no século XIX e finalmente os direitos sociais no século XX (Marshall, 1967).

<sup>6</sup> De forma convergente à Constituição, que postula que o Brasil deve buscar a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (artigo 4º, parágrafo único).

<sup>7</sup> Para efeito desse comentário, foi considerado o período compreendido entre a Revolução de 1930 e a promulgação da Constituição em 1988.

<sup>8</sup> Ou seja, transferir a gestão de bens e serviços públicos a cargos de entidades autárquicas e fundacionais para entidades de direito público, sem fins lucrativos, que tenham autorização específica do Poder Legislativo para celebrar contrato de gestão com o Poder Executivo e assim ter direito à dotação orçamentária e desonerar o Estado da realização de certas obrigações nas áreas de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde como “organizações sociais”. O objetivo seria lograr maior autonomia e responsabilidade para os dirigentes destes serviços, um controle social direto por parte da sociedade por meio de seus conselhos de administração e uma maior parceria entre o Estado, que continuará a financiar a instituição, e a sociedade a que serve, aumentando a eficiência e a qualidade dos serviços, atendendo melhor o cidadão-cliente a um custo menor (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, p. 57-59).

# O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E OS CONSELHOS DE SAÚDE: POSSIBILIDADES DE COOPERAÇÃO NAS AÇÕES DE CONTROLE.

---

MARIA ANTONIA FERRAZ ZELENOVSKY

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL; 2. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL; 3. PERSPECTIVAS DO CONTROLE SOCIAL – CONFERÊNCIAS E CONSELHOS DE SAÚDE; 4. O CONSELHO DE SAÚDE; 5. EVOLUÇÃO DOS CONSELHOS DE SAÚDE; 6. A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE PARA O DESENVOLVIMENTO DO SUS; 7. PRINCIPAIS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS PELOS CONSELHOS DE SAÚDE; 8. A IMPORTÂNCIA DA PARCERIA TCU – CONSELHOS DE SAÚDE; 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, estabelecido pela Constituição Federal de 1988, prevê a descentralização de recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) para os Fundos Estaduais e Municipais (FES e FMS, respectivamente) e a participação popular na formulação e controle das políticas públicas. Em virtude de sua relevância para a vida do cidadão e do montante de verbas que manipula, a área da saúde é uma das que mais demanda essa participação, que, por sua novidade, está exigindo aperfeiçoamento das formas de atuação, não só do cidadão mas também dos gestores e órgãos fiscalizadores.

O cerne da descentralização e da participação popular pauta-se na percepção de que a gestão mais próxima do problema é certamente a mais indicada para solucioná-lo; de que o melhor fiscal é aquele que está junto da aplicação dos recursos e que sofre as conseqüências de sua má administração. A Constituição atentou para este fato em seu art. 198, sendo que, posteriormente, a Lei nº 8.142/1990 regulamentou essa participação popular no Controle Social da Política de Saúde por intermédio das conferências e dos conselhos de saúde.

As conferências nacionais de saúde acontecem com periodicidade de quatro anos e com a representação de vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde, trabalhando principalmente os aspectos da descentralização, da universalização e da participação popular.

Os conselhos de saúde, devido à abrangência nacional e à presença do cidadão, maior interessado na aplicação dos recursos, são fundamentais para se conseguir transparência e efetividade. Por outro lado, o grau de consciência política e de organização da própria sociedade civil é essencial para o sucesso desta proposta.

No âmbito do controle de recursos públicos realizados pelo próprio Estado, o Tribunal de Contas da União – TCU é um órgão colegiado que desempenha a função de tribunal administrativo e, entre outras competências, julga as contas de responsáveis pelo manejo de dinheiros, bens e valores públicos federais, bem como daqueles que derem causa a perda, extravio ou outras irregularidades que resultem prejuízo ao erário. No Estado brasileiro, o TCU está situado no âmbito do Poder Legislativo, caracterizando-se, portanto, como controle externo das ações do Poder Executivo.

O trabalho ora apresentado analisa possibilidades de parcerias entre o TCU e os conselhos de saúde, com o objetivo de ampliar a fiscalização dos recursos descentralizados do FNS para os FES e FMS. Para tanto, será apresentada uma descrição do controle social estabelecido no ordenamento jurídico vigente, seguida pela análise do funcionamento e dos principais problemas vivenciados pelos conselhos de saúde, e como essa parceria poderá ampliar o controle dos recursos do Sistema Único de Saúde – SUS.

## 1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, no *caput* de seu art. 1º, estabeleceu que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, valorizando, dentre outros direitos fundamentais, o da cidadania.

O exercício pleno da cidadania – chamada por alguns teóricos de cidadania ativa – é a base da democracia participativa, realidade na qual não existe espaço para decisões apartadas da vontade popular. Tais decisões são referenciadas pela participação dos interessados.

A participação no processo político não significa apenas votar. A atuação indireta não exclui a participação direta.

Bobbio registra que:

[...] se se deseja apontar um indicador de desenvolvimento democrático [...] deveremos procurar ver se aumentou não o número de eleitores, mas o espaço no qual o cidadão pode exercer seu próprio poder de eleitor.<sup>1</sup>

Para que exerça seu direito de forma plena é preciso que a comunidade, além de atuar diretamente na formulação das políticas públicas, fiscalize a ação dos gestores, em particular a retidão e a correção da aplicação dos recursos.

## 2. SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são prerrogativas indispensáveis para que os cidadãos tenham vida digna e satisfatória. A mais simples análise desses direitos indica que a saúde é, necessariamente, uma dessas prerrogativas.

A Constituição Federal, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ao incluir, em seu art. 6º, a saúde como direito social, trouxe em seu bojo que ela não pode ser programática ou simples promessa de campanha política, mas que precisa ser implementada dentro de paradigma eficiente, que traga resultados imediatos para a população.

Sendo a redução da diferença entre os abonados e os desafortunados um dos alicerces para esses direitos fundamentais, o direito de acesso à saúde, dentre outros que foram elencados pelo constituinte, além da garantia da vida, tem também sua razão de ser no ideal da igualdade entre as pessoas.

Na esteira desse ideal de igualdade, o artigo 196 trouxe os princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde, afirmando que a saúde é direito de todos e dever do Estado, cabendo a este garanti-lo por meio de políticas sociais e econômicas que visem

a redução do risco de doenças e de outros agravos. Para que esses princípios fossem atendidos, foi criado o Sistema Único de Saúde – SUS.

O financiamento do SUS é feito diretamente ou indiretamente por toda a sociedade, como se vê no art. 195 da Constituição Federal<sup>2</sup>. O art. 198 acrescenta que o financiamento será feito com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes, tratadas no art. 32 da Lei nº 8.080/1990. Tal Lei traz em seu art. 33, por sua vez, que o Ministério da Saúde acompanhará, por meio de seu sistema de auditoria – Denasus – a aplicação dos recursos repassados a estados e municípios.

Ainda que a Constituição estabeleça o atendimento na área de saúde para todos, é senso comum que os recursos públicos não são suficientes ou não são bem aplicados ou são desviados pela corrupção, sendo prementes estratégias para reorganizar o financiamento e o modelo do SUS, bem como o controle dos recursos por ele utilizados. A municipalização da saúde brasileira trouxe novas perspectivas, porém, a ampliação e a efetividade da participação da comunidade e dos movimentos sociais dará maior transparência e, conseqüentemente, maior efetividade na aplicação desses recursos, mesmo que escassos.

Se a Constituição Federal de 1988 instituiu o SUS e este, por sua vez, necessita direcionar suas ações para cumprir o preceito constitucional de implementar um sistema de saúde digno e de qualidade, no qual “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, então o financiamento para essas ações precisa estar em constante construção. Novas formas precisam ser implementadas, entretanto, só surtirão efeitos se ocorrer paralelamente maior controle dos recursos existentes.

### 3. PERSPECTIVAS DO CONTROLE SOCIAL – CONFERÊNCIAS E CONSELHOS DE SAÚDE

O advento da nova ordem social trouxe em seu bojo o instituto do controle social e da participação popular. Entende-se por controle social o direito público subjetivo que possibilita à sociedade civil organizada fiscalizar os atos dos gestores no exercício da aplicação dos recursos públicos; por participação popular o poder de influenciar diretamente na formulação das políticas públicas.

O controle social é fruto de uma luta conduzida pelo Movimento da Reforma Sanitária, que teve seu marco na 8ª Conferência Nacional de Saúde. Essa Conferência, realizada no ano de 1986, foi a culminância de um longo processo de lutas de organizações populares de caráter democrático. Recomendava, insistentemente, o controle social e a participação da comunidade como solução para combater a má aplicação dos recursos. Desta forma alcançar-se-ia a transparência, para evitar o desvio de recursos, e a adequação das políticas públicas às reais necessidades da população.

Fazendo uma análise das motivações históricas da Constituição, pode-se ver que o constituinte apenas transpôs o que a sociedade almejava: participação direta para garantir eficiência na aplicação dos recursos. O controle social foi então assegurado e regulamentado pelas Leis nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde – e nº 8.142/1990, que estabeleceram as conferências e os conselhos de saúde como forma de participação da população na gestão do SUS, nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal. A comunidade, por meio de seus representantes, pode discutir e definir a execução das ações de saúde, bem como controlá-las.

Nessa nova organização democrática e participativa, coube às conferências nacionais de saúde avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação das políticas; aos conselhos de saúde atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde.

#### 4. O CONSELHO DE SAÚDE

De acordo com a Lei nº 8.142/1990, o conselho de saúde é órgão colegiado composto por representantes do governo, dos prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, que em caráter permanente e deliberativo atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. O conselho é integrante da estrutura básica do Ministério da Saúde, da Secretaria de Saúde dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, e suas decisões são homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo.

Com o advento da Resolução nº 33 do Conselho Nacional de Saúde - CNS, de 23 de dezembro de 1992, foi aprovado o documento “Recomendações para a Constituição e Estruturação de Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde”, que definiu parâmetros para sua composição. Cabe aqui citar que atualmente é a Resolução nº 333/2003 do CNS que está em vigor e define as diretrizes sobre a organização dos conselhos de saúde em todo o Brasil.

A representação paritária (25% de trabalhadores de saúde; 25% de prestadores de serviços (públicos e privados); 50% de usuários) foi estabelecida como forma da comunidade ter efetiva participação. Foi um avanço para a democracia participativa mas, vez ou outra, sofre tentativas de retrocessos, como indicações nepóticas de representantes de usuários por prefeitos.

216

#### 5. EVOLUÇÃO DOS CONSELHOS DE SAÚDE

Antes da instituição do SUS e dos conselhos de saúde, já existia o embrião da participação popular no controle dos recursos descentralizados para estados e municípios.

Com o Plano Nacional de Reorientação da Assistência à Saúde, pela Previdência Social (1981), foi instituído o programa de Ações Integradas de Saúde – AIS (1983), que era, a grosso modo, a transferência de recursos para o custeio de serviços. Na esteira da criação das AIS, surgiram nos estados as Comissões Interinstitucionais de Saúde – CIS, e nos municípios as Comissões Interinstitucionais Municipais de Saúde – CIMS. Essas comissões foram precursoras dos atuais conselhos de saúde, pois já contavam com representantes da sociedade civil organizada.

No lugar das AIS, em 1987, surge o programa Sistema Unificado Descentralizado de Saúde – SUDS, antecessor do atual SUS, que, ainda via convênios, ampliava a descentralização de responsabilidade e de recursos. Ressalte-se que o nascimento do SUDS ocorre após a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde e, por isso, tem em seu bojo algumas das propostas lá estabelecidas, dentre elas: a universalidade e a descentralização de ações e serviços. Outra proposta foi a obrigatoriedade de estados e municípios, para receberem os recursos transferidos mediante convênios, instituírem conselhos locais de saúde responsáveis pela elaboração do planejamento das ações.



Com o advento da Constituição Federal de 1988 a saúde integrou o Capítulo da Seguridade Social. Ainda que tenha contrariado a proposta da Subcomissão da Saúde, Seguridade e Meio Ambiente que previa um capítulo apenas para ela, foi um avanço, já que pela primeira vez uma constituição trouxe em seu texto uma seção só para a saúde, além de inseri-la como um direito fundamental no art. 6º. Na transposição para a Constituição daquilo que foi aprovado pela Subcomissão, a participação da população permaneceu no texto constitucional, mas a existência de conselhos de saúde, nas três esferas de governo, não foi explicitada. Ela só foi reaparecer com a Emenda Constitucional nº 29, que a previu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

O SUS, inserido no texto constitucional, foi regulamentado pela Lei nº 8.080, em 19 de setembro de 1990, aprovada com vetos presidenciais em pontos importantes como o controle social e os repasses financeiros descentralizados. Felizmente, naquele momento, a sociedade civil organizada estava fortemente unida e lutou pela apresentação de novo projeto de lei com o conteúdo originalmente vetado, o que resultou na Lei nº 8.142, em 28 de dezembro de 1990, complementando a anteriormente aprovada com os vetos.

Essa Lei restabeleceu a participação popular na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde, bem como a obrigatoriedade dos municípios, estados e Distrito Federal possuírem, dentre outros itens, conselho de saúde, com composição paritária dos usuários em relação aos demais segmentos, para receberem recursos do Fundo Nacional de Saúde – FNS.

Uma vez que a legislação do SUS estipulou a criação de conselhos como exigência para o repasse de verbas do FNS aos Fundos Estaduais de Saúde e aos Fundos Municipais de Saúde, a maior parte dos municípios e todos os estados da federação assim procederam. Entretanto, a simples formação desses conselhos não é suficiente para afirmar que exista efetiva participação popular na formulação da estratégia e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente.

## 6. A IMPORTÂNCIA DOS CONSELHOS DE SAÚDE PARA O DESENVOLVIMENTO DO SUS

O advento dos novos conselhos de participação popular, aqui tratado no que se refere à saúde pública, veio corroborar com o planejamento e a execução de políticas públicas.

“... o Estado Democrático trouxe a idéia de participação do cidadão na Administração Pública, combatendo a separação entre Estado e sociedade e pregando a adoção de uma administração menos autoritária, menos centralizada, menos hierarquizada, mais próxima do cidadão”.<sup>3</sup>

A participação da comunidade por meio dos conselhos é uma das sustentações do SUS, onde o sistema democrático mais participativo se sobrepõe ao modelo meramente representativo. Essa participação se caracteriza por ser pessoal e direta na formulação e controle dos atos de governo, uma vez que só pessoas ligadas às características e necessidades locais poderão gerir melhor a coisa pública, alocando adequadamente os recursos e controlando a sua correta aplicação.

Com essa inserção popular nos rumos da política, sobreveio o potencial conflito entre os representantes do poder executivo local e os membros dos conselhos. Ele advém do fato de os primeiros, por terem sido eleitos pela soberania popular,

acreditarem ter o poder de decidir quais as despesas, opções ou investimentos são os melhores para a coletividade.

Porém, não há que se falar em invasão no direito desse gestor, legitimamente eleito, em administrar os recursos públicos sob sua responsabilidade. Nos casos em que a Constituição Federal previu a participação popular, ela reservou ao povo o poder para interferir. No parágrafo único do art. 1º, consagrou que **“todo poder emana do povo”**, e este o **“exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”**. Como se pode ver, foi estabelecida a democracia representativa, mas também a democracia participativa. No caso da saúde, no inciso III do art. 198, previu a participação da comunidade como diretriz do SUS.

O valor que vem das urnas é de suma importância, mas não absoluto. A democracia não se esgota apenas no sistema representativo. O sistema de participação popular por meio de representantes, ainda que seja o mais usado nos Estados modernos, não é o único modelo no qual se possa exercer a democracia. CANOTILHO reforça essa opinião quando expõe que o princípio democrático atualmente é composto não só da democracia representativa como também da democracia participativa.<sup>4</sup>

O controle social das atividades do gestor, incluindo o gasto público, é exercido pelo cidadão por intermédio do voto e, também, pelas instituições públicas estabelecidas específica e oficialmente para essa tarefa. E o conselho de saúde é instrumento democrático desse controle social.

O conflito acaso existente entre os representantes eleitos (democracia representativa) e os membros dos conselhos (democracia participativa) não deve ser visto como algo negativo, e sim como a construção da democracia em seu aspecto mais real e atuante.

218

Há que se ter em conta que os conselhos não limitam o poder dos gestores. Eles atuam como instrumentos de controle de suas atividades, respaldando-as ou corrigindo-as, possibilitando a participação popular. **“Hoje se encontra mais claro que não há gestor de um lado e conselho de outro lado. O conselho, ao integrar o Poder Executivo, [...] compõe a gestão.”**<sup>5</sup>

Ainda que sejam duas instâncias diferentes, a relação entre os órgãos executivos e os conselhos de saúde na gestão do SUS precisa ser pró-ativa, até porque na visão da Lei nº 8.142/1990, o conselho compõe a gestão, integra o Executivo. Se os primeiros possuem legitimidade para implantar um programa de governo, cabe aos segundos discutir e propor os meios mais adequados para se atingir os objetivos traçados.

Quando o gestor se afasta do modelo centralista e monolítico e se aproxima do modelo pluralista, valoriza a variedade de idéias, etnias, culturas e hábitos do mosaico que compõe esse país e, como consequência, amplia as possibilidades de sucesso de sua gestão. O diálogo pacífico e aberto entre as diferentes opiniões será enriquecedor para o processo decisório na formação dos atos de governo.

Conferiu-se aos conselhos de saúde tanto a atribuição de atuar na formulação de estratégias quanto de controlar a execução das políticas de saúde, sendo que sua atuação concentrou-se mais no controle. Ainda que seja de extrema importância ações que reforcem a atuação deliberativa dos conselhos de saúde, o foco desse trabalho recai também sobre o controle, por estar diretamente relacionado às competências do TCU.

## 7. PRINCIPAIS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS PELOS CONSELHOS DE SAÚDE

Apesar do advento da Lei nº 8.142/1990, que efetivou a participação popular prevista na Constituição, persistem pontos que dificultam a atuação dos conselhos de saúde. Cita-se, entre eles: a falta de previsão orçamentária para suas atividades, a presidência sendo exercida pelo gestor dos recursos do SUS, a não-homologação das decisões votadas nas plenárias e o desvirtuamento na representação popular.

A falta de infra-estrutura para a realização de reuniões, umas das conseqüências da ausência de previsão orçamentária, além de debilitar o seu pleno e regular funcionamento, dificultando a análise dos assuntos colocados em pauta, desestimula a atuação dos conselheiros. Para que os conselhos possam atuar adequadamente, muitos requisitos precisam ser cumpridos, a começar pelo apoio administrativo, operacional, econômico, financeiro, de recursos humanos e materiais necessários para o seu pleno e regular funcionamento, que cabe à Secretaria de Saúde correspondente fornecer.<sup>6</sup> Porém, o que se constata na realidade é que esse apoio nem sempre é fornecido.

A destinação de verba orçamentária para que os conselhos a administrem de forma independente possibilitaria melhor atuação. Dessa forma, teriam disponibilidade de espaço físico, recursos humanos etc. para suas atividades, independente do apoio do gestor.

Com relação ao exercício da presidência, constata-se que muitos conselhos de saúde ainda são presididos pelos gestores do SUS.

No nível federal, o presidente do Conselho Nacional de Saúde é o Ministro da Saúde; nos Estados, à exceção do Rio Grande do Sul, todos os demais conselhos estaduais de saúde são presididos pelos secretários ou secretárias de Estado de saúde, e nos municípios há uma diversidade, sendo que algumas regiões já conseguiram avançar nesse debate, entendendo que, se o gestor é o presidente do conselho de saúde, que é instância deliberativa e fiscalizadora do SUS, ele é fiscal de si mesmo, portanto homologa as resoluções que ele mesmo assina como presidente.<sup>7 8</sup>

A própria Constituição Federal, em seu § 3º do art. 77 da ADCT, para não falar das outras normas infraconstitucionais, explicita que os conselhos de saúde acompanharão e fiscalizarão os recursos transferidos pela União e também os recursos dos estados, Distrito Federal e municípios para a mesma finalidade, dentro de sua área de competência. Como pode o gestor dos recursos fiscalizados ser o presidente do conselho de saúde?

Quando foi prevista a democracia participativa na Constituição Federal estava bem claro que os usuários deveriam ter participação paritária em relação aos demais segmentos representados. Se a presidência é exercida pelo gestor, a paridade fica prejudicada e há uma ofensa clara ao princípio democrático da alternância de poder.

Para GAVRONSKI, os dispositivos que estabelecem o gestor como presidente nato dos conselhos de saúde:

são inconstitucionais por afronta aos arts. 1º, II e parágrafo único c/c art. 198, III (democracia participativa e participação da comunidade como diretriz do SUS), 5º, caput (princípio da igualdade), interpretado à luz do princípio da proporcionalidade e 37, caput (princípio da moralidade administrativa).<sup>9</sup>

Primeiro, afronta o proposto pelo próprio constituinte que previu a participação popular como forma de garantir a eficiência, transparência e probidade na aplicação dos recursos no SUS. Segundo, quando o gestor ocupa a presidência de forma nata, afronta o princípio da igualdade, pois discrimina os demais conselheiros que ficam impossibilitados de concorrer ao cargo. Terceiro, quando a figura do controlador se confunde com a do controlado, há afronta ao princípio da moralidade administrativa, já que não é correto o fiscalizado presidir o órgão que tem a atribuição de fiscalizá-lo.

Assim, vê-se que não é coerente estabelecer como presidente desses colegiados o gestor dos recursos. Se a gestão do SUS é competência do poder público, seria aconselhável a proibição do gestor ocupar a presidência. Nesse caso não haveria inconstitucionalidade e o sistema de fiscalização seria muito mais isento.

Outro entrave é o retardo prolongado ou a não-homologação, por parte do gestor, das deliberações do conselho, correndo-se o risco de transformar em inócuas decisões que favoreceriam o crescimento do SUS. Sem a homologação não é possível publicá-las e, portanto, não surtirão efeito.

O fato de as decisões dos conselhos terem caráter deliberativo não garante sua implementação efetiva, pois não há estruturas jurídicas que dêem amparo legal e obriguem o executivo a acatar as decisões dos conselhos (mormente nos casos em que essas decisões venham a contrariar interesses dominantes).<sup>10</sup>

Existe uma diversidade de opiniões sobre a necessidade ou não da homologação do decidido nas plenárias e sobre a natureza das deliberações, se seriam meras propostas ou decisões vinculantes para o poder executivo correspondente.

220

[...] as decisões proferidas por órgãos colegiados são denominadas deliberações e têm a mesma força obrigatória de um órgão singular; a sua força decorre de lei e não diminui pelo fato de o órgão contar, entre seus membros, com representantes da sociedade.<sup>11</sup>

O tema da validade das deliberações independente da homologação é complexo e desafia a teoria jurídica atual. Há quem defenda que essa homologação seja discricionária, porém motivada, baseando-se no fato que não necessariamente as proposições das plenárias dos conselhos podem ser adequadas.

Então, no mínimo, enquanto não se fecha a discussão sobre a necessidade ou não de homologação, caso as deliberações não sejam aceitas pelo gestor, ele precisa explicitar suas motivações para não homologá-las. Se não forem homologadas e tampouco motivadas, o que estará acontecendo é desrespeito ao texto constitucional, restando aos conselhos representar ao Ministério Público ou aos Tribunais de Contas, quando o assunto for relativo ao controle de recursos, e com isso resgatar a influência que suas deliberações ocasionariam se fossem prontamente homologadas e divulgadas.

Há também o risco de desvirtuamento na representação popular dos integrantes dos conselhos. Eles podem tornar-se espaço paralelo ao dos órgãos e poderes tradicionais do Estado ou resultarem em estrutura menos importante, para a qual seriam relegadas decisões inócuas, perpetuando os interesses locais dominantes em detrimento do interesse coletivo.<sup>12</sup>

A incipiente prática de participação popular na Administração Pública impede o pleno exercício dos conselhos de saúde, seja por desconhecimento de suas possibilidades, seja pelo não conhecimento dos instrumentos legais por parte de seus representantes.

Os conselhos vêm discutindo, há bastante tempo, formas de fortalecimento de suas atuações. No 1º Congresso Nacional de Conselhos de Saúde, realizado em 1995, foram criadas as Plenárias de Conselhos de Saúde com o objetivo de propiciar a articulação nacional entre eles.

Naquele encontro, foi também deliberada a necessidade de capacitação de conselheiros, mais especificamente dos representantes dos usuários. Nas reuniões da grande maioria dos conselhos é possível verificar a desigualdade de informação que esse segmento possui em relação aos demais – gestores, prestadores de serviços e profissionais de saúde –, sobre os assuntos que estão sendo debatidos. Soma-se a isso o fato de que parte significativa desconhece o papel e o poder que possui e, em conseqüência, não sabe como enfrentar adequadamente os problemas e a quem recorrer.

O assunto continuou sendo pauta das plenárias nacionais de conselhos de saúde que se seguiram, tendo o CNS, em 1999, tratado sobre as Diretrizes Nacionais para Capacitação de Conselheiros de Saúde, estabelecendo o Projeto Nacional de Capacitação de Conselheiros, com o objetivo de minorar essa deficiência.

Dentro do Programa de Apoio ao Fortalecimento do Controle Social no SUS, foi editado o Guia do Conselheiro, estruturado para capacitar conselheiros estaduais e municipais. Em 2001 foram capacitados, pelo Ministério da Saúde, 31.556 conselheiros de saúde em todo o Brasil<sup>13</sup>, porém, houve muitas críticas à maneira como foi estabelecido e realizado esse processo de capacitação.

Não obstante essa capacitação de conselheiros tenha sido criticada, o esforço despendido no treinamento não foi perdido, pois um trabalho desse tipo não fica adstrito apenas aos participantes, mas repercute nas comunidades onde vivem, fazendo que, por ocasião da renovação dos membros dos conselhos, reverta de alguma forma no fortalecimento do controle social.

Atualmente, existem outras experiências de capacitação por parte de algumas secretarias estaduais e municipais de saúde e do próprio Ministério da Saúde, com o objetivo de realizar ações educativas para os conselheiros e para a comunidade envolvida.

No entanto, essa capacitação não é suficiente para estimular a participação e o controle. Os conselheiros, ainda que “capacitados”, continuarão enfrentando os mesmos entraves. O problema é maior e abarca a questão da cidadania ativa, que só a prática participativa poderá equacionar.

Em realidade, para participar, o cidadão não precisa ser capacitado, não precisa ter conhecimentos prévios sobre o que vai ser tratado. Ele já tem o conhecimento necessário que é saber os problemas que afligem sua comunidade.

Ainda que alguns dos membros saibam mais sobre uma questão em determinado momento, somos todos capazes de aprender o que precisamos saber. (...) todos estamos igualmente qualificados para participar da discussão das questões e discutir as políticas que a nossa associação deve seguir.<sup>14</sup>

Conhecendo a realidade de sua comunidade e possuindo a capacidade de argumentar perante os demais, ele irá se capacitando com o decorrer de suas participações, já que o exercício democrático também é forma de capacitação.

## 8. A IMPORTÂNCIA DA PARCERIA TCU – CONSELHOS DE SAÚDE

A inserção dos conselhos de saúde em nosso ordenamento jurídico pode ser visto como ampliação das instâncias de controle, aumentando a visibilidade e a responsabilidade (*accountability*) dos fundos públicos.<sup>15</sup>

O Brasil tem mais de 5.500 municípios distribuídos em imensa extensão territorial. Como avaliar a utilização dos recursos transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais e Municipais de Saúde? Como avaliar a utilização dos recursos fundo a fundo descentralizados para esses municípios? Mesmo o TCU possuindo em seu quadro funcional pessoal altamente capacitado e dispondo de mecanismos eficientes, o controle externo desses recursos federais não consegue chegar de forma efetiva a todos municípios. Quem melhor para acompanhar sua aplicação que a sociedade local, o munícipe tão próximo ao gestor, tão conhecedor das reais necessidades daquela comunidade? Uma vez que os conselhos de saúde possuem a atribuição de fiscalizar a garantia dos direitos dos cidadãos no SUS e são os reais conhecedores da aplicação de recursos nas suas comunidades, o estreitamento da relação do TCU com esses colegiados aumentaria a qualidade do controle do gasto público.

Hoje, o número de conselheiros de saúde ultrapassa o número de vereadores.<sup>16</sup> Não se chega a ter 60 mil vereadores, mas estima-se que o número dos componentes dos conselhos de saúde ultrapasse essa marca. Ainda que a atuação deles seja de relevância pública e faça parte das funções de Estado, ela é independente do governo correspondente. Trabalhar em parceria com eles ampliaria o controle dos recursos transferidos.

Com a Emenda Constitucional nº 29, de 14 de setembro de 2000, conferiu-se aos conselhos de saúde condição constitucional ao poder de fiscalizar **“os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade [...], sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal”**.<sup>17</sup> Ao colocar **“sem prejuízo do disposto no art. 74”** está implícito que o controle exercido pelos conselhos ocorrerá de forma paralela, ou melhor ainda, em sistema de cooperação com o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo. Uma vez que o Controle Interno tem a finalidade de **“apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional”**<sup>18</sup>, é possível concluir que os conselhos de saúde também podem trabalhar em parceria com o TCU. Essa exposição de motivos baseada no texto constitucional tem apenas o condão de fortalecer a tese da importância do trabalho em conjunto com os conselhos de saúde.

O TCU, há algum tempo, vem se preocupando com o controle social. Inicialmente, foi elaborada, no ano de 1998, uma auditoria com o objetivo de promover diagnóstico da área de saúde no Brasil, abrangendo órgãos federais, estaduais e municipais gestores do Sistema Único de Saúde, Unidades Hospitalares e órgãos formuladores de políticas para o Setor Saúde, que culminou com a Decisão nº 635/99-TCU-Plenário. Nela, foi determinada a instauração de comissão para trabalhar a questão **“Necessidade de Desenvolvimento de Nova Sistemática de Avaliação e Controle do Sistema Único de Saúde”**, constante dos autos que a gerou. Foi estabelecido então o **“Projeto Metodologia de Fiscalização do Sistema Único de Saúde – SUS”** para atender o item 8.6 da referida decisão, que determinava

**“... encontrar e propor soluções para os questionamentos que envolvem o controle a cargo deste Tribunal na área de saúde”.**

Esse projeto foi de grande importância no esclarecimento do funcionamento dos recursos transferidos fundo a fundo e o resultado apresentou algumas linhas de atuação para o TCU, embora não tenha citado a possibilidade de articulação com os conselhos de saúde.

Mais recentemente surgiu o projeto Diálogo Público, cujo objetivo é esclarecer sobre a função de controle do Estado e estimular o controle social e a cidadania. Nos eventos já realizados, enfocou-se a participação da sociedade na função de controle. Foram tratados temas como **“controle social e atuação de agentes de controle social”** e **“contribuições dos órgãos de controle à gestão municipal”**, bem como, de forma um pouco mais específica, no evento realizado pela 4ª Secretaria de Controle Externo – 4ª Secex, em 2004, **“Contribuições para o fortalecimento da atuação dos Conselhos de Saúde e de Assistência Social”**. No entanto, não se estabeleceu mecanismos de como essa atuação poderia ocorrer.

O Tribunal estipulou, dentro do Plano Estratégico para o quinquênio 2006-2010<sup>19</sup>, as principais orientações e compromissos para pautarem suas ações. Dentre as diretrizes estabelecidas, podem ser citadas algumas que estão mais diretamente ligadas a este trabalho, quais sejam: **“coibir a ocorrência de fraude e desvios de recursos”**, como expectativa de resultados a serem alcançados; **“estimular o controle social”** e **“atuar em cooperação com órgãos públicos e com a rede de controle”**, como processos internos; além de outras, não menos importantes, como **“intensificar o relacionamento com [...] a sociedade”** e **“atuar de forma seletiva em áreas de risco e relevância”**.

Para que essas diretrizes possam ser implementadas, é necessário estabelecer canais de comunicação eficientes com a sociedade, fortalecê-la e capacitá-la, para que exija mais dos gestores. Entre outras possibilidades, essa aproximação se estabelece por meio dos conselhos de saúde.

É um desafio a ser enfrentado pelo TCU. Ao contar com a cooperação das comunidades envolvidas, a efetividade de suas ações fica reforçada. Em contrapartida, essa aproximação fortalece os conselhos e amplia na sociedade civil a possibilidade de cultura participativa no controle da efetividade e da equidade das políticas públicas.

Além do fortalecimento do controle dos recursos descentralizados, pode-se vislumbrar a diminuição do corporativismo e do clientelismo, aumentando a representatividade e a legitimidade da participação popular na alocação dos recursos da saúde.

Mesmo existindo muitos vícios e falhas na criação e na atuação dos conselhos de saúde, eles são o meio mais eficaz de participação social na gestão pública. São os mais indicados para verificar a efetividade da aplicação de recursos, não se restringindo a analisar se foram aplicados de forma econômica, mas também se atenderam aos princípios da efetividade e do interesse público. A articulação do TCU com os conselhos os qualificaria e, em contrapartida, o Tribunal se fortaleceria na sua missão constitucional de assegurar a efetiva aplicação dos recursos públicos em benefício da sociedade.

A parceria com os conselhos de saúde também auxiliaria na verificação da efetividade dos programas e projetos desenvolvidos pelo Ministério da Saúde, ressaltando-se que alguns deles já são objeto de auditorias de natureza operacional pela Secretaria de

Fiscalização e de Avaliação de Programas de Governo – SEPROG, tais como o Programa de Saúde da Família – PSF e o Programa de Valorização e Saúde do Idoso.

Outro resultado positivo seria a otimização do controle *a priori* dos gastos públicos, visto ser mais eficiente evitar o desvio do que conseguir sua devolução. É necessário encontrar mecanismos que controlem a aplicação de recursos de forma concomitante, e quem melhor para fazer isso do que a comunidade? Haveria instância mais apropriada que o conselho de saúde?

Essa cooperação poderia ser viabilizada com medidas simples como, por exemplo, a articulação com os conselhos de saúde em caso de auditorias nos recursos repassados do FNS para os FES e FMS. Outra medida, também muito simples, seria buscá-los, por ocasião de recebimento de denúncias ou representações, para ver se existem informações sobre o caso ou fatos semelhantes. Tais medidas serão facilitadas uma vez que o CNS está implantando o Cadastro Nacional de Conselhos de Saúde.

Medida mais complexa seria reunir-se com alguns conselhos, em funcionamento mais efetivo, para traçar estratégias e estabelecer instrumentos de atuação conjunta. Essa articulação não se dará de forma imediata, mas sim em processo continuado, onde as boas ações de alguns conselhos “contaminarão” os demais. Haveria qualificação de multiplicadores em pólos municipais de microrregiões que demonstrarem maior interesse, e gradativamente a “contaminação” dos municípios vizinhos.

Propostas semelhantes já foram desenvolvidas pelo TCU nas áreas de educação e assistência social. Foram distribuídas cartilhas em todos os municípios brasileiros para orientar a atuação dos membros dos Conselhos de Alimentação Escolar (CAEs) no acompanhamento e análise da prestação de contas do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Também foi realizada auditoria para avaliar a atuação dos conselhos de assistência social na verificação do uso dos recursos públicos federais. Atualmente está em fase de elaboração a cartilha Controle Social dos Recursos Públicos – Conselhos de Assistência Social.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos sociais sanitários recriaram espaços públicos e eram compostos por uma heterogeneidade de sujeitos na luta pelos direitos sociais e pela democratização do Estado. Nessa luta, a principal reivindicação era pela participação direta na solução de problemas por meio de ação comunicativa própria. Se hoje o movimento social está institucionalizado, até com força constitucional, é importante que ele não perca a autonomia e a participação popular nos seus espaços de discussão.

A Carta Magna, seguindo o conceito de que a gestão é tão melhor quanto mais próxima estiver da execução, descentralizou as ações e serviços de saúde e criou mecanismos de transferência de recursos. Estabeleceu que a descentralização política e administrativa e o controle social eram elementos indispensáveis para se atingir o tão preconizado direito igualitário e universal, consubstanciado no SUS.

Nessa esteira, as conferências e os conselhos de saúde surgiram como instrumentos decisivos na implementação de políticas de saúde, ligadas às reais necessidades da população, e para levar o cidadão a acompanhar todas as esferas da aplicação dos recursos da saúde, garantindo a transparência e eficiência da alocação de recursos públicos.



Diversos problemas e desvirtuamentos surgiram no estabelecimento e funcionamento desses conselhos. Alguns na área de elaboração de políticas públicas, outros na área do controle, sendo que este último recebeu maior enfoque deste trabalho.

Não obstante os obstáculos apontados, os conselhos não podem estagnar. Devem buscar caminhos alternativos, dentre eles, o de se relacionar com o Ministério Público e os Tribunais de Contas.

Como se demonstrou, a complementaridade das ações de controle exercidas pelos conselhos de saúde com as efetuadas pelo TCU contribuiria para fortalecer o acompanhamento da aplicação dos recursos no SUS, já que a falta de controle e fiscalização facilita a corrupção e outras formas de má utilização de recursos.

Ademais, a aproximação do TCU a esses colegiados também os fortaleceria. Contribuiria, inclusive, para implementar de fato a atuação daqueles que tenham sido criados apenas para cumprir o estabelecido em lei e, assim, permitir ao ente federativo correspondente receber repasses financeiros.

Essa medida resultaria na qualificação da participação popular no controle e na formulação das políticas públicas de saúde.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e Rotinas de Funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde do Brasil. In: **Direito Sanitário e Saúde Pública**. (Coletânea de Textos – Série E. Legislação de Saúde). Vol. 1. Brasília, 2003. p. 301-312.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimento em Saúde. Departamento de Gerenciamento de Investimentos. **Guia do Conselheiro: Curso de Capacitação de Conselheiros Estaduais e Municipais de Saúde**. Série F. Comunicação e Educação em Saúde. Brasília – DF, 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Auditoria. Programa de Ação na Área de Saúde. Diagnóstico da saúde pública no Brasil, abrangendo órgãos federais, estaduais e municipais, gestores do SUS, unidades hospitalares e órgãos formuladores de políticas para o setor. Decisão 635/1999 – Plenário.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro. In: **Direito Sanitário e Saúde Pública**. (Coletânea de Textos – Série E. Legislação de Saúde). Vol. 1. Brasília, 2003. p. 379-390.

CORREIA, Maria Valéria Costa. Desafios para o Controle Social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. A Importância dos Conselhos de Saúde para a Efetivação dos Princípios Constitucionais Relativos à Saúde. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 4, nº 2, p. 63-81, julho de 2003.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Conselhos de Saúde, Democracia Participativa e a Inconstitucionalidade da Presidência Nata. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 4, nº 2, p. 82-106, julho de 2003.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos Gestores e Participação Sociopolítica**. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Os Conselhos de Participação Popular – Validade Jurídica de suas Decisões. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 1, nº 1, p. 23-35, novembro de 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Os Interesses Transindividuais: Sua Defesa Judicial e Extrajudicial. In: **Direito Sanitário e Saúde Pública**. (Coletânea de Textos – Série E. Legislação de Saúde). Vol. 1. Brasília, 2003. p. 87-112.

MELO, José Valdemiro de. Homologações das Decisões dos Conselhos de Saúde. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 4, nº 2, p. 107-122, julho de 2003.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. Por uma Construção Democrática do Direito à Saúde: a Constituição Federal, os Instrumentos de Participação Social e a Experiência do Conselho Nacional de Saúde. Brasília, 2005. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, UnB.

PASQUALOTTO, Adalberto. A Participação da Sociedade na Distribuição da Justiça. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 1, nº 1, p. 11-22, novembro de 2000.

226

PEDALINI, Livia Maria. Conferências e Conselhos de Saúde e o Controle Social. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 4, nº 2, p. 60-62, julho de 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Participação da Comunidade em Órgãos da Administração Pública. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, vol. 1, nº 1, p. 36-48, novembro de 2000.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. A Relação entre os Órgãos Executivos e o Conselho Nacional de Saúde na Gestão do SUS: um Relato Comentado. In: **Direito Sanitário e Saúde Pública**. (Coletânea de Textos – Série E. Legislação de Saúde). Vol. 1. Brasília, 2003. p. 313-318.

SCHWARTZ, Germano. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: **A saúde sob os cuidados do direito**, Passo Fundo, Série Direito: 5, 2003. p. 108-162.

## NOTAS

<sup>1</sup> BOBBIO, 2002, p. 68-69

<sup>2</sup> **Art. 195** - A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

<sup>3</sup> PIETRO, 2000, p. 38 e 39

<sup>4</sup> *Apud* OLIVEIRA, 2005, p.18

<sup>5</sup> SANTOS, 2003, p. 313

<sup>6</sup> BALSEMÃO, 2003, p. 305

<sup>7</sup> BALSEMÃO, 2003, p. 307

<sup>8</sup> Atualmente, já existem outros conselhos de saúde, como é o caso do Mato Grosso do Sul, que elegem seu presidente, ressaltando-se que estão longe da independência alcançada pelo do Rio Grande do Sul.

<sup>9</sup> GAVRONSKI, 2003, p. 95

<sup>10</sup> GOHN, 2003, p.91

<sup>11</sup> PIETRO, 2000, p. 45

<sup>12</sup> LOPES, 2000, p. 30

<sup>13</sup> OLIVEIRA, 2005, p.110

<sup>14</sup> DAHL, 2001, p. 48

<sup>15</sup> LOPES, p. 33

<sup>16</sup> OLIVEIRA, 2005, p.127

<sup>17</sup> Constituição Federal, Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 74, § 3º

<sup>18</sup> Constituição Federal, art. 74, inciso IV.

<sup>19</sup> [http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/PUBLICACOES\\_INSTITUCIONAIS/PET\\_2006-2010.PDF](http://www2.tcu.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/TCU/PUBLICACOES/PUBLICACOES_INSTITUCIONAIS/PET_2006-2010.PDF) (ultimo acesso em.28/02/2006)



# PRESTAÇÃO DE CONTAS DO GOVERNO DA REPÚBLICA. PARA QUEM? A SOCIEDADE BRASILEIRA?

---

ROSANNE MANNARINO

“A democracia exige, para seu funcionamento,  
um ‘*minimum*’ de cultura política.”

Biscaretti di Ruffia

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA DE CONTROLE; 2. APRECIÇÃO E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS; 3. DEMOCRACIA E ACCOUNTABILIT; 4. SUPERAÇÃO DA “INÉRCIA OU DESCASO” DO CONGRESSO NACIONAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

De acordo com a Constituição Federal, é competência privativa do Presidente da República “prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior”, cabendo ao Congresso Nacional apreciar e julgar as referidas contas, valendo-se, como subsídio, de parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no prazo de sessenta dias, a contar de seu recebimento pela Corte. Ao contrário do que foi imposto ao Presidente da República e ao Tribunal, a Constituição não estipula prazo para a apreciação e o julgamento das Contas da República pelo Congresso Nacional.

229

Ainda que objeto de discussão recorrente em meio ao poder público, a prestação anual de contas do Presidente da República, oferecida à Sociedade Brasileira por força de mandamento constitucional específico (artigo 84, inciso XXIV), é pouco perceptível pelo cidadão comum, carecendo de interesse do cidadão-leigo, tanto por sua compreensão quanto eventual repercussão no dia-a-dia de cada brasileiro. Os próprios livros de doutrina geralmente não destacam a participação popular sobre a temática, restringindo-se à importância da função de controle e fiscalização do Legislativo, sendo poucos os trabalhos enfatizando a relevância da ação da sociedade civil no processo de legitimação de recursos públicos sob a responsabilidade do Chefe do Poder Executivo federal.

De modo análogo, consideradas, entretanto, as nuances específicas de cada situação, essa prestação anual de contas do Presidente da República também padece de maior comprometimento com o desenvolver do processo de controle externo da Administração Pública, desde a análise ou apreciação inicial até sua, nem sempre alcançada mas sem dúvida importantíssima, avaliação crítica, desta feita por parte dos agentes públicos mais diretamente envolvidos, seja na sua preparação e apresentação, seja na sua apreciação e, enfim, julgamento.

A Nação Brasileira já se coloca sob expectativa de novas formas de controle externo da Administração Pública, bem como do exercício do poder político. Resta inequívoca a identificação de mudança, embora tímida, nas tão criticadas “velhas práticas” dos administradores da coisa pública, no que tange à função de controle e fiscalização exercida pelo Poder Legislativo.

Tendo como propósito ampliar a perspectiva formal, procedimental e ritualística que permeia a matéria, há de se privilegiar a análise de elementos e relações de caráter sócio-jurídico, de maneira a propor mudanças compatíveis com a política democrática em gestação e capazes de aprimorar a função de controle exercido pelo Poder Legislativo sobre as contas do Presidente da República. Intenta-se, com efeito, discutir a razoabilidade de eventual mudança dos paradigmas das relações jurídico-constitucionais que revestem o processo de prestação de contas do Chefe do Poder Executivo federal, responsável pela quase totalidade dos programas de trabalho e políticas públicas fundamentais para o desenvolvimento do País, mediante consumo dos escassos recursos públicos disponíveis. Cuida-se, portanto, de tratar a matéria com a importância devida, visando a discutir a necessidade de evolução da relação entre o Poder Público e a Sociedade Civil.

Serão, inicialmente, lembrados aspectos do sistema de controle e da atividade fiscalizatória da gestão das finanças, do orçamento e do patrimônio públicos, a cargo do Poder Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas da União, conforme dispõe, desde 1988, a Constituição Federal, e discutida a realidade fática, mediante investigação e apresentação de dados sobre a trajetória histórica do julgamento das contas pelo Congresso Nacional, suas múltiplas apropriações e reapropriações.

De posse dessas informações e com base em estudo da documentação e livros pertinentes, constantes das referências bibliográficas, verificar-se-á que a questão das Contas do Governo da República, submetidas aos nossos representantes no Parlamento, embora mecanismo de controle de elevada importância, vem recebendo pouco mérito de nosso Congresso, sugerindo tratar-se de uma realidade complexa sujeita a interferências em várias escalas e servindo como elemento de barganha política em diversos níveis de interesse, ao sabor de momentos de crise ou de pressão da opinião pública, reduzindo assim a capacidade de os cidadãos apreenderem o real ali inserido.

Consiste o enfoque, por conseguinte, em especular sobre a necessidade de se inverter a atual renúncia da participação política pela urgente motivação da sociedade no processo de fiscalização e controle do desempenho do Poder Público na execução de suas ações, reforçando o poder de controle social sobre as contas do Presidente da República. Nessa perspectiva da avaliação crítica, propõe-se uma revitalização do processo legislativo, via emenda ao texto constitucional, capaz de trazer a lume um amplo debate sobre o assunto, revigorando, assim, o poder de controle social sobre as contas de governo e pautando a forma de atuação do Congresso Nacional numa interação permanente com o Tribunal de Contas da União e, sobretudo, com o cidadão brasileiro.

A rigor, o controle político propiciado pela prestação de contas poderia gerar importantes contribuições ao processo democrático, mediante o debate e a crítica construtiva das ações governamentais voltadas à implementação do bem comum. Se consagrada a formação, no tecido social, de juízo crítico acerca dos resultados alcançados pela ação de governantes, a dimensão social dessa nova atitude pode levar a um ciclo diverso do atualmente prevalecente e culminar em interessante e nova forma de percepção e tomada de posição, pela Sociedade Brasileira, em relação aos atos de gestão dos recursos públicos.

Esse salto qualitativo, que está associado, entre outros, aos institutos da responsabilidade fiscal, da *accountability*, da transparência, da *res publica* e da democracia, decorre, em essência, da própria dinâmica de uma cultura política democrático-participativa emergente, onde não apenas autorizamos alguém a nos representar, mas passamos a exigir a devida prestação de contas. É o que se coloca como resultado esperado da proposta sugerida, ao final.

Não é difícil perceber os limites com que se defrontará este estudo, em função do procedimento analítico, deliberado e necessariamente adotado. A Emenda Constitucional proposta para reger o julgamento das contas do Presidente da República, embora expressão positiva do Direito, não o esgota pois a legalidade estrita não garante a responsabilização política. No entanto, conforme já se deixou transparecer, a intenção é de trabalhar nesses limites, suscitando reflexões e continuar abrindo novos caminhos e questionamentos para outros que, em momento futuro, venham a dedicar sua atenção ao assunto.

## 1. A CONSTITUIÇÃO E O SISTEMA DE CONTROLE

As instituições dedicadas às atividades de controle interno e externo têm, como uma de suas funções primordiais, auxiliar o Poder Legislativo na sua missão institucional de deliberar acerca das contas do Governo, atribuição essa conferida ao Legislativo na maioria dos regimes republicanos. Nela, há um preceito implícito sobre divisão de tarefas entre o Tribunal de Contas e o Congresso, competindo ao primeiro a tarefa de produção de informação analítica adicional ao balanço oferecido pelo próprio Governo, enquanto o Congresso procede à avaliação política dessas informações.

Como esperado, a teoria da separação dos três poderes do Estado prevê para o Poder Legislativo a função precípua de emissão de comandos normativos disciplinadores da vida jurídica no seio do Estado. Coadjuvante desta elevada função, ressalta também a fiscalização financeira e orçamentária dos Poderes do Estado, bem como de qualquer pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado que em suas atividades utilize bens, dinheiros ou valores públicos (Speck, 2000).

Dessa forma, as contas anualmente prestadas pelo Presidente da República e pelos dirigentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como dos órgãos independentes — Ministério Público da União e Tribunal de Contas da União —, simbolizam a divisão e o equilíbrio entre os Poderes, delimitam os poderes do Executivo e afirmam a primazia da coisa pública e do interesse público, o bem comum, a comunidade, em suma, o ideário da feitura republicana de Estado.

Na Constituição Brasileira vigente está, inclusive, prevista a estruturação de abrangente sistema de controle, interno e externo, visando a assegurar lisura na aplicação dos recursos e o bom desempenho do Governo na execução de suas ações, atribuindo-se ao Congresso Nacional o papel de titular do controle externo, que fiscaliza e controla os atos da Administração Pública Federal, diretamente e com auxílio do Tribunal de Contas da União, sempre com apoio institucional dos sistemas de controle interno dos Poderes e órgãos independentes.

Assim, assegurou-se ao Congresso Nacional prerrogativa para julgar as contas da República, nestas palavras: “Art. 49. É de competência exclusiva do Congresso Nacional: (...) IX — julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo; (...)”.

Quanto ao âmbito de atuação do Tribunal de Contas da União, dentre outras missões institucionais, a Constituição confere à Corte aquelas de cunho técnico-opinativo, das quais destacam-se a apreciação e emissão de parecer prévio sobre as contas anuais do Presidente da República e a emissão de pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas não-autorizadas.

Cabe, portanto, ao Tribunal de Contas da União, nos termos do artigo 71 da Carta Magna nacional, emitir documento prévio — parecer conclusivo —, de natureza técnica, quanto à regularidade dos documentos que retratam a gestão do Governo Federal e a legalidade das operações contábeis decorrentes da execução dos programas e projetos, que subsidiará o Congresso Nacional para o julgamento das contas anuais do Poder Público, na esfera federal, sob a forma de contas de Sua Excelência, o Presidente da República.

Resta inequívoco, portanto, o alto grau de importância conferido ao controle dos atos de gestão pública do Chefe do Poder Executivo federal, agente político diretamente vinculado ao interesse público, ao bem comum, cuja conduta deve se pautar na correta gestão das verbas públicas postas à sua disposição.

Nada mais natural, pois o Executivo gere praticamente a íntegra dos recursos públicos destinados à prestação e ao fornecimento de bens, serviços e produtos que mais diretamente interessam à satisfação das necessidades do País, ao combate às desigualdades regionais e à garantia das condições e da infra-estrutura fundamentais para o desenvolvimento nacional. É ele, Executivo, responsável tanto pela arrecadação dos recursos públicos a serem utilizados nas atividades de todos os Poderes e órgãos independentes quanto pela contabilidade da União.

Cumprindo, aqui, ressaltar que o controle externo exercido pelo Poder Legislativo, expresso na apreciação e julgamento da prestação de contas anual, não mais está restrito às ações desenvolvidas apenas pelo Executivo. Com o advento da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, usualmente denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), a abrangência das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo passou a incluir as dos demais Poderes, inclusive as do Ministério Público da União, sendo as contas de cada um apreciadas em separado. Situação essa mais condizente com uma interpretação integrada da Constituição, uma vez estarem, sem dúvida, todos os Poderes submetidos ao controle externo do Congresso Nacional.

232

Aliás, com a entrada em vigor da LRF, em 2000, aspectos de elevada significância relacionados à transparência e à responsabilidade da gestão fiscal foram definidos e devem constar da prestação de contas ao Parlamento: o desempenho da arrecadação; as medidas para inibir a sonegação e para incrementar as receitas; as metas e as prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias; o controle de limites de endividamento e das despesas com pessoal; e os gastos dos poderes legislativos municipais, entre outros.

## 2. APRECIÇÃO E JULGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DE CONTAS

O controle externo exercido pelo Poder Legislativo desdobra-se em duas vertentes: o controle político, realizado pelas Casas Legislativas, e o controle técnico, que abrange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União.

Em verdade, ao Tribunal não cabe o julgamento das contas do Chefe do Executivo, que, segundo os ditames constitucionais, fica a cargo do Congresso Nacional. A Constituição de 1988 concedeu amplas competências aos congressistas, representantes do povo, dos Estados e do Distrito Federal, para que pudessem fiscalizar e controlar os atos da Administração Pública Federal e julgar, anualmente, as contas prestadas pelo Presidente da República.



Isto permite a ilação de que, por exemplo, a atenção do Congresso Brasileiro, quando do exame da ação governamental anual, deve voltar-se, preponderantemente, para a avaliação do desempenho da Administração, ou seja, para a verificação se as contas prestadas anualmente pelos Presidentes da República e dos demais Poderes, bem com dos Chefes dos órgãos independentes, respondem, efetivamente, às demandas da sociedade, como bem enfatizam Pederiva & Pontes (2004) ao questionarem se:

- (a) as políticas públicas definidas e implementadas foram adequadas o suficiente para propiciar o alcance dos objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição;
- (b) os resultados alcançados indicam necessidade de correção, reorientação ou redefinição dessas políticas;
- (c) o Governo, de fato, orientou corretamente a ação da administração pública para a realização das políticas definidas; e
- (d) os planos, programas e ações em execução contribuem, de forma efetiva, para o alcance dos objetivos fundamentais delineados na Carta Magna.

Já o Tribunal, regimentalmente designado à feitura do parecer prévio, tem a responsabilidade de verificar se o caso concreto sob exame se molda às hipóteses legais de emissão de opinião pela aprovação ou não das ditas contas. Tal atribuição merece destaque porque, da referida conclusão opinativa, repercutirão seríssimas conseqüências sobre o destinatário último do parecer, com graves efeitos jurídicos e políticos. O parecer é prévio porque diz respeito ao julgamento das contas que será levado a efeito na Casa Legislativa e o pronunciamento da Corte é produzido em momento anterior á realização do dito julgamento, em si.

Sobre isso merece destaque o fato de o Tribunal haver, sempre, conferido significância e dedicação à análise das contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, visando à emissão do parecer prévio. A situação, no âmbito do Congresso Nacional, no entanto, não parece ser a mesma. O julgamento dessas contas ainda não despertou, adequadamente, o interesse dos parlamentares, ressalvados os momentos, raros, em que crises políticas ou inusitada pressão da opinião pública hajam provocado debates aprofundados a respeito.

Usualmente, as prestações de contas anuais dos Presidentes da República, em particular dos últimos exercícios, passam anos sem julgamento. Mesmo porque, ao contrário do que fez com o Presidente da República e com o Tribunal, a Constituição não estabelece prazo para o julgamento das Contas do País pelo Congresso Nacional.

A título de ilustração, cabe lembrar, sobre a tramitação das prestações de contas relativas aos exercícios de 1989 a 2002, o seguinte resultado de pesquisa desenvolvida por Pederiva & Pontes, em 2004:

exceto a prestação de contas de 2001, aprovada sem parecer da Comissão Mista de Orçamento (CMO), nenhuma foi aprovada no exercício em que foi apresentada;

entre as demais, a aprovação mais rápida ocorreu com a prestação de contas do exercício de 1989 (Governo José Sarney), aprovada em maio de 1992 (Decreto Legislativo nº 18/1992);

as contas dos exercícios de 1990, 1991 e 1992 (Governo Collor) ainda se encontram pendentes de deliberação pelo Congresso Nacional — apenas a do exercício de 1992 já tem parecer da CMO;

até novembro de 2002 foram aprovadas, tão-só, as contas dos exercícios de 1989 (Governo Sarney) e 1994 (Governo Itamar Franco);

as contas dos exercícios de 1993 (Governo Itamar Franco), 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001 (Governo Fernando Henrique Cardoso) foram todas aprovadas em Sessões realizadas em 18 e 19 de dezembro de 2002, respectivamente na Câmara dos Deputados e no Senado Federal;

as contas dos exercícios de 1995, 2000 e 2001 foram aprovadas sem parecer da CMO;

as prestações de contas de sete exercícios financeiros, todas elas relativas ao Governo Fernando Henrique Cardoso (entre 1995 e 2001) foram discutidas e aprovadas numa única Sessão, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, em 18 e 19 de dezembro de 2002, respectivamente, após o conhecimento dos resultados das últimas eleições presidenciais; e

as contas relativas ao exercício de 2002 restam pendentes de apreciação e julgamento pelo Congresso Nacional.<sup>1</sup>

Pior, constatou-se que o Congresso Nacional tem finalizado o processo de discussão e julgamento das contas anuais do Presidente da República com desprezo pelo parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas da União, via de regra, sequer o considerando ou simplesmente ignorando seu conteúdo, sem qualquer justificativa para tanto (Pederiva & Pontes, 2004).

234

Cumprido salientar que, em levantamento realizado junto ao Congresso Nacional, verificou-se que esse descompromisso de nossos representantes junto ao Parlamento se mantém: até o início de março deste ano (2006), as contas do Governo relativas aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 ainda não haviam sido apreciadas e julgadas.

Ao se omitir pela aprovação ou rejeição de contas, ou protelar o devido julgamento das contas anuais do Presidente da República, o Parlamento se torna responsável pela indução da sociedade a indevido, ou mesmo nenhum, juízo de valor acerca da conduta do Chefe do Poder Executivo, naquele exercício, quanto à gestão da coisa pública. Com efeito, ao gestor não cabe mais falar em responsabilização por falhas, se o órgão competente para sua análise não as julga em tempo hábil ou sequer se interessa pelo assunto.

### 3. DEMOCRACIA E ACCOUNTABILITY

O cenário ora apresentado sobre a pouca relevância dada às Contas do Governo da República, submetidas aos nossos representantes no Parlamento, traduz uma realidade complexa, sujeita a interferências em várias escalas, servindo como elemento de barganha política em diversos níveis de interesse, ao sabor de momentos de crise ou de pressão da opinião pública, reduzindo a capacidade dos cidadãos de compreender o real ali inserido e a formação de juízo crítico acerca dos resultados alcançados pela ação dos governantes.

Fundamento básico da democracia moderna, o controle da sociedade sobre as ações do governo exige aperfeiçoamento das regras formais sobre o tema, a par

do acompanhamento mais escorreito da ação dos congressistas, dada a relação de causalidade entre o desenvolvimento político e a vigilância dos serviços prestados pela administração pública.

Doutrinantes e estudiosos do assunto são praticamente unânimes em asseverar que a ineficácia dos mecanismos de controle (*accountability*) propicia desconhecimento do sistema e falta de reação da sociedade ao jogo de interesses políticos no uso de recursos públicos. Daí reconhecerem que a efetiva participação da sociedade exige canal próprio, adequado, e, assim, o controle social efetivo dos gastos públicos somente se consolidará com a fiscalização organizada, estruturada, dos cidadãos (Paiva, 1999; Campos, 2000; Pederiva & Pontes, 2004).

Para Boaventura de Sousa Santos (2003), representar não significa substituir, mas sim autorizar e exigir prestação de contas. Ao votar, autorizo alguém a me representar mas, depois, devo exigir prestação de contas. O problema da democracia representativa, para ele, é que, quando muito, vale a autorização, jamais a prestação de contas. Nesse sentido, a democracia participativa, onde os cidadãos tomam as decisões políticas e não apenas elegem os decididores políticos, pode ser um importante aporte para a exigência de prestação de contas.

A idéia é contribuir para uma nova perspectiva de aperfeiçoamento e consolidação do processo democrático, explorando a participação da sociedade na fiscalização e controle da eficiência e a eficácia da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, levantando questionamentos, cobrando participação e negociação, construindo-se, com a dinamização do espaço público, um ambiente que ofereça respostas claras e simples quanto à aplicação dos recursos públicos e do desempenho do Poder Público na execução de suas ações.

Propõe-se, então, desenhar uma participação social no controle dos gastos públicos, ou mesmo da efetividade das ações governamentais, a partir de um novo arcabouço legal de valorização do exercício da cidadania e responsabilização no julgamento das contas do Chefe do Executivo, onde os cidadãos possam expressar, de forma autônoma e tempestiva, suas impressões a respeito das ações do Estado e a responsabilização política (*accountability*) do Presidente da República, capazes de impedir, ou ao menos coibir, abusos na Administração Pública.

Uma vez condicionada, via Emenda Constitucional, a pauta do Congresso Nacional à aprovação das contas do Presidente da República, acredita-se poder contribuir para educar o cidadão, conclamando-o para a democracia, mostrando-lhe que todo tipo de participação no processo interativo sociedade-Estado é fundamental para a vida de todos, destacando-se essa modalidade de participação democrática exercida por intermédio do controle social dos gastos públicos (*accountability*), atendendo aos reclamos da sociedade que almeja vivenciar a cidadania plena.

Uma tomada de consciência da *res publica* e do dever que o Chefe do Poder Executivo tem de zelar pela correta destinação dos recursos públicos, tomados à sociedade para custear as atividades do Estado, rompe com a idéia de que a prestação de contas do Presidente da República é assunto exclusivo do Tribunal Contas da União e do Congresso Nacional.

Interessa à sociedade a devida atenção ao julgamento das contas do Presidente da República, pois ela tem o direito de ver, com transparência, o cumprimento da Constituição, sobretudo quando a matéria está vinculada à aplicação de recursos públicos. A sociedade

tem o direito de saber de que forma os gestores estão gastando os recursos e administrando o patrimônio público, valendo-se para tanto, de uma livre e ampla rede de informações, proporcionada pela mídia e pela internet.

A *accountability*, portanto, é básica quando se fala em participação social no controle efetivo dos gastos públicos e responsabilização dos gestores públicos, mecanismo típico da democracia participativa na realização do controle continuado do governo, pois, apesar de teoricamente intraduzível para o português, o complexo conceito é usualmente compreendido como obrigação que as organizações e pessoas têm de prestar contas dos resultados obtidos, em função das responsabilidades que decorrem de uma delegação de poder.

Sendo assim, o julgamento, pelo Congresso Nacional, da prestação de contas anual do Presidente da República pode, sim, vir a constituir elemento capaz de motivar e instrumentalizar a sociedade para o exercício da *accountability* e, por extensão, ampliar a consciência sobre a legitimidade do poder e dos valores da democracia (Campos, 1990), reforçando-se a confiança do público na qualidade e no desempenho governamental.

#### 4. SUPERAÇÃO DA “INÉRCIA OU DESCASO” DO CONGRESSO NACIONAL

Sente-se, no País, com intensidade invulgar, em razão, principalmente, da atuação dos meios de comunicação social, a necessidade de instrumentos mais eficientes e institucionalmente aceitos com vista à regulamentação do controle social exercido diretamente pelos cidadãos sobre as contas do Presidente da República, interagindo-se, assim, Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União e Sociedade Civil organizada, de modo a permitir uma melhor oportunidade de conhecimento e avaliação, pelos cidadãos brasileiros, das repercussões das ações do Estado e a conseqüente responsabilização política do responsável pela gestão da coisa pública, em suma, o Presidente da República.

236

A hipótese matricial que lastreia o presente estudo pode ser formulada como uma tentativa de se introduzir mudança nos paradigmas das relações jurídico-constitucionais que revestem o processo de prestação de contas do Presidente da República, Chefe do Poder Executivo federal, para possibilitar, quem sabe, mudanças compatíveis com a cultura política democrática em gestação, na Sociedade Brasileira, e, enfim, modificar velhas práticas, no que concerne à função de controle exercida pelo Poder Legislativo.

Propõe-se, destarte, incomodar a população brasileira, a partir de um novo arcabouço legal de valorização do exercício da cidadania e responsabilização no julgamento das contas do Chefe do Executivo, com a perspectiva de, eventualmente, impor ao Governo Federal restrição em sua execução financeira e orçamentária enquanto não houver sido concluído o julgamento, pelo Congresso Nacional, da prestação de contas anual do Presidente da República.

Nesse ambiente, a repercussão, nos meios de comunicação social (jornais, rádios, televisão, etc.), será inequívoca e poderá contribuir para a captação da atenção do cidadão-leigo para a questão do uso dos recursos públicos. Senão, ele, o cidadão comum, cujo bem-estar é o principal objeto das ações de governo é quem, em última instância, será prejudicado.

É crível que uma conseqüência da situação ora proposta poderá ser o desenvolvimento ou evolução de uma sociedade democrática, mediante a intensificação

da comunicação entre o Estado e o cidadão-contribuinte-eleitor, que ofereça respostas claras e simples quanto à aplicação dos recursos públicos, evidenciando objetivamente o quanto, por que e como se gastou ou, na pior hipótese, por que não se estaria podendo implementar ações de governo, por que não há orçamento aprovado, etc.

Ao se condicionar, via Emenda Constitucional, a pauta do Congresso Nacional, relativamente à aprovação do projeto de lei do orçamento anual, à aprovação das contas do Presidente da República, contribuir-se-ia para a educação do cidadão, conclamando-o ao exercício da cidadania e da própria democracia, induzindo-o a apreender a importância da sua participação no processo interativo entre a Sociedade e o Estado, fundamento essencial para a vida de todos.

Inicialmente, para se alcançar melhor nível de evolução social, talvez o cidadão precise correr algum risco de ver ações importantes de governo comprometidas temporariamente por falta de verbas, dada a inexistência de lei orçamentária vigente.

Para tanto haveria de se tentar apresentar Proposta de Emenda à Constituição (PEC), de modo a alterar a Constituição Brasileira, mediante inclusão de parágrafo único em seu artigo 49, modificação da redação do §2º de seu artigo 57, alteração do texto do “caput” de seu artigo 75 e concomitante inserção de parágrafo, o §9º, no corpo de seu artigo 166, que passariam a vigorar nos seguintes termos (grifo para destaque das partes modificadas ou inseridas, relevantes à presente argumentação):

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

...

Parágrafo Único. O julgamento de que trata o inciso IX do “caput” deste artigo se inicia com o encaminhamento pela aprovação, ou não, das contas prestadas pelo Presidente da República, nos termos em que sugerido no parecer prévio de que trata o inciso I do art. 71, emitido pelo Tribunal de Contas da União.

...

Art. 57. O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.

...

§2º A sessão legislativa não será interrompida sem a aprovação do projeto de lei de diretrizes orçamentárias ou encerrada sem o julgamento das contas de que trata o inciso XXIV do art. 84, previsto no inciso IX do art. 49.

...

Art. 75. As normas estabelecidas nesta Seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, observado, pelas assembléias legislativas, pela câmara legislativa ou pelas câmaras de vereadores, quando do julgamento das prestações de contas anuais dos governadores, estaduais ou do Distrito Federal, ou dos prefeitos, encaminhamento análogo ao previsto no parágrafo único do art. 49.

...

Art. 166. Os projetos de lei relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais serão apreciados pelas duas Casas do Congresso Nacional, na forma do regimento comum.

...

§9º A votação do projeto de lei do orçamento anual se inicia somente após a conclusão do julgamento de que trata o §2º do art. 57, conforme previsto no inciso IX do art. 49”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desnecessário dizer que a análise da prestação de contas do Presidente da República, em seu conjunto — entrega das contas, emissão de parecer prévio pelo TCU e discussão e julgamento pelo Congresso Nacional — induz ao sentimento da necessidade de revitalização do processo legislativo nos seus procedimentos internos com fortalecimento da participação da sociedade, mediante o debate e a crítica construtiva das ações governamentais voltadas à consecução do bem comum.

Embora tenha estado sempre presente a idéia de que a sociedade é o principal fiscal das ações governamentais, de fato essa fiscalização encontra barreiras consideráveis que, se não impedem, pelo menos dificultam muito sua realização, a exemplo do elevado nível de desinformação do cidadão com relação a temas políticos e administrativos. Torná-la possível significa, dentre outras coisas, o acesso às informações como instrumento de participação e fortalecimento do exercício do direito à cidadania, com a exigência de que a atividade de controle e fiscalização se torne percebida como um processo de interação entre Tribunal de Contas da União, Congresso Nacional e a sociedade civil organizada.

Com este artigo, espera-se ter demonstrado que, no julgamento das contas anuais do Presidente da República, urge a implantação de novos arranjos participativos, elevando a influência de diversos atores sociais nas instituições políticas, aprofundando-se as relações entre essas instituições e a sociedade civil e, enfim, aprimorando-se o próprio processo democrático.

Talvez, discorrer sobre o tema, tendo em vista a melancólica realidade política e até educacional brasileira possa parecer inócuo e improdutivo. A nossa cultura de precária conscientização do eleitor brasileiro nos induz a uma tênue perspectiva quanto ao exercício da fiscalização e do controle pelos cidadãos sobre os atos da administração pública. É preciso estar presente este olhar crítico, pois corre-se atrás de realidade que avança a passos largos, introduzindo problemas cada vez mais complexos formulados pela sociedade.

Não se pode, obviamente, prescindir de que tal norma seja democraticamente legitimada, a partir de mudanças no padrão de relacionamento entre sociedade civil e Estado, desenvolvendo-se como um processo de avanços e recuos. Tampouco imaginar que a instigação sugerida seja plenamente suficiente para fazer o cidadão comum dedicar-se, com o esmero desejável, a acompanhar a gestão dos escassos recursos públicos disponíveis — nas três esferas de governo.

Pode, porém, consolidar uma provocação interessante sobre a questão das contas de governo prestadas pelo Chefe do Executivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **A Democracia e suas Dificuldades Contemporâneas**. Salvador, CAJ, Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: [http://www.direito público.com.br](http://www.direito.público.com.br). Acesso em: 22 de abril de 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. Fortaleza: Editora da UFC, 1985.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**, que “Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.”

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. In: Cadernos de Soluções Constitucionais, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 20-31

BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria. Controle dos gastos públicos no Brasil: instituições oficiais, controle social e um mecanismo para ampliar o envolvimento da sociedade. Rio de Janeiro : Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003.

BURITY, Joanildo A. Identidade e Cidadania: a cultura cívica no contexto de uma nova relação entre sociedade civil, indivíduos e Estado. In: **Ciencias Sociales em América Latina y el Caribe**. Argentina: Biblioteca Virtual. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2000/2001.

CAMPOS, Anna Maria. **Accountability: Quando Poderemos Traduzi-la para o Português?** Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 30-50, fev.-abr. 1990.

CEZÁRIO, Marlei de Sousa. Prestação de contas do Presidente da República: uma análise da eficácia do processo de comunicação do Relatório e Parecer Prévio do Tribunal de Contas da União ao Congresso Nacional - período 1989 a 1995. Brasília : Unb, Faculdade de Estudos Sociais Aplicados, 1997. ( Dissertação mestrado).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Cidadão e sua defesa. A “res pública” e sua defesa**. Trabalho apresentado no Seminário Internacional - Sociedade e a Reforma do Estado, São Paulo, 26 a 28 de março, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

O´DONNELL, Guillermo. Transições, continuidades e alguns paradoxos, In: **A democracia no Brasil - dilemas e perspectivas**, Fábio Wanderley Reis e Guillermo O´Donnell (orgs.), São Paulo: Vértice, Editora Revista dos Tribunais, p.71, 1988.

PAIVA, Maria Arair Pinto. **Poder Legislativo e Função de Controle da Atividade Financeira do Governo**. Niterói: Revista da Faculdade de Direito da UFF, vol. 2, 1999.

PEDERIVA, João Henrique. **Accountability, Constituição e Contabilidade**. Brasília: Revista de Informação Legislativa,. ano 35, nº 40, p. 17-39, out-dez 1988.

\_\_\_\_\_. & PONTES, João Batista. **Contas Prestadas pelo Presidente da República: Apreciação do Congresso Nacional**. Consultoria Legislativa do Senado Federal, Brasília, Textos para Discussão nº 14, ago. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización y Democracia**. Conferência apresentada no Fórum Social Mundial Temático Democracia, Derechos Humanos, Guerras y Narcotráfico em Cartagena das Índias, Colômbia , 16-20 junho, 2003.

\_\_\_\_\_. A Crise dos Paradigmas. In: Sousa Junior, José Geraldo de (org.) **Introdução Crítica ao Direito**. 1ª Edição, Brasília: Universidade de Brasília/CEAD, 1987

SPECK, Bruno W. Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político administrativo do Brasil. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

TCU. Relatório e Pareceres Prévios sobre as Contas do Governo da República. Brasília, Tribunal de Contas da União, diversos exercícios.

## NOTA

- <sup>1</sup> A esse respeito, ver também SPECK, Bruno W. (2000) e BUGARIN, Maurício Soares; VIEIRA, Laércio Mendes; GARCIA, Leice Maria (2003), demonstrando que, nas últimas décadas, a prática tem sido no sentido de relatórios e pareceres ficarem engavetados durante anos, sendo aprovados após longo período de esquecimento.



TERESA CRISTINA MESQUITA NOGUEIRA

SUMÁRIO: 1. AS CATEGORIAS PÚBLICO E PRIVADO ATRAVÉS DO TEMPO; 2. SOCIEDADE CIVIL; 3. REFORMA DO ESTADO; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1. AS CATEGORIAS PÚBLICO E PRIVADO ATRAVÉS DO TEMPO.

Até recentemente, os limites entre a sociedade e o Estado e entre o público e o privado pareciam bem demarcados. Hoje, esses limites não podem ser distinguidos com nitidez. As categorias **público** e **privado** não se aplicam mais necessariamente ao Estado e à sociedade respectivamente.

Existem, atualmente, setores que, embora formalmente públicos, comportam-se segundo a lógica privada de mercado. Por outro lado, vai se expandindo outra esfera, constituída por movimentos e associações que, embora formalmente privados, dedicam-se a finalidades públicas, ocupando um espaço público não-estatal.

Este artigo pretende refletir sobre as características desse espaço público não estatal e sobre o papel que foi reservado ao conjunto das organizações que o integram na Reforma Administrativa ocorrida no país na década passada.

A compreensão das transformações na percepção de categorias fundamentais da sociedade moderna — sociedade, Estado,<sup>1</sup> público e privado — e de suas conseqüências para a configuração das relações entre o Estado e a sociedade civil na atualidade requer uma reflexão histórica,<sup>2</sup> ainda que breve, sobre essas categorias.<sup>3</sup>

Na antiga Grécia, a esfera privada era a dimensão particular a cada indivíduo, relacionada à casa (*oikos*), ao trabalho doméstico e à família. Em oposição a ela, a esfera pública era onde o cidadão podia discutir com seus iguais as questões relativas à *polis* e encontrar reconhecimento. É interessante observar que, da esfera pública não participavam todos os indivíduos, mas apenas os cidadãos livres, proprietários gregos.

Durante a Idade Média, essas categorias foram transmitidas nas definições do Direito Romano: a esfera pública como *res publica*.<sup>4</sup> Contudo, nesse período, não houve propriamente uma distinção entre esfera pública e esfera privada.

Ao analisar as categorias **público** e **privado** na Idade Média, registra Araújo Pinto:<sup>5</sup>

Assim, o que se torna visível, nesse cenário de pluralidade de ordenamentos, fontes e instituições que geram e aplicam o direito, é a **inexistência de uma esfera pública** apta a propiciar uma mínima separação entre a experiência política (numa perspectiva ampliada) e as diversas constelações de interesses – de natureza privada – protegidos por sofisticadas construções teóricas como a idéia de sociedade trifuncional e constituição mista, típicas da teoria política medieval, que mantêm sua força persuasiva mesmo nos séculos iniciais da Era Moderna. (grifado no original)

Com o final da Idade Média, ocorre a emancipação do poder político, em face do poder econômico e do religioso. A formação do Estado foi fundamentada na necessidade racional de sua existência para manter a ordem<sup>6</sup> e correspondeu à constituição da primeira forma de poder totalmente dessacralizada.

O processo de assimilação do poder político – o Estado – ao poder público é o tema recorrente das doutrinas jusnaturalistas, que se desenvolveram desde o início do século XVII até fins do século XVIII. Esse modelo representa a descoberta da esfera econômica como distinta da esfera política, da esfera privada como distinta da esfera pública, descoberta que é própria de uma sociedade na qual desaparece a confusão entre poder econômico e poder político que é característica da sociedade feudal.<sup>7</sup>

Para Habermas a associação do poder político à esfera estatal ocorre a partir do momento em que a esfera do poder público se torna objetivada nas atividades continuadas que passaram a ser exercidas pelo Estado. Em sua concepção, o “Estado moderno é essencialmente um Estado de impostos”<sup>8</sup> e a administração financeira é o cerne de sua administração. Assim, a organização da burocracia, necessária à administração dos impostos, bem como a manutenção de exércitos permanentes deu visibilidade a esfera do poder público (esfera pública no sentido moderno) que passou a ser identificada com a estatal. Por oposição, privado se referia àqueles excluídos da participação no poder público.

Na construção habermasiana, inicialmente a esfera pública burguesa é a esfera das pessoas privadas reunidas em um público, na qual ocorrem as discussões com a autoridade sobre as leis do intercâmbio de mercadorias e do trabalho social. No entanto, com o desenvolvimento dessa esfera pública surge uma consciência política que articula, contra a monarquia absoluta, a concepção e a exigência de leis genéricas e abstratas, que garantam a vinculação das funções do Estado a normas gerais (Estado de Direito).

Com o Estado de Direito, as funções da esfera pública são articuladas na lei fundamental ou Constituição. Os direitos fundamentais garantem: as esferas do público e do privado; as instituições e instrumentos do público (imprensa, partidos); a base da autonomia privada (família e propriedade); e as funções das pessoas privadas (políticas e econômicas).<sup>9</sup> Observa-se que o Estado, nesta época, era mínimo. A ele cabia a manutenção das leis, da ordem, da justiça e da segurança. Por seu turno, ao mercado competia regular as instâncias econômicas e sociais.

O Estado de Direito liberal entra em crise na virada para o século XX, marcando o início de uma fase de forte intervencionismo estatal na sociedade. O Estado amplia suas funções e, além de guardar a ordem, assume tarefas como proteger, indenizar e compensar os grupos sociais mais fracos; coordenar atividades econômicas privadas; e desempenhar ele mesmo atividades de produção de bens e serviços. Assim, cada vez mais a linha que separava o setor público do privado foi se atenuando. Conforme Habermas:

O modelo da esfera pública burguesa contava com a separação rígida entre setor público e setor privado; a esfera pública das pessoas privadas reunidas num público, que fazia a mediação entre o Estado e as necessidades da sociedade, era computada ela mesma no setor privado. À medida que o setor público se imbrica com o setor privado, este modelo se torna inútil. Ou seja, surge uma esfera social repolitizada, que não pode ser subsumida, nem sociológica nem juridicamente, sob as categorias do público ou do privado. Neste setor intermediário se interpenetram os setores estatizados da sociedade e os setores socializados do Estado sem a intermediação das pessoas privadas

que pensam politicamente (...) Essa função mediadora passa do público para aquelas instituições que, como as associações se constituíram a partir da esfera privada ou, como os partidos, a partir da esfera pública e que, internamente, exercem agora o poder e a distribuição do poder num jogo com o aparelho do Estado.<sup>10</sup>

Finalmente, chegamos ao período atual, no qual, no campo econômico, o Estado parece não mais ter capacidade de regular a economia nacional, inserida num mercado mundial. No campo social, surgem novas práticas de mobilização e movimentos orientados para reivindicações de direitos difusos, pós-materialistas. E, no campo estatal, são desenvolvidas políticas no sentido de devolver à sociedade civil competências e funções que o Estado parece incapaz de exercer.

Nesse novo marco, no qual se aprofunda a percepção de que entre as categorias **público** e **privado** existe uma larga fronteira onde se encontram tanto entidades estatais quanto da sociedade civil, é que será analisado o papel da sociedade civil na reforma administrativa, iniciada em meados da última década.

## 2. SOCIEDADE CIVIL

O interesse em relação às organizações que não estão incluídas no setor privado lucrativo ou no setor público estatal tem crescido em todo o mundo. São entidades que, embora de natureza privada, dedicam-se a promoção de atividades de caráter público, entendido aqui como de interesse geral, coletivo, não individual, em áreas tão diversas como: defesa de povos indígenas, promoção de saúde individual e coletiva, defesa do meio ambiente, proteção aos desempregados, defesa do consumidor, alfabetização, preservação cultural, entre outras.

Cada vez mais, observa-se o crescimento do número de pessoas que se reúnem em organizações dedicadas a atividades públicas. Porém, as explicações para essa expansão não são homogêneas.

Boaventura de Sousa entende não ser fácil determinar o significado político desse fenômeno, uma vez que está ocorrendo tanto nos países centrais como nos países periféricos e, portanto, em contextos sociais e políticos muito diferentes. Além disso, observa que a própria unidade de análise deste fenômeno é problemática, pois, se nos países centrais parece ser o resultado de forças endógenas identificáveis no espaço nacional, em alguns países periféricos, sobretudo nos menos desenvolvidos, é o efeito local de induções, quando não de pressões ou de interferências internacionais.<sup>11</sup>

Não obstante as dificuldades de análise apontadas e embora ressalte a existência de um núcleo genuíno na “reemergência da sociedade civil”, Boaventura de Sousa registra que:

A meu ver, o que está verdadeiramente em causa na “reemergência da sociedade civil” no discurso dominante é um reajustamento estrutural das funções do Estado por via do qual o intervencionismo social, interclassista, típico do Estado-Providência, é parcialmente substituído por um intervencionismo bicéfalo, mais autoritário face ao operariado e a certos setores das classes médias (por exemplo, a pequena burguesia assalariada) e mais diligente no atendimento das exigências macro-econômicas da acumulação de capital (sobretudo do grande capital).<sup>12</sup>

Não existe um conceito único para conjunto dessas organizações sociais. Nos países da Europa continental, de origem latina, predomina a denominação economia social (*économie sociale*). Nos países de origem anglo-saxã, principalmente nos Estados Unidos, utiliza-se a denominação setor não lucrativo (*non profit sector*).

Essas duas denominações representam duas correntes de conceituação e interpretação da realidade social, cada uma com características próprias que não cabe mencionar no âmbito reduzido deste texto. Destaca-se apenas que a primeira corrente tende a considerar a economia social como parte da resposta da sociedade à crise econômica e ao enfraquecimento do Estado e, portanto, como uma forma de repensar os termos do desenvolvimento econômico e social. Já a segunda corrente dá relevo ao papel de prestadores de serviço das organizações do setor não lucrativo.

No Brasil, tem-se utilizado a denominação terceiro setor para identificar o conjunto das organizações de natureza privada dedicadas a finalidades públicas que não integram nem o Estado (primeiro setor) nem o mercado (segundo setor). Cabe registrar que não há consenso sobre esta denominação, uma vez que também é utilizado o conceito sociedade civil para traduzir esta realidade social.

Para Habermas, o atual significado de sociedade civil não coincide com o da sociedade burguesa da tradição liberal (oposta ao Estado), pois não inclui mais a economia. O seu núcleo institucional é formado por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas. Conforme seu conhecido conceito: "A sociedade civil compõe-se de movimentos, organizações e associações, os quais captam os ecos dos problemas sociais que ressoam nas esferas privadas, condensam-nos e os transmitem, a seguir, para a esfera pública política".<sup>13</sup>

244

J. Cohen e A. Arato citam um conjunto de características da sociedade civil, que não se identifica com o Estado, nem com a economia e nem com os outros sistemas de funções sociais, pois permanece vinculada aos núcleos privados do mundo da vida. São elas: pluralidade, publicidade e legalidade, esta última referindo-se a direitos fundamentais necessários a demarcação do mundo da vida em relação ao Estado e ao mercado.<sup>14</sup>

Grau<sup>15</sup> considera que a fundamentação de Habermas e de Cohen e Arato, baseada na diferenciação das lógicas entre os subsistemas (político e econômico) e o mundo da vida (a sociedade civil constitui expressão institucional do mundo da vida) não seria suficiente para o meio latino americano, no qual a sociedade foi configurada historicamente a partir do Estado e onde a maioria das associações articula sua ação ao aparelho estatal.

Dessa forma, entende ser mais pertinente a noção de setor intermediário (terceiro setor), que descarta a identificação de uma lógica própria das organizações da sociedade civil. Além disso, a autora destaca a produção de bens públicos a partir da sociedade como uma outra possível dimensão do público que contribuiria para sinalizar possíveis insuficiências na fundamentação habermasiana, vez que se refere a uma ação coletiva que não envolve a afirmação de direitos e a defesa de identidades culturais, nem expressa a vontade de participação política em relação às instituições estatais.

Como será visto a seguir, este conceito de sociedade civil como setor intermediário, capaz de produzir bens públicos (*public goods*), foi o adotado na reforma administrativa dos anos 90.

### 3. REFORMA DO ESTADO

Em meados dos anos 90, o governo brasileiro apresentou ao país um documento político intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho Estado”. Esse plano, a partir de um diagnóstico da crise brasileira como decorrência do descontrole fiscal, do esgotamento da estratégia estatizante de intervenção econômica e social do Estado e da forma burocrática de administrar o Estado, apresentava diretrizes para a reforma da administração pública. Essas diretrizes visavam a possibilitar que a administração pública evoluísse de um modelo burocrático, no qual a obediência a normas é a principal finalidade da ação, para um modelo gerencial, caracterizado pela flexibilidade e cujo controle deixaria de basear-se nos processos (meios) para concentrar-se nos resultados.

Nas palavras do então Ministro Bresser Pereira, idealizador da reforma, os componentes básicos da reforma do Estado dos anos 90 eram:

- a) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e “publicização” (este último processo implicando a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta);
- b) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em um promotor da capacidade de competição do país a nível internacional ao invés de protetor da economia nacional contra a competição internacional;
- c) o aumento da governança do Estado, ou seja da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, ao nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e de sua execução; e finalmente,
- d) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses.<sup>16</sup>

Especificamente quanto ao papel do terceiro setor no modelo proposto, foi definida a estratégia de publicização, que pode ser entendida, em síntese, como a transferência da execução de serviços até então prestados pelo Estado, como os de saúde, cultura e pesquisa científica, para o chamado setor público não-estatal. Dessa forma foi enfatizado o papel de prestadoras de serviço das entidades do terceiro setor.

Cabe observar que a estratégia de publicização partia do pressuposto de que o terceiro setor era um provedor de serviços mais eficiente que o Estado, especialmente em relação às camadas mais carentes da população. Esse pressuposto, sem base empírica,<sup>17</sup> está em consonância com o pensamento econômico liberal segundo o qual as iniciativas do setor privado e do mercado são os mecanismos mais eficientes para a obtenção de crescimento econômico e produção de bens e serviços.

O processo de publicização das atividades desempenhadas por determinado órgão ou entidade estatal consiste, basicamente, em três etapas:

extinção do órgão ou entidade;

qualificação de entidade não-estatal (associação ou fundação de direito privado) como organização social; e

absorção das atividades pela organização social mediante a celebração de contrato de gestão.

O modelo das organizações sociais foi importado de iniciativas levadas a cabo no Reino Unido, onde mais de 1.500 entidades, regidas pelo direito privado, consideradas não-integrantes da Administração Pública, executam atividades caracterizadas como serviços públicos. Essa estrutura, porém, apresentou vários problemas, incluindo a apropriação clientelista de cargos de direção, o crescimento desmesurado do número de entidades e uma perda de *accountability*.<sup>18</sup>

Sem entrar na discussão sobre a legitimidade do aludido processo de publicização, cabe chamar a atenção para algumas características das organizações sociais que permitem questionar se essas entidades de fato integram o terceiro setor.

De acordo com a Lei nº 9.637/98, organização social é uma qualificação atribuída pelo Poder Público a 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 e à saúde.

Entre suas características, definidas na norma mencionada, salienta-se que: a organização social conserva o financiamento do Estado às suas atividades; deve ter representantes do Poder Público em seu órgão colegiado de deliberação superior; incorpora integralmente as atividades e o patrimônio da entidade extinta; recebe os funcionários da entidade extinta; e deve observar na execução de suas atividades as diretrizes da entidade supervisora, integrante da Administração Pública.

246

Conforme se observa, as relações estabelecidas entre as organizações sociais e o Estado, por meio do processo de publicização, presumem forte dependência dessas entidades em relação à Administração Pública.

Embora seja “concedida” às organizações sociais autonomia gerencial, dentro de limites fixados em contratos de gestão, a Administração Pública está presente nos principais aspectos constituintes dessas entidades, de forma tal que a localização estrutural dessas entidades num setor externo ao Estado não é clara. Di Pietro registra que:

O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com a utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de “amarras” da Administração Pública.<sup>19</sup>

Deve-se destacar que o modelo das organizações sociais e o processo de publicização não tiveram muitas adesões na Administração Pública e, até 2002, existiam sete entidades qualificadas como organizações sociais,<sup>20</sup> cinco delas vinculadas ao Ministério da Ciência e Tecnologia.

Paralelamente à implementação do modelo das organizações sociais, ocorriam, no âmbito do Conselho da Comunidade Solidária, iniciativas no sentido de reformar o marco legal que regula as relações entre o Estado e a Sociedade Civil no Brasil.

Além de reconhecer o caráter público das organizações da sociedade civil pretendia-se, mediante um novo marco legal, facilitar a colaboração do Estado com essas organizações mediante parcerias.

Nesse sentido foi editada a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação das organizações do Terceiro Setor como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público/OSCIP e institui o Termo de Parceria.

OSCIP é uma qualificação concedida pelo poder público a pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que se dediquem a promoção da assistência social; promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; promoção gratuita da educação ou da saúde; promoção da segurança alimentar e nutricional; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável; promoção do voluntariado; entre outras atividades definidas na lei.

O Termo de Parceria é o instrumento jurídico criado para permitir a realização de parcerias entre o Poder Público e a OSCIP para o fomento e execução de projetos. Foi pensado como alternativa aos convênios, diagnosticados como instrumentos burocráticos, que privilegiam o controle dos processos em detrimento do controle de resultados e que, além disso, não possibilitam a transparência na forma de escolha dos beneficiários dos recursos públicos.

O Termo de Parceria, em contraste, foi idealizado no paradigma gerencial, baseado na autonomia do gestor público e na eficiência. Ele consolida um acordo de cooperação para a realização de projetos, no qual a escolha da OSCIP parceira pode ser feita por meio de concurso de projetos ao qual podem ter acesso todas as entidades interessadas. Cabe observar que o concurso de projetos, além da publicidade, atende também ao requisito da competição, um dos pressupostos da reforma.

Conforme dados do Ministério da Justiça, existem 3.604 entidades qualificadas como OSCIP no Brasil.<sup>21</sup> Não obstante o número de OSCIPs venha aumentando gradativamente nos últimos anos, o número de Termos de Parceria firmados entre essas organizações e a Administração Pública é bem reduzido. Somente para exemplificar, enquanto o número de OSCIPs no Estado de São Paulo é 1028, o número de Termos de Parceria firmados entre a Administração Pública Federal e essas organizações é de apenas 10.

Por outro lado, embora a Administração Pública não venha utilizando freqüentemente o Termo de Parceria para desenvolver projetos com as OSCIPs, observa-se que o convênio, instrumento burocrático que se pretendia substituir, continua a ser a forma privilegiada de acesso das OSCIPs aos recursos públicos. Esse fato evidencia que a criação de instrumentos de gestão baseados no modelo gerencial por si só não garante a mudança das práticas consolidadas na Administração Pública.

Ferrarezi, que participou da formulação do modelo das OSCIPs, já salientava a necessidade de mudanças profundas para o sucesso do modelo. Nesse sentido, foram apontadas algumas habilidades políticas e gerenciais que deveriam ser desenvolvidas pela Administração Pública, entre elas: a capacidade de monitoramento e avaliação das políticas; a capacidade de articulação e coordenação; a produção e disponibilização de informações úteis e indicadores sociais; e a criação de um sistema de financiamento para os projetos do Terceiro Setor pautado por critérios públicos.

Um aspecto que merece destaque na concepção dos Termos de Parceria é a intenção de que este instrumento viabilize a flexibilização do emprego dos recursos públicos pelas entidades qualificadas como Oscip, uma vez que as normas que regem o emprego de recursos públicos pela Administração Pública foram consideradas restritivas ou mesmo impeditivas para uma administração centrada em resultados.

A flexibilização pretendida, um objetivo recorrente dos vários modelos propostos no contexto da Reforma Administrativa, foi e continua sendo um aspecto gerador de tensões. Num ambiente de crise fiscal e onde predomina a cultura burocrática, os instrumentos baseados em controle de resultados são vistos com desconfiança. Nesse contexto, o controle de meios, ou dos processos, é percebido como o mais indicado para impedir desvios e perdas.

Assim, às iniciativas no sentido de privilegiar o controle por resultados sempre correspondem ações no sentido de restringi-las ou conformá-las a regras burocráticas.<sup>22</sup> Para ilustrar essa situação cita-se a edição do Decreto nº 5.504, de 5/8/2005, que pretende tornar obrigatório para as OSCIPs a realização de licitações previamente às contratações.

248

Por fim, e sem pretender esgotar a matéria, registra-se uma peculiaridade no emprego dos Termos de Parceria. Em face das notórias dificuldades de contratação de pessoal pela Administração Pública, alguns órgãos pretenderam utilizar o instrumento com o objetivo de contornar esse problema.

No âmbito do Programa de Saúde da Família, por exemplo, o Ministério da Saúde previu a possibilidade de contratação indireta de profissionais para atuar naquele programa mediante a formalização de contratos de gestão com Organizações Sociais (OS) ou de termos de parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Após intervenção do Tribunal de Contas da União, passou a ser exigido que as entidades parceiras detivessem prévia capacitação e experiência na área de saúde e que executassem integralmente os programas, respondendo não só pela seleção, contratação e treinamento de pessoal, mas também pela gestão e implementação de todas as ações de assistência à saúde que constituem o programa.<sup>23</sup>

Do que ficou evidenciado, percebe-se que, embora a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, tenha, de fato, contribuído para a institucionalização e reconhecimento de entidades da sociedade civil, o instrumento criado para formalizar as parcerias não foi ainda incorporado às práticas de gestão da Administração Pública.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As parcerias entre a sociedade civil e o Estado são uma realidade inquestionável. No Brasil, as organizações privadas, sem fins lucrativos e com finalidades públicas desde



há muito têm um papel relevante na implementação de políticas públicas principalmente em áreas como a saúde e a assistência social.

A reforma administrativa, inserida no contexto da nova administração pública (*New Public Management*), pretendeu, porém, alterar esse papel complementar da sociedade civil, tornando-a responsável, juntamente com o mercado, pela prestação de serviços públicos, substituindo o Estado nessa função.

As estratégias utilizadas – publicização e formalização de contratos de gestão com organizações sociais, bem como a formalização de termos de parceria com entidades qualificadas como OSCIP – até o momento não apresentaram resultado significativo, em decorrência de fatores diversos, tanto no âmbito do Estado quanto da própria sociedade civil, não abordados nos limites deste texto.

Malgrado essas experiências, há que se ponderar que o fortalecimento das relações entre o Estado e a sociedade civil é um requisito essencial para a consolidação e expansão da democracia<sup>24</sup> e o estabelecimento de parcerias, nas quais a sociedade civil possa participar ativamente nas políticas públicas, em todas as suas fases, não apenas na implementação, sem dúvida contribui com o ideal democrático.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. 3ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

EDWARDS, Michael e HULME, David. **Too close for comfort? the impact of official aid on nongovernmental organizations**. In: *Current Issues in Comparative Education* (on line). Vol.1. Nº1. Disponível em <http://www.tc.columbia.edu/cice/articles/medh111.htm>. Consulta em 02/12/2005.

FALCÃO, Joaquim. **Democracia, direito e terceiro setor**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

FELIX, Loussia Penha Musse; GALINDO, George Rodrigo Bandeira; JUNIOR, José Jardim Rocha. Educação como bem público. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaocomobempublico.pdf>. Consulta em 10/09/2005.

FERRAREZI, Elizabete. Organização da sociedade civil de interesse público – OSCIP: a lei 9.790 como alternativa para o terceiro setor. Brasília: Comunidade Solidária, 2001.

GINER, Salvador. **Sociedade Civil**. In: DIAS, Elias e MIGUEL, Alfonso Ruiz (Org.). **Filosofia política II. Teoria del Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

GRAU, Nuria Cunill. Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 1998.

HABERMAS, Juergen. **Mudança estrutural da esfera pública**. 2ª ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. II. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Da administração pública burocrática à gerencial**. Revista do Serviço Público, ano 47, volume 120, nº 1.

PINTO, Cristiano Paixão Araújo. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Claudia Fernanda de Oliveira (Org.). O novo direito administrativo brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PAES, José Eduardo Sabo. Fundações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. 4ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

REZENDE, Flávio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas mãos de Alice – o social e o político na pós modernidade**. 3ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 1997.

\_\_\_\_\_. **Reinventar a democracia**. (Cadernos Democráticos 4). 1ª ed. Lisboa: Gradiva Publicações Ltda, 1998.

250

\_\_\_\_\_. A reinvenção solidária e participativa do Estado. Brasil. Disponível em: [http://www.planejamento.gov.br/arquivos\\_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/Boaventura.PDF](http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/seminario/Boaventura.PDF). Consulta em 25/02/2006.

SANTOS, Luiz Alberto. Agencificação, publicização, contratualização e controle social: possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado. Brasília: DIAP, 2000.

BRASIL. 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 das entidades que menciona e a absorção de suas atividades por Organizações Sociais e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.100, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.504, de 05 de agosto de 2005. Estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **Balanco da Reforma do Estado no Brasil: A Nova Gestão Pública**. Brasília, 2002.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Conforme Boaventura de Sousa Santos, o dualismo Estado/sociedade civil é o mais importante dualismo no moderno pensamento ocidental. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas mãos de Alice – O social e o político na pós modernidade**. p. 81.
- <sup>2</sup> Este texto não tem a pretensão de realizar uma retrospectiva histórica completa ou uma arqueologia dessas categorias, apenas se propõe a situá-las, de forma simplificada, em alguns marcos históricos.
- <sup>3</sup> Para uma descrição detalhada do processo ver : HABERMAS, Juergen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Trad. Flávio R.Kothe. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- <sup>4</sup> Conforme Nuria Cunill Grau, “Pertence a Cícero a definição de *res publica* como “coisa do povo”, pela qual se entende uma sociedade que permanece integrada não só pelos vínculos jurídicos, mas principalmente pela utilidade comum (Bobbio, 1989:14). A ela se opõe a *singularum utilitas*, quer dizer, a utilidade dos indivíduos.”. GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. p. 23
- <sup>5</sup> ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. **Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito**. p. 31
- <sup>6</sup> Esse fundamento pode ser visto, por exemplo, em Locke: “ quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade”. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. p. 94.
- <sup>7</sup> Conforme BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. p. 45.
- <sup>8</sup> HABERMAS, Juergen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. p. 31.
- <sup>9</sup> Id ibidem. p. 103.
- <sup>10</sup> HABERMAS, Juergen. op. cit. p. 208-209
- <sup>11</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Reinvenção Solidária e Participativa do Estado**. p. 6.
- <sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pelas Mãos de Alice – O Social e o Político na Pós Modernidade**. p. 124.
- <sup>13</sup> HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. p. 99.
- <sup>14</sup> J. L. Cohen e A. Arato. *Civil society and political theory*. Cambridge, Mass: 1996. p. 346. *apud* Habermas, Jurgen. Id. P. 100.
- <sup>15</sup> GRAU, Nuria Cunill. **Repensando o público através da sociedade: novas formas de gestão pública e representação social**. p. 57-61. Segundo a autora “A fundamentação habermasiana e, inclusive, de Cohen e Arato, baseiam-se na diferenciação das lógicas entre os subsistemas (político e econômico) e o mundo da vida. A sociedade civil constitui a expressão institucional do mundo da vida; portanto, as associações que dão conteúdo à esfera pública social são as que representam o fluxo comunicativo deste, e, em resumo, que se baseiam na interação comunicativa para coordenar sua ação. Ficam, em consequência excluídas da esfera pública assim concebida, todas aquelas associações que adotam a lógica dos subsistemas correspondentes ao Estado e ao mercado, como mecanismos de sua ação (poder e dinheiro respectivamente).”
- <sup>16</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. p. 18-19.

- <sup>17</sup> Conforme Edwards e Hulmes, estudos sobre o desempenho de organizações da sociedade civil na África, na Ásia e na América Latina questionaram muitas das idéias então aceitas sobre seus níveis de acesso à população pobre, sua relação custo-efetividade, sua participação popular e sua capacidade de inovação. Existem evidências que algumas grandes ONGs conseguem prestar serviços nos quais a relação custo-efetividade é mais favorável que a dos governos, porém não há estudo empírico que demonstre que necessariamente a provisão de serviços por esse tipo de entidade seja mais barata que a provisão pública. EDWARDS, Michael e HULME, David. *Too close for comfort? The impact of official aid on non governmental organizations*.
- <sup>18</sup> Conforme SANTOS, Luiz Alberto. **Agencificação, publicização, contratualização e controle social: possibilidades no âmbito da reforma do aparelho do Estado**. p. 115-118.
- <sup>19</sup> DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito administrativo**. p. 406.
- <sup>20</sup> Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. **Balanco da reforma do Estado no Brasil: a nova gestão pública**. p. 69
- <sup>21</sup> Conforme dados do Ministério da Justiça disponíveis no sítio: <http://www.mj.gov.br/sistemas/OSCIP/resultadoconsulta.asp>. Consulta em 10/02/2006
- <sup>22</sup> Para mais detalhes sobre o dilema do controle na Reforma Administrativa ver REZENDE, Flavio da Cunha. **Por que falham as reformas administrativas?** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
- <sup>23</sup> Conforme Acórdão nº 1146/2003 – TCU – Plenário. Ata 31/2003. DOU de 25/08/2003.
- <sup>24</sup> Conforme Bobbio “ Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente no governo ”. Bobbio, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. p.23.

## DEMOCRACIA E CONTROLE EXTERNO



# O TCU E A REVISÃO TARIFÁRIA NOS CONTRATOS DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

---

ALESSANDRO DE ARAÚJO FONTENELE

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. AS CONDIÇÕES DE CONTORNO; 1.1 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O TCU; 1.2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS; 1.3 O SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSMISSÃO DE ENERGIA ELÉTRICA; 2. OS ARGUMENTOS DA ANEEL; 3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA ANEEL; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

O setor elétrico brasileiro sofreu importantes transformações ao longo da década de 90, que culminaram com o aparecimento do atual modelo regulatório. Claramente, o Estado brasileiro realizou um movimento de centralização normativa e de descentralização operacional em diversas áreas de infra-estrutura, o que ensejou a formação de diversos, substanciais e atraentes mercados de prestação de serviços, notadamente os serviços públicos [Sundfeld, 2000].

Em 2005, o processo de concessão de linhas de transmissão LT Tucuruí - Vila do Conde e outras<sup>1</sup> foi acompanhado com muita atenção por diversos agentes do setor elétrico, pois nessa ocasião o Plenário do Tribunal de Contas da União prolatou o Acórdão nº 649/2005.

Por meio daquele dispositivo, o Tribunal determinava que a ANEEL declinasse as razões para a inexistência de revisão tarifária ordinária nos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica, acompanhada de fundamentação técnica, econômica e legal que demonstrasse ser adequada aquela opção.

A Corte de Contas houve por bem determinar à ANEEL que fizesse constar das minutas de contrato de concessão, em futuras licitações para a concessão de serviços públicos de energia elétrica, mecanismos adequados de apropriação de ganhos de eficiência empresarial, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96.

O TCU também determinou à Agência que promovesse a adequação dos contratos de concessão de serviço público de transmissão de energia elétrica já assinados para incluir mecanismos destinados à redução das tarifas em razão de apropriação de ganhos de eficiência empresarial ou a redução de custos, conforme dispõe o art. 14, inciso IV, da Lei 9.427/96.

O objetivo deste trabalho é examinar a pertinência das razões que a ANEEL apresentou para não realizar a revisão tarifária periódica nos contratos de transmissão de energia elétrica, que, de resto, está claramente positivada em dispositivo legal.

Além disso, a questão desperta interesse mercê de sua materialidade, dada não só pelos valores monetários envolvidos, mas também pelo interesse público, refletido na necessidade da continuidade dos serviços de transmissão existentes e pela manutenção da atratividade do negócio, necessária para a continuação e mesmo pelo incremento dos investimentos no setor.

Como pano de fundo da discussão, temos a relação ainda em construção entre as Agências Reguladoras e o Tribunal de Contas da União, na qual um deles tenta estabelecer os limites de sua jurisdição, enquanto que o outro tenta fazer valer a sua capacidade normativa.

Para conseguirmos atingir o objetivo proposto, dividiremos o trabalho em três seções. A primeira delas examinará as condições de contorno do tema. Lá, enfocaremos, ainda que de forma sucinta, as relações institucionais ainda não estáveis, mas tendentes ao equilíbrio, entre o TCU e a ANEEL; traçaremos um rápido panorama acerca dos serviços públicos no Brasil; e, por fim, descreveremos o serviço público de transmissão de energia elétrica, também com o nível de detalhe adequado aos objetivos deste artigo.

A segunda seção servirá para explicitarmos as razões declinadas pela ANEEL, já em grau de recurso interposto junto ao Tribunal contra o mencionado Acórdão nº 649/2005, para não cumprir o preceituado no diploma legal.

A terceira seção, por óbvio, analisará os pontos de vista da ANEEL, relacionados na seção imediatamente anterior, já encaminhando o trabalho para o seu desfecho lógico.

Finalmente, há mais uma seção, que servirá de conclusão a este trabalho.

## 1. AS CONDIÇÕES DE CONTORNO

### 1.1 Agências reguladoras e o TCU

O advento das Agências Reguladoras foi decorrente de uma reforma do aparelho do Estado brasileiro que buscou redimensionar o papel da Administração Pública na prestação de serviços públicos. O Estado diminuiu sua função de prestador direto de serviços públicos, ao mesmo tempo em que aumentou sua função regulatória e normativa, capacitando a agência a exercer função normativa, consubstanciada na edição de legislação setorial infralegal, o que, segundo Sundfeld (2000), não configura em hipótese alguma lesão ao princípio da separação dos poderes.

Com a mesma intenção, e seguindo dispositivo constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.987/1995, a lei geral de concessões, que dispôs sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dentre outras providências que empreendeu.

Essa nova concepção de Estado não enfraqueceu o Controle Externo levado termo pelo TCU. Ao revés, o robusteceu. Além do exame da legalidade, o Tribunal, sempre de acordo com seu dispositivo constitucional ordenador (art. 71, IV), deve verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras. Dessa maneira, o controle volta seus olhos não apenas para a legalidade dos atos administrativos, mas para o binômio legalidade e eficiência.

Dentro desse diapasão, é certo que o Tribunal possui competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. Cumpre estabelecer, todavia, a forma de atuação do Tribunal, bem como os limites dessa atuação.

O entendimento mais moderno é o de que o TCU deve atuar de forma complementar às agências reguladoras no que concerne ao acompanhamento da outorga e da execução contratual dos serviços concedidos [TCU, 2004]. O fato de o Poder Concedente deter



competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impediria a atuação cooperativa e suplementar do TCU, que pode, dessa maneira indireta, destaque-se, fiscalizar a prestação dos serviços públicos delegados. Esse entendimento sofre críticas de doutrinadores como Justen Filho (2002), que defendem a limitação do controle externo às atividades-meio das agências reguladoras.

O TCU não pode agir de forma a substituir o órgão regulador, sob pena de atuar de maneira contrária à Constituição Federal. Ou seja, a fiscalização do Tribunal deve ser algo indireta, repise-se, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, mas não deve ter como objeto a própria atividade regulatória de *per se*.

Quando as agências reguladoras ainda não estavam institucionalizadas, várias vezes o Tribunal acabou por preencher uma espécie de vácuo regulatório, exercendo funções típicas de órgão regulador. Essa atuação, certamente indevida, acabou sendo, todavia, aceitável, pois as agências reguladoras ainda não tinham totais condições para o exercício de suas competências. Na ocasião, prevaleceu a idéia de que uma má escolha é sempre melhor do que nenhuma escolha [TCU, 2004].

Atualmente, é impensável, dado o grau de institucionalização alcançado pelas agências reguladoras, que o TCU, mesmo movido pela busca do interesse público, sequer cogite invadir o âmbito de competência discricionária das agências. A insegurança jurídica que uma atitude dessas acarretaria seria diretamente proporcional ao tamanho dos mercados que elas regulam.

Voltando ao equilíbrio, a incessante busca da excelência técnica que o TCU tem empreendido é a chave para a inserção legítima do órgão de controle como uma parte importante junto às agências, aos concessionários e à sociedade civil no sistema regulatório brasileiro, contribuindo significativamente para a disseminação de boas práticas de regulação.

A relação equilibrada entre o TCU e as agências serve como defesa da estabilidade das regras, do cumprimento dos contratos e da eficiência do jogo regulatório. Equilibra dois pratos da mesma balança, que podem ser representados pela fixação de tarifas módicas, em obediência ao princípio da modicidade tarifária, e pela manutenção de uma remuneração apropriada para o capital investido, que acaba se refletindo na própria continuidade do serviço público e na sua adequada prestação.

No exercício de seu papel, o TCU se defronta com dois tipos de atos praticados pelas agências reguladoras: os vinculados e os discricionários. Quando os atos supostamente irregulares forem vinculados, com violação de expressa disposição legal, o Tribunal pode determinar a esses entes que adotem as providências necessárias à correção das irregularidades detectadas. No caso dos atos discricionários, praticados de forma motivada e visando satisfazer o interesse público, o Tribunal pode unicamente recomendar a adoção de providências consideradas por ele mais adequadas, pois o administrador teria trabalhado em seu espaço de liberdade.

Na eventualidade de o ato discricionário conter vício de ilegalidade ou houver sido praticado por autoridade incompetente, se não tiver sido observada a forma devida, se o motivo determinante e declarado de sua prática não existir ou, ainda, se estiver configurado desvio de finalidade, a Corte de Contas será competente para avaliá-lo e para determinar a adoção das providências necessárias ao respectivo saneamento, podendo, inclusive, determinar a anulação do ato em questão. Assim

sendo, será sempre necessária uma análise do caso concreto para determinar a existência de vício ensejador da ação corretiva do TCU.

Por fim, há o ponto nevrálgico da discricionariedade técnica. O espaço de discricionariedade que a agência possui não a autoriza a criar metodologias sem embasamento teórico mínimo, em especial quando em desacordo com as metodologias tecnicamente consideradas adequadas. A regulação se faz com o melhor uso do conhecimento técnico disponível empregado na orientação do comportamento das entidades reguladas como forma de assegurar o interesse público.

A questão da discricionariedade técnica é magistralmente tratada neste excerto transcrito da obra do eminente professor Moreira Neto (2001, p. 169/170), ao referir-se justamente às agências reguladoras:

... a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais.

## 1.2 Os serviços públicos

Os Serviços Públicos adquiriram grande dimensão no Direito Administrativo em virtude da famosa “Escola do Serviço Público” ou “Escola de Bordeaux”, liderada por Leon Duguit, Gaston Jèze e Maurice Hauriou, notáveis publicistas franceses que atuaram no início do século XX [Bandeira de Mello, 2004].

Para essa escola, o que caracterizava o Direito Administrativo, o “direito do Estado”, não era o “Poder de Império” da administração, mas a “Atividade Prestacional” do Estado. Por exemplo, para Gaston Jèze, deveriam ser considerados serviços públicos todas as atividades da Administração Pública.

As duas principais correntes às quais se pode recorrer para estabelecer um conceito de Serviço Público são a essencialista e a formalista.

Para os essencialistas, um serviço deve ser considerado público em razão de sua própria natureza. Ou seja, existem características quase ontológicas dessas atividades econômicas que, quando presentes, as tornam serviços públicos, submetendo-as, em consequência, a regime jurídico público.

Os formalistas<sup>2</sup>, por sua vez, defendem que não há essencialidade no Serviço Público. O que define um serviço como público é a legislação, que diferencia o regime jurídico que regula aquele serviço. A Constituição brasileira adotou essa corrente. Desse modo, uma definição possível para serviço público pode ser a formulada por Bandeira de Mello (2003, p. 620):

Serviço Público é toda atividade de oferecimento utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais- instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

A doutrina clássica francesa costuma apontar três princípios como os principais no tocante a Serviço Público. São eles: (a) mutabilidade, (b) continuidade e (c) igualdade [Bandeira de Mello, 2004].

No Brasil, Meirelles (2004) enumera cinco princípios: a) o da permanência, que seria o mesmo princípio da continuidade; b) o da generalidade, que corresponderia ao princípio da igualdade; c) o da eficiência, ou da atualidade do serviço, outra designação para a chamada “mutabilidade”; d) o da modicidade tarifária; e e) o da cortesia. No âmbito deste trabalho, são de especial interesse os princípios da modicidade tarifária e o da continuidade.

Ainda em relação ao contexto brasileiro, a doutrina entende que, quando prestados por particulares, os serviços públicos são ditos delegados. Nessa modalidade de prestação, o Estado transfere por contrato (permissão ou concessão) a execução, mas não a titularidade, de serviço público. Nestes casos, o Estado deve exercitar o seu poder-dever de fiscalização, verificando se o delegatário vem executando a contento o serviço que lhe fora cometido [Di Pietro, 1999], [Bandeira de Mello, 2004].

No caso de faltas deste último agente, medidas deverão ser adotadas por parte do concedente, que poderão dar ensejo mesmo à caducidade da delegação, tendo por consequência a reversão do serviço para o Poder Público.

Na concessão, de acordo com a Lei nº 8.987/95, o particular executa o serviço, em seu próprio nome e por sua conta e risco, mas mediante fiscalização e controle da Administração Pública, inclusive sob o aspecto da remuneração cobrada ao usuário – a tarifa -, a qual é fixada pelo poder concedente.

O serviço concedido deve ser remunerado por intermédio de tarifa, que é caracterizado como preço público, e não por taxa, que é uma espécie de tributo, assunto por vezes polêmico, mas brilhantemente elucidado por Aranha (1999). A tarifa deve se destinar à manutenção do serviço, bem como ao seu contínuo aperfeiçoamento, proporcionando a justa remuneração ao concessionário, de acordo com o estabelecido no contrato firmado.

Para que o equilíbrio financeiro seja mantido, as tarifas deverão ser revisadas periodicamente, para mais ou para menos, em razão de modificações de receitas e despesas no decorrer do período de concessão.

No cálculo das tarifas deve se considerar, ainda, outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados que poderão ser gerados com a concessão.

A questão das tarifas deve mesmo ser tratada com rigor, pois a observância do princípio da modicidade tarifária é o que possibilita o acesso ao maior número de usuários possível daquele serviço público, tornando-o uma comodidade universal para a população.

Por fim, registre-se que o reajuste e revisão das tarifas são cláusulas essenciais nos contratos de concessão, os quais, ainda, poderão ser diferenciados em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.

Diante desse panorama, Bandeira de Mello (2004, P. 654) propõe a seguinte definição para o que seja a concessão de serviços públicos em nosso ordenamento:

Concessão de Serviço Público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um Serviço Público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteradas unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.

São exemplos de serviços públicos, delegados mediante contratos de concessão, a distribuição e a transmissão de energia elétrica.

### 1.3 O serviço publico de transmissão de energia elétrica

O sistema elétrico brasileiro caracteriza-se pela preponderância da geração hidroelétrica sobre outras formas de geração. Em função desta preponderância e de serem as usinas hidroelétricas construídas onde melhor se pode aproveitar as aflúências e os desníveis dos rios, o que muitas vezes se dá em locais distantes dos centros consumidores, o sistema elétrico brasileiro possui um extenso sistema de transmissão, em que as linhas criam uma complexa rede de caminhos alternativos para escoar com segurança a energia produzida até estes centros. [TCU, 2000]

Com a instalação da Linha de Interligação Norte-Sul, de 1.000 MW de capacidade e tensão de operação de 500 kV, cerca de 96,1% da capacidade de produção elétrica no Brasil passou a integrar um único sistema interligado de âmbito nacional (o restante faz parte de pequenos sistemas isolados). Esta interligação permite que os consumidores sejam beneficiados pela diversidade do comportamento das vazões entre rios de diferentes bacias hidrográficas

260

Sob o ponto de vista organizacional, o sistema elétrico brasileiro tem múltiplos proprietários, de diferentes tamanhos e naturezas, cada qual buscando atingir seus próprios objetivos empresariais. A década de noventa foi palco de um abrangente processo de desverticalização e privatização das empresas, que possibilitou um aumento significativo no número de agentes, bem como o nível de competição entre eles. Este momento, segundo Green e Pardina (1999), é crucial para o regulador, pois o desenho do mercado atual e do possível mercado futuro é feito nessa ocasião. Os contratos que moverão o mercado regulado serão firmados segundo este marco regulatório.

Esse modelo foi projetado com base na criação de um mercado, denominado Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE), que veio a substituir o antigo sistema de preços regulamentados de geração e contratos renováveis de suprimentos. Para propiciar a eficiência e a competição neste mercado, foi planejada a segmentação das atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização.

Especificamente sobre a transmissão de energia elétrica, esse serviço consiste no transporte em grosso de energia elétrica a níveis de tensão de 230 KV ou superiores, dos geradores para os sistemas de distribuição de tensão inferior [ANEEL, 2006].

Cabe ao concessionário a construção da estrutura de transmissão necessária à prestação do serviço e a operação. Os investimentos são drasticamente concentrados no início do empreendimento, mas a eficiência do empreendedor é fortemente estimulada, pois

quanto mais eficiente as empresas forem na manutenção e na operação das instalações de transmissão, evitando desligamentos por qualquer razão, melhor será a sua receita.

A concessão para operar o sistema de transmissão é firmada em contrato com duração de trinta anos e o leilão de concessão premia o investidor que mais se distanciar para baixo de um preço-teto, uma receita anual permitida encontrada após os estudos de avaliação de viabilidade financeira encetados pela ANEEL. Ou seja, vence o certame o contendor que ofertar o menor preço, desde que abaixo do preço-teto estipulado pela ANEEL. [ANEEL, 2006].

A atividade de distribuição de energia elétrica é considerada monopolista, possuindo consumidores cativos. Atualmente, as tarifas são definidas pelo órgão regulador, não mais, como eram no passado estatal, em regime de precificação pelo custo do serviço, mas seguindo os princípios de “*price-cap*”<sup>3</sup>.

Ainda que mais simples que a sistemática de “tarifas pelo custo”, a sistemática atual requer definições regulatórias importantes, especialmente em relação à periodicidade de atualização das tarifas, ao indexador de preços mais adequado, à parcela dos ganhos de eficiência que serão repassados aos consumidores, à parcela que premiará os esforços dos gestores [TCU, 2000].

## 2. OS ARGUMENTOS DA ANEEL

No recurso que interpôs, ainda no bojo do processo TC-006.226/2004-8, em face do Acórdão nº 649/2005-TCU-Plenário, a Agência afirma que não descumpra o disposto no inciso IV do art. 14 da Lei nº 9.427/96. Para a ANEEL, aquele dispositivo não é aplicável ao serviço de transmissão de energia elétrica. Isso só ocorreria se fosse possível traçar-se um paralelo entre os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica, algo fora de cogitação, já que, no entender da Agência, as duas atividades possuem diferenças tão marcantes a ponto de se permitir a adoção de dois modelos regulatórios distintos.

Por exemplo, a regulação dos serviços de transmissão é feita por incentivos, ou seja, o regulado é incentivado a gerar melhorias de eficiência pois delas se apropriará. Exatamente na possibilidade dessa apropriação reside a lógica desse tipo de regulação. A sociedade, nessa circunstância, teria seus interesses preservados, pois a perseguição da eficiência por parte do concessionário acabaria revertendo na modicidade tarifária.

Além disso, diferentemente do caso dos concessionários de distribuição de energia elétrica, os de transmissão não podem obter ganhos de produtividade relacionados à expansão do mercado, pois não há mercado potencialmente não atingido. Os concessionários de transmissão, em última análise, vendem a disponibilização de uma capacidade e recebem pagamentos em função da quantidade de tempo que deixam seu serviço à disposição dos usuários.

Um outro ponto tocado é o fato de que, em se tratando de empresas de transmissão, os investimentos estão concentrados no início do empreendimento, não havendo a necessidade de muitos investimentos adicionais com vistas à reposição de ativos ou à prestação adicional de serviços. Ou seja, a apropriação de ganhos de eficiência ocorreria justamente por ocasião do leilão de concessão, pois a sociedade estaria se beneficiando dos ganhos resultantes de um processo competitivo acirrado e, conseqüentemente, o princípio da modicidade tarifária estaria sendo observado.

Aduz ainda a Agência que as características da concessão dos serviços de transmissão respeitam a adequação do serviço, pois antes mesmo da outorga de concessão, várias análises são feitas para aferir a necessidade de se construir a linha de transmissão bem como as características técnicas e operativas que aquele empreendimento deve possuir. Apenas depois dessas análises é que se chega ao valor máximo para a Receita Anual Permitida (RAP).

A RAP baseia-se no cálculo dos investimentos e despesas a serem feitos pela empresa para a construção e operação das linhas de transmissão. Ou, seja, o próprio conceito de RAP surge em função da configuração do serviço adequado às condições de cada empreendimento e corresponde à idéia de menor custo para o serviço adequado. Justamente por isso o leilão realizado para a outorga da concessão propicia a escolha do agente mais eficiente, ou seja, da própria competitividade do certame advém o ganho de eficiência que é obtido no leilão e imediatamente repassado à sociedade.

Por fim, a ANEEL ainda argumenta que, como a captura inicial da eficiência empresarial é muito importante no caso do serviço de transmissão de energia elétrica, a adoção do modelo de revisões tarifárias periódicas significaria a introdução de um risco regulatório que acabaria “precificado” pelos investidores nos futuros leilões, ou seja, os investidores acabariam de algum modo “cobrando” por essa intervenção estatal quando compusessem suas ofertas nos certames licitatórios.

### 3. ANÁLISE DOS ARGUMENTOS DA ANEEL

A questão de fundo desta controvérsia refere-se à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de transmissão de energia elétrica. No entender da ANEEL, esse equilíbrio é intangível, ou seja, apenas mediante a verificação de anormalidades é que a equação econômica-financeira seria revista. O TCU duvida disso e defende que revisões periódicas sejam feitas em períodos definidos. É dispensável mencionar a materialidade da questão em virtude da magnitude dos valores financeiros envolvidos.

A leitura do disposto no controvertido art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.427/96 serve para demarcar a questão. *Verbis*:

#### Capítulo III

#### DO REGIME ECONÔMICO E FINANCEIRO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE ENERGIA ELÉTRICA

Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

(...)

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade.

A afirmação de que os serviços de distribuição e de transmissão de energia elétrica são diferentes a ponto de se justificar a necessidade de revisão tarifária naquele serviço e tornar essa atividade dispensável neste não é, a nosso ver, de todo correta.

A primeira diferença entre os dois serviços que a ANEEL enumera é a referente à regulação dos serviços. Na distribuição de energia elétrica, a regulação é feita por incentivos, ao passo que na transmissão essa possibilidade não ocorre, pois o serviço consiste na mera disponibilização de capacidade, que é “inelástica” ao longo de todo

o período da concessão, o que torna essa disponibilidade insusceptível de variações de eficiência no decorrer do contrato.

A Agência não relata que existe um forte incentivo para que a disponibilidade dos serviços de transmissão mantenha-se bastante alta: a concessionária é passível de ser penalizada monetariamente em face da não disponibilização de sua capacidade de transmissão. Ou seja, se a disponibilidade não atingir determinados patamares estabelecidos em contrato, há uma perda econômica para a empresa.

Essa circunstância leva a concessionária a ser o mais eficiente possível na operação e manutenção de suas linhas de transmissão. Dessa maneira, podem ocorrer ganhos de produtividade que seriam aferidos via revisão tarifária, mas que bem poderiam passar em branco se essa revisão não fosse periódica. Sem contar que uma melhor operação e manutenção das linhas terá reflexos na depreciação da instalação.

O segundo argumento da ANEEL, por sinal absolutamente incontestado, pois verdadeiro, é o de que os investimentos em transmissão de energia são concentrados no início do empreendimento, o que os torna notavelmente diferentes, portanto, dos investimentos em distribuição de energia. Deriva deste fato a conclusão a que chega a ANEEL de que apropriação de ganhos de eficiência ocorreria por ocasião do leilão de concessão, pois a sociedade estaria se beneficiando dos ganhos resultantes de um processo competitivo acirrado.

Novamente aqui a Agência chega a uma conclusão não completamente verdadeira derivando de uma premissa correta. Por exemplo, pode haver apenas um interessado na concessão. O argumento liberal de crença absoluta no mercado cairia por terra, pois apenas um contendor faria seu próprio mercado e a sociedade em nada se beneficiaria desta prática particularista.

263

De quebra, imaginar que o mercado funcionaria de forma eficiente por causa de eventual acirramento no leilão seria equivalente a reduzir o escopo do acompanhamento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato à aplicação de índices financeiros com vistas a corrigir monetariamente a corrosão inflacionária ocorrida em dado período.

A própria corrosão inflacionária, aliás, pode ser fator ensejador de desequilíbrios econômico-financeiros indesejados, pois é corrigida no contrato mediante a aplicação de um índice financeiro, dentre vários índices que podem se prestar a esse papel. Ocorre que é possível, ou mesmo provável, a ocorrência de variações assimétricas entre os fatores de custo e de receita, o que, quase de forma inevitável leva a um desequilíbrio do contrato, repetimos, não desejado pelo lado perdedor, a sociedade ou o próprio particular [Danni, 2002].

Ainda dentro dessa linha, há a questão do capital de terceiros tomado pelo concessionário no mercado. Aqui também o pêndulo pode beneficiar os dois lados. Segundo Alexander (1995), se o concessionário obtiver empréstimos a taxas menores do que as de mercado – via empréstimos obtidos de fontes oficiais, para tomarmos um exemplo –, ele estaria auferindo recursos sem haver despendido esforço algum para tanto, e não os repassando à sociedade.

Ou seja, essa situação de subsídio espelharia uma alocação de recursos completamente ineficiente do ponto de vista da sociedade, pois deixaria o concessionário

em posição bem confortável devido à alavancagem financeira que teria conseguido [Alexander, 1995].

Por outro lado, se o concessionário estivesse pagando mais do que deveria pelo capital que tomou por empréstimo, ele seria prejudicado, mas não seria o único. Aqui, outra vez, teríamos uma alocação ineficiente de recursos, que acabaria por penalizar novamente a sociedade, pois a queda na rentabilidade financeira do concessionário poderia colocar em risco a própria continuidade do contrato de concessão.

Desse modo, até pela segurança que traria ao mercado, a efetivação de revisões tarifárias periódicas seria um bem tanto para a sociedade quanto para o particular. Essa conclusão, aliás, derruba outro argumento da agência que dava conta de que, se a revisão tarifária periódica fosse efetivada, as empresas “precificariam” essa intervenção estatal e isso oneraria a sociedade.

Se o concessionário não pode mais ser surpreendido por uma intervenção extracontratual – como propugna a ANEEL – e as regras de revisão são estipuladas *a priori* nos contratos de concessão, a segurança do investidor cresce ao invés de diminuir. Não há, portanto, por quê os concessionários “precificarem” a revisão tarifária e aumentarem seus preços.

Por fim, ainda em relação a financiamentos, há o caso dos financiamentos oficiais, que foi levemente mencionado em parágrafo anterior, mas que merece uma análise individualizada.

Nesse tocante, como já foi afirmado por mim em outro artigo (Fontenele, 2003), qualquer concessionário de um desses serviços que receba um financiamento oriundo de bancos oficiais estará recebendo, via juros, um subsídio. Essa situação deve ser observada em revisão tarifária e os benefícios que o concessionário porventura tenha recebido devem ser revertidos para a modicidade das tarifas. Nesse caso específico, portanto, simplesmente desaparecem as diferenças entre os serviços de distribuição e de transmissão ou entre este e qualquer mercado regulado.

Quanto ao argumento esgrimido pela ANEEL da preocupação que o agente regulador deve ter com a adequação do serviço, tal preocupação muito pouco tem a ver com a adoção de revisão tarifária periódica. A concessão para operar o sistema de transmissão é firmada em contrato com duração de 30 anos. As cláusulas estabelecem que, quanto mais eficiente as empresas forem na manutenção e na operação das instalações de transmissão, evitando desligamentos por qualquer razão, melhor será a sua receita.

Dessa maneira, o nível de adequação do serviço se reflete na tarifa que o ainda contendor apresenta por ocasião do leilão de concessão. Essa tarifa reflete a expectativa de lucro *vis-à-vis* o nível de serviço que a empresa imagina poder fornecer. Ou seja, o nível de serviço é aferido mediante fiscalização ordinária feita pela ANEEL e a falha nesse serviço é punida economicamente, de forma previamente estabelecida no contrato de concessão.

É interessante destacar que as revisões tarifárias em serviços de transmissão de energia elétrica já foram previstas nos contratos de concessão, não se constituindo, pois, em algo novo. Por exemplo, no próprio sítio da ANEEL na Internet, pode-se encontrar o Contrato de Concessão para transmissão de energia nº 058/ 2001, firmado entre a União e as Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - Eletronorte. Neste contrato estava



prevista a revisão periódica para reposicionamento da Receita Anual Permitida, com objetivo de promover a eficiência e modicidade tarifária [ANEEL, 2001].

## CONCLUSÕES

Apesar de se esperar que as atividades de distribuição e de transmissão de energia elétrica tenham muitas peculiaridades que fazem com que os mercados delas decorrentes sejam efetivamente diferentes, não há razões suficientes para que a ANEEL não promova revisões tarifárias periódicas nos contratos de transmissão de energia elétrica.

Assim, concluímos que a proposta deste trabalho representa mais um passo no sentido de tornar o mercado regulado brasileiro mais transparente e equilibrado para todos os agentes, capaz de dar ao investidor a necessária segurança para aportar capital, e ao consumidor a segurança da manutenção, mesmo no contrato celebrado entre Estado e particular, dos princípios que norteiam a prestação de um serviço público:

- a) para o consumidor, na medida em que ganhos obtidos pelo investidor serão, em parte, revertidos para fins de modicidade tarifária;
- b) para os empresas, pois na eventualidade de desequilíbrios financeiros – que podem ocorrer para os dois lados – o investidor terá assegurada a intangibilidade da equação financeira de seu contrato e a conseqüente manutenção do lucro que o atraiu para o negócio;
- c) para o esquema regulatório em vigor, aí entendido como uma instituição, na medida em que se reconhece a transparência e segurança jurídica do mercado regulado.

Finalmente, é importante frisar que a situação regulatória enfrentada pela ANEEL e tratada neste artigo pode vir a repetir-se em outros setores agora regulados, mas que antes eram verticalmente integrados. Daí a valia de se verificar se as diversas previsões de revisão tarifária periódica inscritas nas diversas leis que tratam de concessão, sejam gerais ou setoriais, merecem atenção e devem ser efetivamente aplicadas, ainda que com as necessárias adaptações a cada contingência.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexander, I.; **“Price Caps, Rate-of-Return Regulation, and the Cost of Capital”**; Public Policy for the Private Sector – Nota n° 87; Washington, Banco Mundial; setembro de 1996.

Contrato de Concessão n. ° 058 /2001/ Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. - ELETRONORTE; Texto disponível no Sítio da Agência Nacional de Energia Elétrica na internet, <http://:aneel.gov.br>, link “contratos”; acesso em 20/01/2006;

Informações sobre o setor elétrico. Texto disponível no Sítio da Agência Nacional de Energia Elétrica na internet, <http://:aneel.gov.br>, link “contratos”; acesso em 20/01/2006;

Aranha, Márcio Lório. “Taxa versus Preço Público ou Tarifa: análise de sua natureza e jurisprudência no STF e STJ”. **Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional**, Brasília: Consulex, v. 4, n. 4, p. 91-102, 1999.

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 artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995.

Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. Brasília, DF, 1996.

Danni, Luciano dos Santos. "Proposta de Aprimoramento do Método de Determinação da Distribuição-Alvo de Capital de Terceiros em Revisões Tarifárias". (mimeo). Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "**Parcerias na Administração Pública**". 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. "**Direito administrativo**". 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

Fontenele, Alessandro de Araújo; "**Subsídios governamentais às empresas de distribuição de energia elétrica: por uma melhor distribuição dos ganhos**"; Monografia. Centro Federal de Educação Tecnológica Major Celso Suckow – CEFET-RJ.

Green, R. e Pardina, M. R.; "**Resetting Price Controls for Privatized Utilities: A Manual for Regulators**"; (EDI Development Studies, ISSN 1020-105X) Ed. Banco Mundial, Washington, 1999; ISBN 0-8213-4338-6.

Justen Filho, Marçal. "**O Direito das Agências Reguladoras Independentes**". São Paulo: Dialética, 2002.

Meirelles, Helly Lopes. "**Direito Administrativo Brasileiro**". 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Mello, Celso Antônio Bandeira de. "**Curso de direito administrativo**." 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. "**Mutações do Direito Administrativo**". 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Sundfeld, Carlos Ari. "**Introdução às Agências Reguladoras**." In: Sundfeld, Carlos Ari (Coord.). "**Direito Administrativo Econômico**". São Paulo: Malheiros, 2000.

Decisão nº 833/2000 – Plenário (DC-0333-39/00-P; TC- 003.163/2000-0); Ata 39/2000; Sessão de 04/10/2000; Brasília – DF.

Acórdão 1757/2004 – Plenário (AC-1757-43/04-P; TC- 016.128/2003-2); Ata 43/2004; Diário Oficial da União de 23/11/2004; Brasília – DF.

Acórdão 649/2005 – Plenário (AC-0649-18/05-P; TC-006.226/2004-8); Ata 18/2005; Diário Oficial da União de 3/06/2005; Brasília – DF.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Processo do Tribunal de Contas da União n° TC-006.226/2004-8, de acompanhamento de concessão de linhas de transmissão, instruído pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID.
- <sup>2</sup> Os formalistas consideram que a definição de quais atividades devem ser consideradas como “serviços públicos” deve decorrer de lei.
- <sup>3</sup> Price-cap é um procedimento de definição de tarifas que considera basicamente um teto para os preços médios da concessionária, atualizado periodicamente em função da evolução de um índice de preços ao consumidor, diminuído de uma parcela que reflete ganhos de produtividade e aumentado em função do repasse (parcial ou integral) de aumento de custos não gerenciáveis e não capturados pelo indexador que recompõe a corrosão da inflação [Alexander, 1996].



# A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA O CUMPRIMENTO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS PUNIÇÕES FISCAIS E PENAS

ELMITHO FERREIRA DOS SANTOS FILHO

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. AMBIENTE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LRF; 2. OBJETIVOS DA LRF; 3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS NOVOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE; 4. ASPECTOS PUNITIVOS DA LRF; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Cabe aos Tribunais de Contas auxiliar o respectivo Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das contas públicas. Neste trabalho será destacada a importante atuação desses Tribunais, especialmente a do Tribunal de Contas da União – TCU, em razão das suas competências constitucionais e legais, para que sejam ressaltadas as situações em que os gestores públicos poderão sofrer punições fiscais e penais ao infringirem dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

A LRF trouxe impactos profundos sobre a Administração Pública brasileira, dando origem a um grande número de indagações. Não é apenas sobre o Poder Executivo que a lei está repercutindo, uma vez que a atividade administrativa encontra-se em toda a estrutura orgânica nacional. Com efeito, o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público e outras áreas da administração pública estão igualmente sujeitos aos comandos apresentados por esse diploma legal, os quais prevêm sanções tanto institucionais quanto pessoais.

A democrática transição administrativa, garantida pela Constituição Federal, e as dúvidas decorrentes desse novo dispositivo legal adquirem significado especial, exigindo soluções urgentes, criativas e em conformidade com o novo sistema legal. É absolutamente indispensável que todos aqueles que, de algum modo, estejam vinculados aos órgãos com funções estatais conheçam a LRF, suas determinações e restrições, assim como as consequências de seu eventual descumprimento.

A metodologia de pesquisa utilizada abrangeu a doutrina, a jurisprudência do TCU e de outros Tribunais de Contas e pesquisa em sítios especializados sobre o tema.

O artigo está dividido em quatro partes, que abordarão, em primeiro lugar, os aspectos históricos da criação da LRF e seus objetivos, a seguir, o papel dos Tribunais de Contas e os instrumentos de controle dispostos na lei de responsabilidade. Em continuação, serão expostos os aspectos e resultados punitivos da lei. Na conclusão, será destacada a importância dos Tribunais de Contas para o alcance do equilíbrio das contas públicas, por meio de ações preventivas, orientadoras e punitivas.

## 1. AMBIENTE HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - LRF

O ambiente histórico em que foi criada a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000) foi bastante diversificado, pautando-se pela insolvência do setor público, pelo crescente endividamento externo e interno, pelas elevadas taxas de juros e necessidade de geração de *superavit* primário. Em resumo, a

crecente desestabilização fiscal de diversos países desde a década de oitenta, inclusive dos ditos desenvolvidos, foi a raiz fundamental para a criação de normas que buscassem o equilíbrio das contas públicas.

A economia mundial em crescente globalização, a partir dessa década, exigia maior competitividade dos países. As economias internas não podiam crescer e ao mesmo tempo sustentar um Estado mau gastador e desequilibrado em suas finanças públicas. Dessa forma, os países não viam outra saída a não ser controlar as finanças públicas como meio de sair da crise econômica que se apresentava e que ameaçava o nível de vida.

Para resolver esse problema, medidas foram tomadas pela Comunidade Européia e por alguns países. Como exemplos, citamos os Estados Unidos e a Nova Zelândia, que tiveram mais destaque no controle das contas públicas. Também, destacamos o importante papel do Fundo Monetário Internacional – FMI, que apontou diretrizes para a racionalização da contas públicas dos países-membros.

A Comunidade Européia promoveu a assinatura do Tratado de *Maastricht* - 1992, que estabeleceu parâmetros de cooperação e estipulou regras rígidas para que os países pudessem adentrar na Comunidade. Dentre elas, destaca-se a que estabelece metas de manutenção de uma relação estável entre dívida/PIB e o compromisso de manutenção do equilíbrio fiscal.<sup>1</sup>

Nos Estados Unidos<sup>2</sup>, o esforço para a estabilidade fiscal partiu do *Budget Enforcement Act (BEA)*, de 1990. Por esta lei o Congresso fixa metas fiscais plurianuais e limites de gastos orçamentários.

Na Nova Zelândia<sup>3</sup>, os principais ajustes se deram por meio da *Fiscal Responsibility Act* (1994). As reformas fundaram-se em regras firmes e transparência dos gastos públicos.

Quanto ao Fundo Monetário Internacional – FMI, tem-se a influência do Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal<sup>4</sup>, que afirma o seguinte: “Este código baseia-se nos seguintes objetivos primordiais: definição clara das funções e responsabilidades do governo; divulgação de informações ao público sobre as atividades do governo; abertura na preparação e execução do orçamento, bem como na prestação das contas orçamentárias; e avaliação independente da integridade das informações fiscais.”

No ambiente interno, a situação brasileira era semelhante à de tantos outros países. Havia uma grande crise fiscal, a intervenção estatal na economia estava superada e o sistema burocrático emperrava os serviços públicos. A tentativa de superação desses entraves teve início com o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>5</sup>, em 1995. O Estado também viu-se obrigado a dar cumprimento ao art. 30 da Emenda Constitucional n. 19/98, que estabelecia o prazo de 6 meses, a partir da promulgação, para que o Congresso Nacional apresentasse projeto de lei complementar a que se refere o art. 163 da Constituição Federal, que trata das finanças públicas.

Nesse contexto, a LRF foi criada no Brasil com a nobre e difícil missão de implantar um novo regime fiscal, fundamentado nos conceitos de responsabilidade (equilíbrio fiscal e planejamento) e transparência. Para tanto, fixou normas rígidas que, se descumpridas, motivam punições fiscais e penais.

## 2. OBJETIVOS LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL - LRF

O objetivo principal da LRF é buscar o equilíbrio das contas públicas por meio de uma gestão fiscal responsável e transparente. Conforme apresentado na primeira parte deste trabalho, o que levou à criação da LRF foram os constantes e permanentes desequilíbrios fiscais nas economias nacionais, sejam elas grandes ou pequenas.

No texto da LRF, os objetivos estão claramente dispostos no parágrafo 1º do art. 1º, *verbis*:

“a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.” (grifei)

No citado parágrafo 1º, pode-se tirar outras compreensões sobre os objetivos da LRF. Nesse sentido, vale trazer a lição de Afonso<sup>6</sup>:

instituir uma gestão fiscal responsável, com ênfase no controle do gasto continuado e do endividamento;

modificar profundamente o regime fiscal brasileiro, dando um “choque” de transparência no setor público, com maior divulgação das contas públicas e, ao mesmo tempo, tornando-as mais inteligíveis;

prevenir desvios e estabelecer mecanismos de correção e, dessa forma, punir administrações e administradores pelos desvios graves e por eventual não adoção de medidas corretivas.

Entende-se que uma lei de gestão fiscal dessa magnitude não pode ficar sem uma correspondente punição para aqueles que não se comprometem com a boa e regular aplicação dos recursos públicos. Nesse sentido, o presente trabalho destacará o papel dos Tribunais de Contas para o cumprimento da LRF.

## 3. O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E OS INSTRUMENTOS DE CONTROLE DA LRF

Os Tribunais de Contas, a par das amplas atribuições constitucionais e legais anteriores à LRF, foram contemplados com uma nova gama de responsabilidades nesta lei. O Ministro do TCU, Valmir Campelo, em palestra proferida no Seminário Controle Externo da Administração Estadual, realizado pelo Tribunal de Contas da Paraíba, em janeiro de 2003, assim ressaltou as novas atribuições dos Tribunais de Contas frente à LRF<sup>7</sup>:

“O controle, por sua vez, foi reforçado de duas formas. A primeira com o estabelecimento de limites para a realização ou comprometimento de algumas categorias de gastos. A segunda com a atribuição de competência aos Tribunais de Contas para atuar preventivamente, mediante acompanhamento da evolução das despesas, emissão de alertas quando os limites estabelecidos estiverem próximos de serem atingidos e indicação de fatos que possam

comprometer custos ou resultados de programas ou indicar irregularidades na gestão orçamentária.”

“Ao receberem atribuições mais ampliadas, em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, os Tribunais de Contas devem meditar acerca da finalidade mais larga que a referida Lei visa alcançar, especialmente, a de ser instrumento impositivo para que o equilíbrio das receitas e despesas seja atingido pela União, Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da administração indireta.”

Vale destacar que no âmbito do Tribunal de Contas da União, o acompanhamento e a fiscalização das finanças públicas foram regulamentados pela Resolução-TCU n. 142, de 30 de maio de 2000. Conforme ressaltado no parecer condutor da Decisão n. 324/2001-Plenário<sup>8</sup>, que originou a Resolução, de autoria do Ministro Adylson Motta, a Corte Magna de Contas foi contemplada com várias e onerosas atividades de controle e essas decorrem, basicamente, do art. 59 da LRF.

Os instrumentos de controle instituídos pela LRF propiciaram maior amplitude de ação tanto do controle interno, quanto do controle externo. No caso em estudo, considerando os pilares básicos da LRF (transparência, planejamento, controle e responsabilização), os Tribunais de Contas ganharam muita força na fiscalização preventiva, que é uma tendência moderna do controle, mas, também, ganharam mais “poder de fogo” para ações repressivas. A Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, conhecida como Lei de Crimes Fiscais – LCF, cuidou de responsabilizar pessoalmente o administrador público pelos desvios na gestão das contas públicas.

Antes de falar na questão punitiva, é bom ressaltar os preceitos da lei complementar em estudo, que materializam a fiscalização da gestão fiscal. O art. 59 da LRF, seguindo a redação dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal, conferiu ao Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder, a responsabilidade desses órgãos para fiscalizar o cumprimento da citada lei. Cabe ressaltar que nesse artigo, foi também incluído como órgão fiscalizador o Ministério Público, sem distinção de ser especializado em contas ou não.

272

Conforme o citado art. 59, os órgãos legitimados deverão fiscalizar o seguinte:

- I - atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
- II - limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;
- III - medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23 [LRF];
- IV - providências tomadas, conforme o disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
- V - destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;
- VI - cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver.

Além dessas atribuições, os Tribunais de Contas são responsáveis por emitir alertas aos Poderes ou órgãos referidos no art. 20 da LRF quando constatarem qualquer das irregularidades contidas no § 1º do art. 59, descritas a seguir:

- I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º [art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da



receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias];

II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;

III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Cumpra-se tecer algumas considerações sobre esse alerta a ser emitido pelos Tribunais de Contas.

Para Jacoby<sup>9</sup>, o alerta tem natureza de ato administrativo, sob o aspecto formal. Quanto ao mérito do próprio ato, o administrativista ensina que ele tem natureza cautelar, firma a responsabilidade da autoridade comunicada, além de poder ser excludente ou atenuante de responsabilidade, na medida em que o Tribunal de Contas se omite na emissão do alerta ao gestor infrator.

O que sobressai do ato de alerta é a atuação preventiva e concomitante dos Tribunais de Contas. O aspecto punitivo vem numa segunda etapa, em casos de reincidência ou má-fé dos agentes públicos responsáveis pela gestão.

A LRF não disciplinou as formalidades para se emitir o ato de alerta. O certo é que o ato deve conter os requisitos dos atos administrativos geralmente aceitos pela doutrina<sup>10</sup>: competência, finalidade, forma, motivação e objeto. A par desses, é imprescindível a publicidade em órgão oficial de imprensa. Os Tribunais de Contas, em vista da lacuna da lei, no uso de suas competências normativas, têm emitido resoluções e instruções normativas para regulamentar e fazer cumprir os ditames lei fiscal.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, definiu que o ato de alerta será emitido por aviso da sua Presidência e também comunicado à Comissão Mista Permanente de que trata o art. 166, § 1º, da Constituição Federal<sup>11</sup>.

No âmbito do TCU, a fiscalização atribuída pelo art. 59 da lei complementar foi regulamentada pela Resolução-TCU n. 142, de 30 de maio de 2001. A Resolução estabeleceu procedimentos para que o acompanhamento das finanças públicas ocorra de forma permanente durante todo o exercício. Desde a edição da Resolução, foram prolatadas 31 decisões/acórdãos<sup>12</sup> relativos à gestão fiscal.

Nessas decisões colegiadas, foram apreciados e julgados os seguintes temas:

acompanhamento da realização da receita da União nos exercícios de 2001 a 2005, com vistas à verificação do cumprimento das metas de resultado fixadas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias, em cumprimento à Lei de Responsabilidade Fiscal;

acompanhamento quadrimestral das publicações dos relatórios de gestão fiscal nos exercícios de 2001 a 2005;

extrapolação do limite estabelecido no art. 71 da LC, não-divulgação e cálculo incorreto, por alguns órgãos, do limite transitório do mesmo artigo<sup>13</sup>;

parcela da Receita Corrente Líquida da União destinada ao Poder Judiciário não computada nos limites globais de gastos com pessoal<sup>14</sup>;

consulta do Senado Federal sobre a interpretação do art. 72 da LC, no tocante à limitação imposta para realização de despesas com serviços de terceiros<sup>15</sup>;

consulta da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados sobre a transferência de recursos do Fundo Nacional de Segurança Pública - FNSP aos entes da federação que se encontrem em situação de inadimplência, em razão de normas específicas que regulamentam as transferências voluntárias<sup>16</sup>;

consulta do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicabilidade das restrições do art. 72 da LC, no tocante a despesas de serviços de terceiros (Projeto INFOJUS)<sup>17</sup>;

inscrição de valores em restos a pagar não processados, sem que houvesse saldo de caixa suficiente, contrariando o art. 42 da LRF<sup>18</sup>.

solicitação do Congresso Nacional para verificação do cumprimento da Emenda Constitucional n° 29/2000<sup>19</sup>;

incorrekções na segregação de elementos de despesa e inconsistências na abrangência das informações relativas ao demonstrativo da Dívida Pública Consolidada<sup>20</sup>;

274

análise da metodologia de apuração da Receita Corrente Líquida – RCL<sup>21</sup>;

superdimensionamento do limite máximo dos órgãos do Poder Judiciário e a conseqüente emissão alerta<sup>22</sup>;

ausência de cumprimento das exigências legais de emissão e publicação nos prazos da lei fiscal, com a conseqüente multa ao gestor infrator;<sup>23</sup>

representação e pedido de reexame contra a Decisão n. 211/2001–TCU–Plenário, que determinou aos agentes públicos responsáveis pela emissão do relatório de gestão fiscal, dos órgãos federais faltosos, o cumprimento do prazo legal para a sua publicação<sup>24</sup>;

pedido de reexame contra a Decisão n° 1.099/2002–TCU–Plenário, que deliberou sobre os relatórios de gestão fiscal encaminhados ao TCU pelos titulares dos Poderes e órgãos da esfera federal, nos termos dos artigos 54 e 55 da LRF<sup>25</sup>;

realização de operações de crédito, em montante superior às despesas de capital, com a conseqüente emissão de alerta ao Poder Executivo, em face do disposto no art. 167, inciso III, da Constituição Federal<sup>26</sup>;

extrapolação do limite de gastos com despesa de pessoal (art. 71 da LRF), bem como inscrição em restos a pagar sem que houvesse saldo suficiente, contrariando o art. 42 da LRF, com conseqüente alerta aos Poderes e órgãos envolvidos<sup>27</sup>.

A atuação do TCU, no âmbito federal, está sendo marcante e preponderante para dar cumprimento aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Nas esferas estadual e municipal, os Tribunais de Contas correspondentes também esforçam-se para cumprir as

atribuições da lei fiscal. Em pesquisa nos sítios dos Tribunais de Contas Estaduais e de Municípios verifica-se que a grande maioria adotou procedimentos padronizados e/ou eletrônicos para a coleta das informações exigidas pela lei.

Um dos sistemas utilizados pelos Tribunais de Contas é o Sistema Integrado de Auditoria Informatiza – SIAI<sup>28</sup>, assim conceituado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte:

“O SIAI foi desenvolvido com a finalidade de dinamizar a remessa e análise das contas dos entes jurisdicionados, dando maior agilidade e eficiência ao controle externo.

O sistema é composto por quatro módulos: Coleta, Recepção, Análise e Divulgação. O módulo de Coleta, instalado nos entes jurisdicionados, objetiva a remessa de dados ao Tribunal. O módulo Recepção, registra o processo no Protocolo Eletrônico do Tribunal após criteriosa validação das informações. O terceiro módulo Análise, auxilia o corpo de técnicos do TCE a proceder as suas análises, apurações de índices, levantamento de indícios, etc. O último módulo é responsável pela divulgação dos dados a sociedade e também pela divulgação dos alertas aos órgãos.”

O grande esforço dos Tribunais de Contas para garantir o equilíbrio das contas públicas, por meio da fiscalização, surtiu bons resultados nesses cinco anos de vida da LRF. Como exemplo, cita-se o resultado atingido pelos municípios do Estado de São Paulo, conforme divulgado em recente relatório pela Corte de Contas daquele Estado<sup>29</sup>:

“Em cinco anos, de 2000 a 2004, as contas desses 644 municípios melhoraram como nunca havia acontecido antes. Em 2000, as despesas eram maiores do que as receitas e assim também em 2001, já em escala menor. Em 2002, as receitas tomaram a dianteira e continuaram assim nos dois anos seguintes.”

A continuar nessa linha, em mais uma década o País poderá encontrar definitivamente o tão desejado equilíbrio das contas públicas.

#### 4. ASPECTOS PUNITIVOS DA LRF

Encerradas as considerações sobre as ações preventivas e orientadoras, cumpre agora adentrar nos aspectos punitivos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Buscando atingir efetivamente os seus objetivos, a LRF consignou no seu art. 73 que o descumprimento a seus dispositivos serão punidos por qualquer legislação pertinente, em especial as seguintes, que já constavam do ordenamento jurídico pátrio:

o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal

a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950 – Crimes de Responsabilidade de Membros dos Poderes da União e dos Estados

o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967 – Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores

a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa

Ressalta-se que a aprovação da Lei de Crimes de Fiscais – LCF – Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000 veio suprir a lacuna existente, no que tange à criminalização das condutas fiscais indevidas dos gestores.

A LCF alterou e incluiu dispositivos no Código Penal, na Lei n. 1.079/50 e no DL n. 201/67. Além disso, o seu art. 5º inovou em discriminar as infrações administrativas contra a LRF e atribuiu aos Tribunais de Contas a competência para processar e julgar a pessoa jurídica de direito público envolvida, no âmbito da respectiva jurisdição.

É de se destacar que o atuação do TCU no cumprimento da lei fiscal vem dando frutos positivos. Logo no primeiro ano de vigência da lei, o Plenário acatou Representação<sup>30</sup> do Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Dr. Lucas Rocha Furtado, para que verificasse a omissão de órgãos públicos federais que não publicaram o relatório de gestão fiscal de que trata o art. 54 da LRF. Nesse processo, vários órgãos tinham descumprido o prazo da lei, mas como era a primeira vez e todos ainda estavam na fase de adaptação, foi priorizada a orientação em vez da sanção pecuniária do art. 5º, §1º da Lei n. 10.028/2000.

Passada essa primeira orientação, no primeiro caso de reincidência, o TCU julgou pela condenação do gestor responsável, o qual foi penalizado com multa de R\$ 10.000,00, em razão do descumprimento do prazo estabelecido no § 2º do art. 55 da LRF<sup>31</sup>.

No tocante a essa multa<sup>32</sup>, a LCF estipulou o percentual fixo em 30% dos vencimentos anuais do agente, mas o TCU, no julgamento do TC 017.444/2001-0<sup>33</sup>, mitigou a aplicação desse percentual fixo. O Ministro-Relator, Walton Alencar Rodrigues, assim dispôs no voto condutor:

“Como toda sanção de natureza punitiva, a medida da punição decorre do juízo de valor a ser feito sobre a gravidade da conduta e dos limites máximos e mínimos definidos em lei. Para evitar injustiças, considero que a multa prevista no artigo 5º, § 1º da Lei 10.028/2000 deve ser aquilatada pelo juiz e entendida como de até 30% dos vencimentos anuais do gestor, conferindo ao aplicador da norma a necessária margem de valoração da conduta para fixação do seu valor.”

Quanto aos outros Tribunais de Contas, pelas pesquisas nos sítios respectivos<sup>34</sup>, evidencia-se uma grande quantidade de emissão alertas<sup>35</sup>. Ainda citando como exemplo o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, este informou que nos últimos cinco anos aplicou 336 multas pessoais aos transgressores (prefeitos e presidentes de Câmaras) e enviou mais de uma centena de prestações de contas ao Ministério Público para providências pertinentes<sup>36</sup>.

Como se percebe, a implantação de LRF está surtindo os efeitos desejados, ou seja, a responsabilidade dos gestores no manuseio das finanças públicas.

## CONCLUSÃO

A Lei de Responsabilidade Fiscal está mudando a ótica das finanças públicas do Brasil. Fundada nos pilares da transparência, planejamento, controle e responsabilização, a LRF impôs grandes mudanças na Administração Pública, nos níveis federal, estadual e municipal.

As competências atribuídas pela LRF aos Tribunais de Contas os tornaram verdadeiros guardiães das contas públicas. A ênfase no trabalho preventivo e concomitante fortaleceram sobremaneira a instituição controle externo.

O objetivo principal da LRF é buscar o equilíbrio das contas públicas, por meio de uma gestão fiscal responsável e transparente. Nesse passo, os gestores dos recursos públicos estão obrigados a fazer bem o “trabalho de casa”, pois a lei fiscal tratou de punir, tanto o Poder ou órgãos definidos no art. 20, §2º, quanto o próprio gestor. Para este, a punição na prevista na Lei de Crimes Fiscais.

Como visto na terceira e quarta parte, o acompanhamento das contas e a punição aos gestores estão acontecendo permanentemente. É certo que os objetivos da LRF serão atingidos mais facilmente se os gestores cumprirem por vontade própria a legislação regente. É certo, também, que os Tribunais de Contas não deixarão de exercer as funções preventivas e orientadoras, mas se o gestor insistir no erro ou agir com má-fé, os Tribunais deverão se valer das competências atribuídas pela Lei de Crimes Fiscais para aplicar multas ou, então, apurar e apresentar situações que possam ser julgadas pelo Judiciário. Destaca-se que a condenação para os casos mais graves podem ter como conseqüências, entre outras, a cassação de mandato eletivo e o cumprimento de pena de detenção ou reclusão.

Como as punições fiscais são relativamente amenas e quem as sofre são as pessoas jurídicas, é salutar que os gestores públicos tomem consciência dos riscos que correm ao empreenderem uma gestão temerária ou mesmo ilegal.

O tema aqui tratado ainda há de ser muito acompanhado, pois a LRF está no início de sua vida e ainda há muito o que fazer para que o País consiga o tão almejado equilíbrio das contas públicas, para que os recursos estatais sejam melhor aproveitados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, José Rodrigues. **A Lei de Responsabilidade Fiscal**. Apresentação realizada no VII Fórum Nacional de Secretários de Planejamento. Pará, 30 maio 2001. Disponível no endereço: [www.federativo.bndes.gov.br](http://www.federativo.bndes.gov.br)

ALVES, Benedito Antônio; GOMES, Sebastião Edilson R.; AFFONSO, Antônio Geraldo. **Lei de responsabilidade fiscal comentada e anotada**. 4. ed., rev. e aum. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. 329 p.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995. p. 15/16

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade fiscal e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, Seção I, 5 mai. 2000.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, 31 dez. 1940. Republicado em 3 jan. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967 – Dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, 27 fev. 1967.

BRASIL. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950 – Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília**, 12 abr. 1950.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, empregos ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, Seção I, p. 6993, 3 jun. 1992.

BRASIL. Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000. Altera o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei n. 201, de 27 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, Seção I, 20 out. 2000.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Relatório de Acompanhamento dos 05(cinco) Anos de Vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Obtido via internet. [www.tce.sp.gov.br/leifisc.shtm](http://www.tce.sp.gov.br/leifisc.shtm)., 8.3.2006, 19h30min.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 324/2001-TCU-Plenário. TC-016.632/2000-8. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, n. 38, p. 1-12, 11 jun. 2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução n. 142, de 30 de maio de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, Seção I, p. 398, 4 jun. 2001. Republicada na Seção I, p. 19, 6 ago. 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. A real interpretação da instituição Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.47, n.2, p.41-66, abr./jun. 2003.

CAMPELO, Valmir. O Controle Externo e a Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, ano 34, numero 96, abril/junho/2003, p. 14/16.

COSTA, Epaminondas da. Os agentes públicos, a lei de responsabilidade fiscal e as sanções da lei de improbidade administrativa. **Fórum Administrativo**, v.1, n.9, p.1196-1198, nov. 2001.

DELGADO, José Augusto. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os Tribunais de Contas. **Interesse Público**, v.2, n.7, p.11-43, jul./set. 2000.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. Crimes de responsabilidade na gestão fiscal. **Fórum Administrativo**, v.1, n.3, p.272-275, maio 2001.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby,(Org.). **Lei de responsabilidade fiscal: LC n. 101, de 04/05/2000**. Belo Horizonte : Fórum, 2004. 135 p.

\_\_\_\_\_. O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Poder de coerção e poder de sanção dos Tribunais de Contas: competência normativa e devido processo legal. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, v.28, p.271-279, jan./dez. 2002.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL – FMI. **Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal – Declaração de Princípios**. Texto disponível no site oficial do FMI, [www.imf.org](http://www.imf.org).

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Crimes de responsabilidade fiscal: Lei 10.028. São Paulo : **Revista dos Tribunais**, 2001. 158 p. (Série As Ciências Criminais no Século XXI; v. 2).

LEONARDO, Marcelo. **Crimes de Responsabilidade Fiscal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MACRUZ, João Carlos; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; QUINTIERE, Marcelo de Miranda Ribeiro e RIBEIRO, Renato Jorge Brown. **Responsabilidade Fiscal – pessoal, renúncia de receita, dívida e controle**. Brasília: América Jurídica, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151-154.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho; FERNANDES, Jorge Ulisses. **Responsabilidade fiscal: Lei Complementar nº 101 de 4/5/2000**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte : Del Rey, 2001. 538 p.

NOBREGA, Marcos. **Lei de Responsabilidade e Leis Orçamentárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 45.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. Crimes de responsabilidade fiscal: atos de improbidade administrativa por violação da LRF. São Paulo : Atlas, 2001. 184 p.

QUADROS, Cerdônio. Responsabilidade Fiscal – estudos e orientações, uma primeira abordagem. 1ª ed. São Paulo: Editora NDJ, 2001.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio Corrêa de; ROSSI, Sérgio Ciqueira. **Lei de responsabilidade fiscal: comentada artigo por artigo**. São Paulo : Editora NDJ, 2001. 323 p.

## NOTAS

<sup>1</sup> NOBREGA, Marcos. **Lei de Responsabilidade e Leis Orçamentárias**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 45.

<sup>2</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>3</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>4</sup> Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal – Declaração de Princípios. Texto disponível no site oficial do FMI, [www.imf.org](http://www.imf.org).

<sup>5</sup> BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. **Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, 1995, p 15/16.

<sup>6</sup> AFONSO, José Rodrigues. **A Lei de Responsabilidade Fiscal**. Apresentação realizada no VII Fórum Nacional de Secretários de Planejamento. Pará, 30 maio 2001. Obtido via internet. [www.federativo.bndes.gov.br](http://www.federativo.bndes.gov.br).

<sup>7</sup> CAMPELO, Valmir. O Controle Externo e a Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, ano 34, numero 96, abril/junho/2003, p. 14/16.

<sup>8</sup> Decisão n. 324/2001-TCU-Plenário. TC-016.632/2000-8, Ata n. 20/2001/Plenário, Sessão Extraordinária Reservada, de 3.5.2001. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, n. 38, de 11.6.2001.

- <sup>9</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Poder legislativo, o Tribunal de Contas e o Controle da Responsabilidade Fiscal. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v.40, n.3, p.125-159, jul./set. 2001.
- <sup>10</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 151-154.
- <sup>11</sup> Art. 5º, §3º, da Resolução-TCU n. 142, de 30 de maio de 2001.
- <sup>12</sup> Informação obtida na intranet do TCU, na página da Secretaria de Macroavaliação Governamental – Semag-TCU, <http://srv-inet2/publicacoes/semag/Intranet/Deliberacoes%20%20TCU/2005>, 7 mar. 2006, 19h30min.
- <sup>13</sup> Decisão n. 1.099/2002-TCU-Plenário. TC-009.042/2002-8, Ata n.31/2002/Plenário, Sessão de 28.8.2002.
- <sup>14</sup> Decisão n. 1.649/2002-TCU-Plenário. TC-002.491/2002-2, Ata n. 46/2002/Plenário, Sessão de 4.12.2002.
- <sup>15</sup> Decisão n. 1.084/2001-TCU-Plenário. TC-014.185/2001-3, Ata n. 56/2001/Plenário, Sessão de 12.12.2001.
- <sup>16</sup> Acórdão n. 1.640/2003-TCU-Plenário.TC-016.991/2003-0, Ata n. 44/2003/Plenário, Sessão de 5.11.2003.
- <sup>17</sup> Acórdão n. 974/2001-TCU-Plenário. TC-001.543/2001-0, Ata n. 51/2001/Plenário, Sessão de 21.11.2001.
- <sup>18</sup> Acórdão n. 138/2005-TCU-Plenário. TC-001.842/2004-1, Ata n. 5/2005/Plenário, Sessão de 23.2.2005.
- <sup>19</sup> Acórdão n. 957/2005-TCU-Plenário. TC-004.477/2005-7, Ata n. 26/2005-Plenário, Sessão de 13.7.2005.
- <sup>20</sup> Acórdão n. 1.143/2005-TCU-Plenário. TC-008.546/20054, Ata n. 30/2005/Plenário, Sessão de 10.8.2005.
- <sup>21</sup> Acórdão n. 476/2003-TCU-Plenário. TC-014.646/2002-0, Ata n. 16/2003/Plenário, Sessão de 7.5.2003.
- <sup>22</sup> Acórdão n. 130/2003-TCU-Plenário. TC-018.701/2002-2, Ata n. 5/2003/Plenário, Sessão de 19.2.2003.
- <sup>23</sup> Acórdão n. 317/2003-TCU-Plenário. TC-017.444/2001-0, Ata n. 11/2003/Plenário, Sessão de 2.4.2003.
- <sup>24</sup> Decisão n. 211/2005-TCU-Plenário, TC-001.367/2001-9, Ata n. 14/2001/Plenário, Sessão de 18.4.2001, e Acórdão n. 543/2003-TCU-Plenário. TC-001.367/2001-9, Ata n. 18/2003/Plenário, Sessão de 21.5.2003.
- <sup>25</sup> Acórdão n. 951/2005-TCU-Plenário. TC-009.042/2002-8, Ata n. 26/2005/Plenário, Sessão de 13.7.2005.
- <sup>26</sup> Acórdão n. 1.082/2003-TCU-Plenário. TC-009.699/2003-1, Ata n. 30/2003/Plenário, Sessão de 6.8.2003.
- <sup>27</sup> Acórdão n. 1.201/2003-TCU-Plenário. TC-001.534/2003-5, Ata n. 32/2003/Plenário, Sessão de 20.8.2003.
- <sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. Obtido via internet. [www.tce.rn.gov.br](http://www.tce.rn.gov.br), 8.3.2006, 20h00min.
- <sup>29</sup> BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Relatório de Acompanhamento dos 05(cinco) Anos de Vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Obtido via internet [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br), 8.3.2006, 19h30min.
- <sup>30</sup> Decisão n. 211/2005-TCU-Plenário, TC-001.367/2001-9, Ata n. 14/2001/Plenário, Sessão de 18.4.2001, e Acórdão n. 543/2003-TCU-Plenário. TC-001.367/2001-9, Ata n. 18/2003/Plenário, Sessão de 21.5.2003.
- <sup>31</sup> Acórdão n. 317/2003-TCU-Plenário. TC-017.444/2001-0, Ata n. 11/2003/Plenário, Sessão de 2.4.2003.
- <sup>32</sup> Art. 5º, § 2º, da Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000.
- <sup>33</sup> Acórdão n. 317/2003-TCU-Plenário. TC-017.444/2001-0, Ata n. 11/2003/Plenário, Sessão de 2.4.2003.



- <sup>34</sup> Dentre outros, pode-se pesquisar: BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte. [www.tce.rn.gov.br](http://www.tce.rn.gov.br), 7.3.2006, 20h10min; BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Estado de São Paulo. [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br), 7.3.2006, 20h30min; BRASIL. Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará. [www.tcm.ce.gov.br](http://www.tcm.ce.gov.br), 7.3.2006, 21h00min.
- <sup>35</sup> Art. 59, §1º, da Lei Complementar n. 101/2000.
- <sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. **Relatório de Acompanhamento dos 05(cinco) Anos de Vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal**. Obtido via internet [www.tce.sp.gov.br](http://www.tce.sp.gov.br), 8.3.2006, 19h30min.



# O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO – ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

---

GUILHERME HENRIQUE DE LA ROCQUE ALMEIDA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA. 2. O SUBSTANCIALISMO COMO FUNDAMENTO TEÓRICO. 3. A CRÍTICA DO PROCEDIMENTALISMO. 4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Judicialização da Política é um tema que, apesar de vir sendo discutido no Brasil há mais de uma década, tanto por juristas quanto por cientistas sociais em geral<sup>1</sup>, continua merecendo uma análise mais detida. Em primeiro lugar, porque o papel do Judiciário tem sido questionado em nosso País, o que gerou inclusive a edição de uma recente Emenda Constitucional denominada “Reforma do Judiciário”<sup>2</sup>. Em segundo lugar, porque o momento atual é marcado por intensas mudanças tanto na área do Direito quanto na da Política, as quais visam conformar o ordenamento jurídico nacional ao processo de globalização e ao denominado Direito Global, além de promover as modificações consideradas necessárias nas estruturas da Administração Pública e no processo de implementação de políticas públicas. Essas alterações são hoje facilmente vislumbráveis, merecendo especial destaque o sensível incremento das concessões de serviços públicos, a criação das agências reguladoras e a instituição das parcerias público-privadas.

Não se pode olvidar, ainda, a crescente demanda por uma atuação eficaz do Poder Judiciário no que concerne à concretização dos direitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Essa tendência é reforçada pela maior organização da sociedade civil e por um relativo descrédito na efetividade da atuação parlamentar.<sup>3</sup>

Ademais, não se pode olvidar que o abuso verificado na edição de medidas provisórias reduziu significativamente a eficácia do controle parlamentar sobre a produção de leis, o que abriu espaço para uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, provocada principalmente por partidos políticos, sindicatos e associações<sup>4</sup>.

Além disso, a Constituição Federal de 1988 introduziu instrumentos adequados ao exercício do controle das políticas públicas, tais como, por exemplo, as ações declaratórias de inconstitucionalidade – ADIN, as ações por descumprimento de preceitos fundamentais - ADPF e as ações civis públicas. Ademais, deve-se ter em mente que, em consonância com os ensinamentos de Konrad Hesse, as constituições atuais possuem um forte caráter normativo, pois expressam um dever ser, um projeto de sociedade civil e de Estado, um programa que deve, ou deveria, ser observado pelos que exercem os Poderes da República<sup>5</sup>.

Finalmente, não se pode olvidar a emergência de novos sujeitos de direito, os quais demandam não mais em nome próprio, individual, mas em nome coletivo<sup>6</sup>. Referidos sujeitos apresentam uma agenda social que não pode ser desconsiderada pelo Poder Judiciário, até porque, como ressaltou DURKHEIM, o direito se forma nas entranhas da sociedade, sob a pressão das necessidades sociais<sup>7</sup>.

## 1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Antes de adentrar na análise desse tema, cumpre delimitá-lo precisamente pois a expressão “**judicialização da política**” é plurívoca. Para os fins deste artigo, ela designará a atuação do Poder Judiciário tanto durante a fase de elaboração das regras regentes das políticas públicas quanto na fase seguinte, qual seja, a de implementação efetiva dessas políticas.

Referida atuação se dá por meio da utilização de mecanismos tipicamente judiciais, tais como a análise de constitucionalidade e legalidade e a verificação da licitude dos atos praticados tanto na arena de deliberação política quanto no âmbito dos entes encarregados de executar as políticas em questão.

Constata-se que o Poder Judiciário limita e regula as atividades legislativas, por meio do controle de constitucionalidade, seja ele concentrado ou difuso. Além disso, aquele Poder também é uma arena de discussão e decisão (positiva ou negativa) no âmbito da implementação de políticas públicas<sup>8</sup>. Nesse sentido, o Judiciário é um “*veto player*” e provedor de “*veto points*”<sup>9</sup>, ao qual os atores políticos recorreriam no intuito de buscar a efetivação de interesses não alcançados na arena política.

Importa salientar que os juízes, além de averiguarem a regularidade formal das políticas públicas, em algumas oportunidades analisam as respectivas conveniência e oportunidade. Por via de consequência, nessas ocasiões, julgam o mérito da alocação efetuada dos recursos públicos.

Essa atuação do Poder Judiciário rompe com o dogma da separação dos poderes, na forma proposta por Montesquieu<sup>10</sup>. Tendo em vista que essa teoria foi elaborada sob a égide do Estado Liberal, quando de sua formulação não estava prevista a atuação estatal no sentido de garantir bem-estar a seus cidadãos, atuação essa que demandava a instituição do Estado Social, provedor de serviços.

Sob a ótica desse Estado Liberal, era possível observar o princípio da separação de poderes, em consonância com o qual as competências devem ser distribuídas de tal forma que haja um sistema de freios e contrapesos.

É cediço que a evolução da sociedade e do capitalismo industrial forçou a alteração do papel atribuído ao Estado, que passou a prestar serviços e a promover mudanças sociais. Nesse sentido, o Estado do Bem-Estar traçou uma agenda igualitária, a qual está consubstanciada nas chamadas Constituições Dirigentes ou Comunitárias<sup>11</sup>. Nessa época, foram elaboradas as teorias materiais da constituição, segundo as quais a Lei Maior deve ser política, não apenas estatal. Afinal, essa Lei deve viabilizar e induzir à legitimação do poder e não se limitar a disciplinar a organização do aparelho estatal e a garantir a liberdade individual. Consequentemente, o campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado<sup>12</sup>.

Vistas sob esse ponto de vista, as constituições devem estabelecer direitos de natureza social, que instrumentalizam objetivos e finalidades do sistema político. Ao assim fazer, as constituições rompem com o dogma da liberdade absoluta do legislador, o qual passa a atuar adstrito aos princípios constitucionais.

Dentro desse novo paradigma, o Poder Judiciário passou a atuar seguindo os preceitos garantidos nas Cartas Magnas. Desse modo, as decisões judiciais sobre matérias administrativas passaram a conter, implícita ou explicitamente, uma análise constitucional

dos atos praticados pelo Poder Público, no sentido de verificar sua conformidade com os fins traçados pela Constituição.

Tendo em vista que as normas constitucionais tornaram-se cada vez mais específicas no sentido de dirigirem a atuação sócio-econômica dos agentes políticos, ao Poder Judiciário foi conferida competência para julgar, segundo os preceitos constitucionais de justiça social, os parâmetros de eficiência e oportunidade da atuação governamental.

Visando desempenhar suas novas funções, a atividade estatal se expandiu e, por meio da atuação direta ou da regulação das atividades privadas, procurou garantir uma destinação eficaz dos recursos públicos, apesar da reconhecida escassez das verbas disponíveis.

Nesse contexto, o Estado especializou seus órgãos e entidades visando propiciar maior eficiência e celeridade às ações governamentais. Ademais, diante da necessidade de dar publicidade aos atos, cada vez mais técnicos e complexos, ocorreu um incremento quantitativo e qualitativo na produção normativa. As normas jurídicas foram perdendo seu caráter abstrato e genérico, tendendo a se tornar cada vez mais específicas e a versar sobre os mais diversos aspectos sociais e econômicos. É a denominada jurisdicização das relações sociais<sup>13</sup>.

Devido à expansão da atividade estatal e, conseqüentemente, do âmbito material da normatividade, o Poder Judiciário passou a decidir sobre matérias novas, tais como àquelas relativas ao Direito Regulatório. Com tal desiderato, foram criados novos órgãos judiciais e parajudiciais específicos, os quais passaram a desempenhar atribuições que, em consonância com a doutrina clássica da separação dos poderes, não deveriam ser cometidas aos juízes<sup>14</sup>.

Paralelamente à assunção pelo Poder Judiciário de suas novas funções, ocorreu um processo de avaliação crítica da atuação do sistema político no que concerne à formulação e à implementação de políticas públicas aptas a atender às crescentes demandas sociais.

Há, ainda, uma questão relevante a ser abordada. O tempo político-legislativo é diferente do tempo real das demandas sociais, o que imputa ao gestor das decisões políticas um comportamento de análise de custos e benefícios da elaboração e aplicação de políticas públicas. Recorrer ao Judiciário, principalmente quando há possibilidade da utilização de mecanismos como, por exemplo, a tutela antecipada, pode garantir uma efetivação mais ágil dos direitos sociais constitucionalmente previstos, além de evitar desgastes políticos, seja no sentido de obter maioria representativa, seja na relação com a opinião pública.

Ressalte-se que, nos últimos anos, está em curso uma redefinição do papel do Estado, a qual pretende reduzir significativamente sua atuação direta como promotor de serviços em favor de uma atuação regulatória. De forma geral, pode-se dizer que a transição do Estado de Bem-Estar para o denominado Estado Regulador não invalida as considerações acima expendidas. Afinal, no Brasil, os direitos sociais, decorrentes do modelo de bem-estar e da incorporação do conceito de justiça no Direito, continuam figurando como paradigmas, inclusive constitucionais, da atuação estatal. Ou seja, embora haja tendências de atuação regulatória – essencialmente procedimental – a existência dos já referidos direitos constitucionalmente positivados acaba por impelir a prestações típicas de um modelo intervencionista.

Dentro desse contexto, cumpre indagar qual deve ser o papel dos juízes frente às crescentes demandas sociais e individuais, marcadamente em um país no qual persiste o

“autoritarismo socialmente implantado”<sup>15</sup>, o qual contribui para a manutenção de relações de poder arbitrárias e clientelistas, impedindo que a maioria da população usufrua dos direitos outorgados pela atual Lei Maior. Em princípio, entende-se que os magistrados devem garantir o acesso à justiça, entendido, em conformidade com CAPPELLETTI, como sendo o acesso universal e igualitário a decisões que sejam individual e socialmente justas<sup>16</sup>.

Essa questão ganha ainda maior relevância quando se examina a avaliação judicial das políticas públicas, as quais, em um Estado Social e Democrático de Direito, visam precipuamente garantir um padrão de vida adequado a toda a população. Afinal, a maior parte dessas políticas atende à camada da população que, devido a suas condições sócio-econômicas, tem um acesso restrito ao Judiciário<sup>17</sup>.

## 2. O SUBSTANCIALISMO COMO FUNDAMENTO TEÓRICO

Neste artigo, será adotada como base teórica a posição defendida por DWORKIN e CAPPELLETTI, denominada por WERNNECK VIANNA de substancialista<sup>18</sup>. Em conformidade com esse entendimento, o Poder Judiciário é um fórum adequado para obter a concretização dos Direitos Fundamentais constituídos pela Constituição Federal.

Em consonância com essa corrente teórica, entende-se que, ao se defrontar com uma causa envolvendo as políticas públicas, o juiz deve deixar de ser o aplicador formalista da lei para se tornar um agente das transformações sociais, atuando por intermédio do controle judicial não só da constitucionalidade da lei formal, mas também, das questões materiais relativas às próprias políticas públicas.

286

Note-se que, segundo DWORKIN, o juiz deve selecionar entre as decisões possíveis e aceitáveis aquela que configure a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade, analisada ao longo de sua formação histórica<sup>19</sup>. Cumpre ressaltar, todavia, que a estabilidade e a segurança jurídica não são valores absolutos, pois:

“Em qualquer interpretação aceitável, algumas cláusulas reconhecem os direitos individuais contra o Estado e a nação: liberdade de expressão, processo legal devido em ações criminais, tratamento igualitário na disposição dos recursos públicos, aí incluída a educação. A estabilidade na interpretação de cada um desses direitos, considerados um por um, tem alguma importância prática. Mas, por se tratar de questões de princípio, a substância é mais importante do que esse tipo de estabilidade. Em qualquer caso, a estabilidade crucial é a da integridade: na medida do possível, o sistema de direitos deve ser interpretado como a expressão de uma concepção coerente de justiça.”<sup>20</sup>

Assim, ao julgar essas questões, o juiz deve privilegiar os princípios, que representam padrões que devem ser observados por representarem exigências de justiça ou de equidade. Adicionalmente, podem ser observadas diretrizes políticas, as quais visam melhorar algum aspecto econômico, social ou político da comunidade.<sup>21</sup> Afinal, ao juiz compete preservar e implementar os valores morais que incorporam e integram o ordenamento jurídico.

Cumpre aduzir que, tendo em vista que os princípios jurídicos possuem força normativa superior à das regras, não devem ser acolhidos argumentos no sentido de que os juízes devem aplicar as leis sem observar esses princípios.<sup>22</sup>

Importa destacar, ainda, o impacto da nova ordem mundial, que começou a ser estabelecida a partir de 1945. Nesse sentido, STRECK lecionou que:

“A democratização social, fruto das políticas do Welfare State, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem à luz Constituições cujos textos positivam os direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o Judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política (...) Tais fatores provocam um redimensionamento na clássica relação entre os poderes do Estado, surgindo o Judiciário (...) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, através do deslocamento da esfera de tensão, até então calcada nos procedimentos políticos para os procedimentos judiciais.”<sup>23</sup>

### 3. A CRÍTICA DO PROCEDIMENTALISMO

Os procedimentalistas, dentre os quais se destaca Habermas, formulam uma crítica relevante ao substancialismo, ao defender que o Poder Judiciário deve, precipuamente, garantir a participação popular no processo de tomada de decisões, retomando o sentido original de soberania popular<sup>24</sup>. Dito de outra forma, deve ser evitada uma atuação paternalista fundamentada na preservação de valores historicamente solidificados, a qual pode reduzir os cidadãos a clientes de um Estado providencial.

Habermas defende que a democracia constitucional deve estar assentada em procedimentos que assegurem a formação democrática da opinião, a qual decorrerá de identidades políticas construídas a partir de certos ideais compartilhados pelos cidadãos. Friso que, segundo essa corrente, a identidade política se constrói, não devendo ser encarada como um dado decorrente de afinidades históricas e valorativas.

Para que haja a construção dessa identidade, deve ser garantido aos cidadãos a participação na produção do agir comunicativo, definido por Habermas como:

“Discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes no acto de comunicação um mundo da vida intersubjetivamente partilhado, garantindo assim simultaneamente um horizonte no seio do qual todos possam se referir a um só mundo objectivo.”<sup>25</sup>

De qualquer forma, importa consignar que ambas as correntes enxergam o Poder Judiciário como:

“uma instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e a garantia da autonomia individual e cidadã.”<sup>26</sup>

Diante disso, pode-se concluir que as competências dos juízes tem sido corretamente redimensionadas, pois:

“Em torno do Poder Judiciário vem-se criando, então, uma nova arena pública, externa ao circuito clássico ‘sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária’, consistindo em ângulo perturbador para a teoria clássica da soberania popular. Nessa nova arena, os procedimentos políticos de mediação cedem lugar aos judiciais, expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos – como nos casos de países que admitem o

controle abstrato de normas – e, um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material, deixando-se para trás as antigas fronteiras que separavam o tempo passado, de onde a lei geral e abstrata hauria seu fundamento, do tempo futuro, aberto à inflação do imaginário, do ético e do justo. Tal contexto institucional, dominante, em maior ou em menor medida, nos países ocidentais, além de expressar um movimento de invasão do direito na política e na sociabilidade, tem dado origem a um novo personagem da inteligentzia: os magistrados e os membros do Ministério Público<sup>27</sup>. ‘Guardiães das promessas’, na qualificação de Garapon, em meio ao mundo laico dos interesses e da legislação ordinária, seriam os portadores das expectativas de justiça e dos ideais da filosofia que, ao longo da história do Ocidente, se teriam naturalizado no campo do direito.”<sup>28</sup>

#### 4. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL

Verifica-se no Brasil que não existe uma visão clara e preponderante, do ponto de vista quantitativo, de qual papel deve desempenhar o Poder Judiciário no que concerne à efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal de 1988.

Tal afirmação é corroborada por pesquisas realizadas pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – Idesp, em 1993 e em 2000, nas quais foram colhidas manifestações de magistrados<sup>29</sup>. Por meio da primeira, verificou-se que 73,7% dos entrevistados entendiam que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, mas deve ser sensível aos problemas sociais. Entretanto, apenas 37,7% afirmaram que o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei.

288

Restou patente que, apesar de existir uma suposta sensibilidade para os problemas sociais, os magistrados consideravam adequado julgar com base no paradigma tradicional, que se fundamenta na neutralidade do juiz<sup>30</sup> e na dogmática jurídica.

Por intermédio da segunda pesquisa, verificou-se que essas contradições subsistiam. Mais de 74% dos magistrados entrevistados afirmaram que ocasionalmente ou nunca as decisões judiciais são mais baseadas em visões políticas do que na leitura rigorosa da lei. Entretanto, 73,1% consideraram que o juiz tem um papel social a cumprir e que a busca da justiça social justifica decisões que violem os contratos.

Em decorrência dessas contradições, constata-se que a maioria dos membros do Poder Judiciário brasileiro tem adotado uma posição de auto-limitação no que concerne ao controle das políticas públicas. Porém, não se pode negar a existência de uma série de decisões judiciais relevantes, tais como aquelas relativas à obrigatoriedade de fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas carentes, à proibição de fumo em lugares públicos e em vôos no território nacional, à exigência de estudos de prévio impacto ambiental para a liberação de produtos geneticamente modificados, ao reconhecimento de direitos previdenciários a companheiros homossexuais, à obrigatoriedade de revisão geral anual nos proventos de servidores públicos e à possibilidade de levantamento de valores do FGTS para custeio do tratamento de doenças e em caso de enchentes.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Avalia-se que o Poder Judiciário pode e deve atuar no controle das políticas públicas, devendo sua atuação ser pautada pelas exigências do direito justo e estar amparada num



sistema de domínio político-democrático materialmente legitimado, na feliz expressão cunhada por CANOTILHO.<sup>31</sup>

Entende-se que os juizes devem atuar em conformidade com um texto constitucional que, a par de estabelecer garantias das liberdades individuais, estabelece objetivos a serem perseguidos no plano social. Dito de outra forma, eles devem colaborar para a concretização dos objetivos constitucionais, tendo em vista que o Poder Judiciário é o guardião da Constituição.

Essa visão, aliás, é compartilhada pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do seguinte trecho do Voto do Ministro Celso de Mello, proferido quando do julgamento da Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (ADPF MC/DF), ocorrido em 29/4/2004:

“É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, 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 de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.

Entretanto, dadas as peculiaridades culturais e sociais do Brasil e o atual estágio da magistratura brasileira, cumpre esclarecer que nosso Poder Judiciário pode cometer erros ou praticar injustiças. Afinal, não é de nossa tradição jurídica levar as discussões sócio-políticas para a esfera judicial, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, onde o papel político do Judiciário, há bastante tempo, é reconhecido e estimulado.

Ademais, deve-se ter em conta que os juizes brasileiros sofrem de um certo **déficit de legitimidade**, na medida em que não são eleitos nem passam por uma constante e efetiva avaliação popular, além de não haver uma estrutura ideológica definida e uniforme, consoante exposto anteriormente neste artigo.

Diante disso, considera-se vital ressaltar que o controle das políticas públicas pelo Judiciário, embora seja necessário e útil, não pode ser considerado uma panacéia, uma solução mágica para os diversos problemas enfrentados em nosso país.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CASTRO, Marcos Faro. Política e Economia no Judiciário: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos. Caderno de Ciência Política da UnB, nº 7. Brasília: 1993.

COSTA, Flávio Dino Castro e. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX, março de 2005.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Camila Duran *et alli*. **O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS**. Monografia apresentada ao IPEA. Brasília: IPEA.

HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constituição como Ciência de la Cultura**. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

MONTESQUIEU, Barão de La Brède e de. "Do Espírito das Leis". Vol. 1. Coleção "Os Pensadores". São Paulo: Nova Cultural, 1997.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Autoritarismo e transição**. Revista da USP. nº 9. Mar/abr/maio 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito**. in **Sociologia e Direito**. SOUTO Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Orgs. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learnings, 2001.

\_\_\_\_\_. **Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

TEIXEIRA, Ariosto. **A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)**. Dissertação de Mestrado defendida na UnB em 1997.

VIANNA, Luiz Werneck et alli. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Dentre outros trabalhos, recomenda-se a leitura de “A judicialização da política e das relações sociais no Brasil” de VIANNA, Luiz Werneck et alli. Rio de Janeiro: Revan, 1999. Também devem ser consultados: “Política e Economia no Judiciário: As Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Partidos Políticos” de CASTRO, Marcos Faro. Caderno de Ciência Política da UnB, nº 7. Brasília: 1993. “A Judicialização da Política no Brasil (1990-1996)” de TEIXEIRA, Ariosto. Dissertação de Mestrado defendida na UnB em 1997.
- <sup>2</sup> Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8/12/2004.
- <sup>3</sup> Nesse sentido, cumpre destacar que sucessivas pesquisas de opinião tem demonstrado o baixo conceito dos parlamentares entre a população em geral.
- <sup>4</sup> Segundo VIANNA, o emprego excessivo de medidas provisórias caracterizou uma ditadura da maioria, decorrente de um presidencialismo de coalização. WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 51.
- <sup>5</sup> HESSE, Konrad, **A Força Normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1991.
- <sup>6</sup> Para uma análise da atuação dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito, ver SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Movimentos Sociais – Emergência de Novos Sujeitos: O Sujeito Coletivo de Direito**. in **Sociologia e Direito**. SOUTO Cláudio e FALCÃO, Joaquim. Orgs. 2ª ed. atual. São Paulo: Pioneira Thomson Learnings, 2001. pp. 255-265. Ver também SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. pp. 11-51.
- <sup>7</sup> *Apud* Grawitz, Madeleine. *Méthodes des Sciences Sociales*. 4ª. ed. Paris: Dalloz, 1979, citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- <sup>8</sup> Shapiro já observava a atuação política do Judiciário em 1964 nos Estados Unidos: “The core of political jurisprudence is a vision of courts as political agencies and judges as political actors”. Shapiro, Martin. “Political Jurisprudence”. *Kentucky Law Journal* 52 (1964), p. 294, *apud* Shapiro (2002:294). Citado por FERREIRA, Camila Duran *et alli* in “O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: O caso AIDS”. Monografia apresentada ao IPEA, para concorrer ao Prêmio IPEA – 40 anos.
- <sup>9</sup> A qualificação do Poder Judiciário como provedor de veto *point* é uma manifestação da teoria dos veto *players* exposta por George Tsebelis (George Tsebelis. *Veto players: How Political Institutional Works*. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2002). Nesse sentido, veto *players* seriam atores políticos, individuais ou coletivos, cujo consentimento seria necessário para o estabelecimento de políticas públicas. Referidos atores políticos exerceriam esse poder de veto (sobre legislação ou políticas públicas que atinjam os interesses ou objetivos políticos desses) tendo em vista arranjos institucionais, os denominados veto *points*. Esta definição é baseada na obra de Matthew M. Taylor, *Courts and Public Policy in Brazil*. No mesmo sentido, as definições de Josephine T. Andrews / Gabriella R. Montinola. “Veto Players and the Rule of Law in Emerging Democracies”, *Comparative Political Studies* (forthcoming 2004) e Ganghof, Steffen. “Promises and Pitfalls of Veto Player Analysis”. *Swiss Political Science Review* 9 (2003), p.2. Todos citados por FERREIRA, Camila Duran, na monografia acima mencionada.
- <sup>10</sup> Para Montesquieu, o Poder Judiciário não passava de um mero executor de leis. Os juizes seriam apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”. O “poder de julgar” teria somente a função de punir os criminosos e resolver a querela entre os particulares, sendo de certa forma um poder nulo. (MONTESQUIEU, Barão de La Bréde e de. “Do Espírito das Leis”. Vol. 1. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 203.)

- <sup>11</sup> Nesse sentido, HÄBERLE defende que a constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorepresentação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos. (in HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como Ciência de la Cultura**. Trad. Emílio Mikunda. Madri: Tecnos, 2000. p. 34. Traduzido para o português pelo autor deste texto)
- <sup>12</sup> Nesse sentido, ver BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alli. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 103.
- <sup>13</sup> “A mediação (...) ao fixar os limites e os direitos dos grupos organizados corporativamente, resultou na juridicização das relações sociais, fazendo do direito e dos seus procedimentos uma presença constituinte do capitalismo organizado.” WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 17.
- <sup>14</sup> Segundo CAPPELLETTI, o Estado criou organismos “quase judiciários” (agências, conselhos, tribunais administrativos, etc), que exerceriam tarefas não executadas pela magistratura, visando controlar a atuação dos poderes políticos e proteger a sociedade contra os abusos daqueles poderes. Além disso, o Poder Judiciário passou a adotar uma postura mais ativa e criativa. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993)
- <sup>15</sup> Essa forma de autoritarismo foi descrita por PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Autoritarismo e transição**. Revista da USP. nº 9. Mar/abr/maio 1991. pp. 45-56.
- <sup>16</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.
- <sup>17</sup> Boaventura de Souza Santos observou com precisão que **“a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem. Essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas”**. (in Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999. p. 170).
- <sup>18</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et alli. **A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.
- <sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 305-306.
- <sup>20</sup> Idem. p. 441.
- <sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.
- <sup>22</sup> Entre outros, afirmam a superioridade dos princípios sobre as normas os seguintes autores: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 36 e ss.; BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. capítulo 8º; AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pp. 93 e 94; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998. pp. 1085 e ss.
- <sup>23</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma Nova Crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 128.
- <sup>24</sup> Para uma discussão interessante sobre essa diferenciação ver STRECK, o qual afirmou que: **“Sustentando a tese procedimentalista, Habermas critica com veemência a invasão da política e da sociedade pelo Direito. Tece críticas especialmente ao que denomina de gigantismo do Poder Judiciário, surgido no pós-guerra. Tais fatores coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e lei isolados, socialmente perdidos. Como contraponto, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não se fundamenta nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma ‘ação de cultura’ mas, sim em uma ‘nação de cidadãos’.**”
- De outro lado, **“a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente**

nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. O modelo substancialista – que, em grande parte aqui subscrevo – trabalha na perspectiva de que a Constituição estabelece as condições do agir político – estatal, a partir do pressuposto de que a Constituição é a explicitação do contrato social. (...) Na perspectiva substancialista, concebe-se ao Poder Judiciário uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de checks and balances.” (in STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. pp. 40 e ss.)

<sup>25</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Trad. Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 192

<sup>26</sup> Idem. *Ibidem*. p. 24.

<sup>27</sup> Por não se enquadrar no escopo deste artigo, não será conferida ênfase ao relevante papel atribuído pela nova ordem constitucional ao Ministério Público. Entretanto, não se pode deixar de salientar que ao *Parquet* foram destinadas atribuições que são fundamentais para o estabelecimento de uma justiça material.

<sup>28</sup> Idem. *Ibidem*. pp. 22 e 23.

<sup>29</sup> As informações relativas a essas pesquisas constam do artigo “A função realizadora do Poder Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”, de COSTA, Flávio Dino Castro e. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX, março de 2005. pp. 40 a 53.

<sup>30</sup> É interessante notar que, nas faculdades de direito, não raras vezes, a neutralidade dos julgadores é apontada como um dos fundamentos da legitimidade das decisões judiciais.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. Citado por SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.



# O SIGILO FISCAL COMO OBSTÁCULO À EFETIVIDADE DO CONTROLE EXTERNO – UMA PROPOSTA DE FLEXIBILIZAÇÃO

HENRIQUE CÉSAR DE ASSUNÇÃO VERAS

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O CONTROLE EXTERNO NA ORDEM CONSTITUCIONAL; 2. O SIGILO DE DADOS (FISCAL E BANCÁRIO) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3. OS SIGILOS FISCAIS E BANCÁRIO E OS LIMITES DA AÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO TRIBUTANTE; 4. O SIGILO FISCAL E OS LIMITES DA AÇÃO CONTROLADORA DO ESTADO; 5. SIGILO FISCAL E PONDERAÇÃO DE INTERESSES; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objeto o sigilo de dados, destacadamente a espécie sigilo fiscal, ressaltando o obstáculo que ele representa à efetividade do controle externo da Administração Pública.

Conforme ficará demonstrado à frente, a Receita Federal, como responsável pela guarda de dados ou informações dos contribuintes, impõe à legislação regente do sigilo fiscal interpretação excessivamente rígida, impedindo que os dados protegidos sejam objetos de trabalhos de fiscalização a cargo do Tribunal de Contas da União.

Em razão disso, o objetivo é sustentar um raciocínio tendente a refutar essa interpretação absoluta com base numa avaliação ponderada de interesses, na qual deva prevalecer o interesse público sobre o particular.

O texto está estruturado em seis partes: na primeira será destacada a função controle externo na ordem constitucional, evidenciando-se aspectos relacionados à origem, evolução e amplitude da ação controladora do Estado; na segunda será apresentada análise sobre o enquadramento jurídico do sigilo de dados (fiscal e bancário) como direito fundamental, destacando o regramento infraconstitucional correlato; na terceira e quarta serão analisados os limites da ação fiscalizadora e controladora do Estado frente às dificuldades impostas pelo sigilo fiscal; na quinta será abordada a avaliação ponderada dos fins como técnica de superação do conflito entre o interesse privado (sigilo fiscal) e o interesse público (efetividade do controle externo); na última serão estabelecidas considerações finais acerca de uma proposta de flexibilização do sigilo fiscal, destacando como alternativa a alteração legislativa no âmbito constitucional.

## 1. O CONTROLE EXTERNO NA ORDEM CONSTITUCIONAL

A localização constitucional da função controle externo tem origem na Constituição de 1891, que atribuiu ao Tribunal de Contas da União a incipiente tarefa de “liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso”.

Após um período de relativa fragilidade, o controle externo adquiriu nova moldagem na Carta de 1934, com as atribuições do TCU já sistematizadas em seção própria, destacando-se o acompanhamento da execução orçamentária e o julgamento das contas

dos responsáveis por dinheiros públicos, além da apreciação dos atos e contratos da administração pública.

Passado o retrocesso proporcionado pela Constituição do Estado Novo (1937), a Carta de 1946 restaurou as competências deferidas ao TCU em 1934 com ampliações, fazendo alcançar o julgamento das contas de entidades autárquicas, bem como da legalidade dos atos de aposentadorias, reformas e pensões.

Embora a Constituição de 1967 tenha mencionado pela primeira vez a expressão **controle externo**, sua abrangência era limitada mais ao âmbito da despesa, haja vista a natureza das auditorias que avaliavam o desempenho orçamentário e financeiro da União.

Com a promulgação da Constituição de 1988, uma nova realidade foi estabelecida ao controle externo, o qual, conforme demonstrado em linhas à frente, adquiriu características jurídicas típicas de verdadeiro princípio constitucional. Exemplo disso é a **generalidade** da sua atuação, alcançando todas as entidades da administração pública.

Outro traço que remete à idéia de princípio é o aspecto **vinculativo** do controle externo, do qual a administração pública, na expressão de ESPÍNDOLA, não pode escapar.<sup>1</sup>

Ademais, cabe destacar o entrelaçamento do controle externo com o princípio republicano em vista da **prestação de contas da administração pública, direta e indireta** estar alçada à categoria de princípio sensível, nos termos do art. 34, VII, d, da Constituição de 1988.

296

Apesar de a titularidade do controle externo pertencer ao Congresso Nacional, na prática, a sua efetividade se materializa na atuação do Tribunal de Contas da União, ao qual foi deferido rol taxativo, porém muito amplo, de competências, constantes do art. 71 da Constituição Federal.

A nova definição das competências do TCU fez com que o controle externo avançasse de meros enfoques orçamentários, estreitamente ligados à despesa pública, para açambarcar novas vertentes de atuação, como a avaliação do **desempenho operacional e patrimonial**, destacando não apenas o aspecto da legalidade, como também da economicidade e da eficiência.

Nesse contexto ampliativo merece realce a preocupação do Poder Público com as finanças públicas, razão pela qual o controle externo direcionou-se também para o lado da receita. A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00) definiu as normas de finanças públicas relacionadas à responsabilidade na gestão fiscal, exigindo do TCU as ações relativas ao controle da estimativa, da arrecadação, do acompanhamento e da renúncia das receitas federais.

## 2. O SIGILO DE DADOS (FISCAL E BANCÁRIO) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sigilo de dados tem sido objeto de ampla polêmica jurídica relativamente a sua classificação quanto aos direitos fundamentais. Muitos sustentam a tese mais restritiva, qual seja a de que a inviolabilidade do sigilo de dados insere-se no direito à intimidade, e não no direito fundamental à privacidade, gerando, com isso, interpretação



excessivamente absoluta quanto às possibilidades de publicidade ou comunicação das informações protegidas.

Diversos teóricos sustentam não haver diferenças entre intimidade e privacidade, embora tais direitos tenham realces como categorias distintas no art. 5º, X da Constituição Federal. Dissentindo, FERRAZ JÚNIOR sustenta: “Não há um conceito absoluto de intimidade. Mas é possível exemplificá-lo: o diário íntimo, o segredo sob juramento, (...), as situações indevassáveis de pudor pessoal”<sup>2</sup>, ou seja, trata-se de situações absolutamente imunes ao constrangimento. Já a privacidade tem mais a ver com os modos de convivência (rol de amigos, atividades profissionais, comerciais, dentre outros), os quais se subentendem formados de elementos ou informações cuja publicidade ou divulgação, em tese, não redundam em constrangimento.

Assim, o cerne da inviolabilidade, agora relacionada à privacidade, não são os próprios dados, e sim, na teoria preconizada por PONTES DE MIRANDA, uma liberdade de negação, assim sintetizada: “assim como aos homens se reconheceu a liberdade ativa de emissão do pensamento, reconheceu-se a liberdade negativa: pensar, porém não emitir; saber, porém não dizer. Quem sabe e não quer dizer é livre, como quem ignorasse”.<sup>3</sup>

Nessa mesma linha, BALEEIRO afirmou que “a essência do sigilo bancário, como princípio constitucional, já vimos, revela-se no direito à negação da divulgação de informações, dados e registros pessoais do contribuinte”.<sup>4</sup>

Dentro do gênero sigilo de dados, a opinião majoritária é no sentido de que se enquadram o sigilo fiscal e o bancário, os quais são alvos de constantes discussões teóricas e jurisprudenciais no tocante a considerá-los como sendo ou não de estatura constitucional, visto estarem correlacionados ao direito à privacidade. Numa dessas discussões, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Ministro FRANCISCO REZEK assinalou:

Não sei a que espécie de interesse serviria a mística do sigilo bancário, a menos que se presumam falsos os dados em registro numa dessas duas órbitas (tributária e bancária), ou em ambas, e por isso não coincidentes o cadastro fiscal e o bancário das pessoas e empresas. (...) Tenho dificuldade extrema em construir, sobre o artigo 5º, sobre o rol constitucional de direitos, a mística do sigilo bancário (...).<sup>5</sup>

Em que pese essa opinião e outras que não convêm relacionar por questão didática, tanto no referido julgado como em diversos outros de natureza semelhante, tem prevalecido a tese de que a proteção aos dados (fiscal e bancário) é inerente ao direito à privacidade, porém, de igual modo, evidenciou-se não se revestir de caráter absoluto, estando sujeita às limitações legais, constitucionais, bem como à observância de princípios jurídicos. E não poderia ser diferente, visto que é pacífico o entendimento de não haver direitos absolutos na ordem jurídico-constitucional, nem mesmo aqueles da maior nobreza como o direito à vida, relativizado expressamente na Constituição nos casos de guerra declarada.

A propósito de destacar a relativização do sigilo de dados no direito pátrio, no que tange ao sigilo bancário não há uma certeza quanto à sua origem, mas é possível vislumbrar que seu caráter rígido teve inspiração no Código Comercial Brasileiro (Lei nº 556/1850, art. 17)<sup>6</sup> **que impedia qualquer autoridade, juízo ou tribunal, em qualquer hipótese, de examinar a escrituração dos comerciantes, nem mesmo para investigação de algum vício ou ilícito.**

Mais tarde, a Lei nº 1.579/52 deu o primeiro passo rumo ao rompimento da rigidez, excepcionando o acesso aos dados bancários para as Comissões Parlamentares de Inquérito exercerem as investigações deferidas pela ordem constitucional vigente à época.

Mas o sigilo bancário na estrutura atual foi configurado na Lei nº 4.595/64, quando o art. 38 e seus sete parágrafos delinearão as regras de manutenção do sigilo das operações bancárias, destacando expressamente as possibilidades excepcionais de acesso aos dados às Comissões Parlamentares de Inquérito e aos agentes fiscais e prevendo a aplicação de penalidade a quem desse causa à violação do sigilo das informações recebidas. Tal dispositivo foi revogado ante a inteira regulação do assunto pela Lei Complementar nº 105/01.

Já o sigilo fiscal se estruturou com a Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), estando disciplinado nos artigos 197 a 199, com as redações dadas pela Lei Complementar nº 104/01, embora antes já previsto de modo esparsa como no Decreto nº 47.373/59 (antigo regulamento do Imposto de Renda).

Essas duas leis complementares, além de atenderem a imperativo de ordem constitucional, trouxeram valiosos aprimoramentos de técnicas legislativas, mormente quanto ao afastamento de contradições que prejudicavam a coexistência dos sigilos fiscal e bancário. Exemplo disso foi a flexibilização deste último em relação ao primeiro, facilitando a troca de informações entre as entidades financeiras e a Receita Federal quanto aos dados relativos à Contribuição sobre Movimentação Financeira – CPMF.

É de se perceber que no âmbito do próprio sigilo fiscal, como reflexo da rigidez do sigilo bancário, havia também um núcleo rígido, visto que a Lei nº 9.311/96, que instituiu a CPMF, em sua redação original impunha a vedação absurda à Receita Federal de cruzar informações dessa contribuição, já em seu poder, para fins de instauração de procedimentos fiscalizatórios sobre outros impostos ou contribuições, o que terminou sendo permitido pela Lei nº 10.174/01.

Outra mudança na esfera do sigilo fiscal veio com a Lei Complementar nº 104/01 que, dentre outras alterações, trouxe nova redação ao art. 198 do CTN com a supressão das expressões “qualquer informação” e “para qualquer fim” relativamente à vedação de divulgação de informações econômico-financeiras do sujeito passivo ou de terceiros, por parte da Fazenda Pública e de seus servidores, representando mais um abrandamento da regra de inviolabilidade de dados.

### 3. OS SIGILOS FISCAL E BANCÁRIO E OS LIMITES DA AÇÃO FISCALIZADORA DO ESTADO TRIBUTANTE

Com o objetivo de estabelecer um paralelo entre o alcance dos sigilos fiscal e bancário e os limites da ação fiscalizadora do Estado, verifica-se que o órgão fazendário dispõe de ampla autorização constitucional para atuar, especialmente aquela contida no art. 145, § 1º que, respeitados os direitos individuais, faculta a identificação do patrimônio, dos rendimentos e das atividades econômicas dos contribuintes. Essa faculdade visa, conforme disposição literal do próprio texto constitucional, **tornar efetivos os princípios da personalidade e da capacidade econômica**, a que se revestem os impostos.

Trata-se, portanto, de atividade ínsita à competência da administração tributária, a qual manipula continuamente tais bases contributivas no exercício do poder-dever

de fiscalização e vigilância, sempre resguardando o dever de sigilo, se a natureza das informações o exigir. Em razão disso, a título exemplificativo, infere-se que o agente fiscal, ao receber dados informados em declaração de imposto de renda por determinado contribuinte indicando suas rendas, saldos bancários, transações imobiliárias e variações patrimoniais, terá ampla margem de atuação no exercício de fiscalização, consistente em compulsar informações, fazer circularizações, emitir notificação, enfim, exercer a exação fiscal. Evidentemente, esse agente não poderá propalar de modo irresponsável qualquer desses dados, sob o risco de haver infringência ao dever de manutenção do sigilo.

Percebe-se, portanto, que o legislador constituinte, ao deferir ao Estado a competência tributária, o fez de modo mais abrangente possível, procurando afastar ou minimizar eventuais obstáculos ao seu pleno exercício. Nesse contexto acha-se explícita a preocupação com a busca da efetividade, consubstanciada na vasta liberdade de ação da autoridade tributária delineada na própria Constituição e agora, conforme exposto, na ampliação de seu poder de fiscalização mediante abrandamento do instituto do sigilo bancário.

À luz do exposto, pergunta-se: a essa amplitude de atuação poderiam ser opostas em caráter absoluto as restrições previstas no art. 5º, X e XII, relativamente aos direitos à privacidade e à inviolabilidade do sigilo de dados bancários? Não há uma resposta elaborada do ponto de vista jurídico, dada a diversidade de opiniões a respeito, porém o mais lógico seria uma negativa, pois a contrário senso, haveria a situação extrema de admitir-se o desmantelamento da atividade fiscalizadora da autoridade tributária. Com isso, não há dúvida de que o ordenamento constitucional traçou esse aparato fiscalizatório visando alcançar os objetivos do Estado como ente tributante, sendo que e a efetividade de tais objetivos, conforme demonstrado em linhas atrás, não pode ou não poderia enfrentar obstáculos de ordem absoluta.

Acrescente-se que a relativização do sigilo bancário, além de seguir uma tendência global, haja vista a grande preocupação com o combate aos crimes relacionados à movimentação financeira que geram sérios prejuízos à economia mundial, representa muito mais o resultado do sopesamento, da ponderação de interesses, em que a prevalência do interesse público sobre o privado foi determinante.

#### 4. O SIGILO FISCAL E OS LIMITES DA AÇÃO CONTROLADORA DO ESTADO

Desde já, cabe direcionar o foco da análise dos limites da ação fiscalizadora do Estado à atuação do Tribunal de Contas da União no exercício controle externo da administração pública, estabelecendo maior ênfase nas questões atinentes ao sigilo fiscal.

Muitos teóricos se ocupam, com frequência, em debates acerca da natureza jurídica dos Tribunais de Contas e em um ponto parecem convergirem, qual seja, não há exercício de função jurisdicional do Estado por partes desses órgãos. Essa convergência é bem sintetizada pelas palavras de CARLOS AYRES BRITTO "(...) a jurisdição é atividade-fim do Poder Judiciário, porque, no âmbito desse Poder, julgar é tudo. (...) Não assim com os Tribunais de Contas, que fazem do julgamento um dos muitos meios ou das muitas competências para servir à atividade-fim do controle externo."<sup>7</sup>

Contudo, a natureza jurídica desses órgãos não pode ser eminentemente administrativa, haja vista a quase inteira estruturação no âmbito constitucional, expressa na definição de suas funções e competências, bem como do regime jurídico dos seus membros. Nenhum outro órgão recebeu do constituinte tratamento jurídico tão abrangente

e minucioso quanto os Tribunais de Contas, notadamente no que de refere à União, não deixando de lado, também, o disciplinamento simétrico dado aos Estados e Distrito Federal, bem como aos Municípios onde houver Tribunal ou Conselho de Contas.

Basta a leitura dos artigos da Constituição que tratam da fiscalização contábil, financeira e orçamentária para perceber a vastidão das competências deferidas ao Tribunal de Contas da União. Suas particularidades, especialmente quanto à amplitude da sua atuação que atinge estruturas de qualquer dos Poderes, bem como a existência de um Ministério Público especial, enfim, todos esses delineamentos constitucionais apontados conduzem, sem dúvida, à conclusão de que se trata de órgão de natureza não somente administrativa, mas político-administrativa.

Tal qual há a função legislativa, a cargo do Congresso Nacional, a judiciária, com o Poder Judiciário, a administrativa, classicamente com o Poder Executivo, todas contempladas no texto constitucional, não com menos realce aparece o controle externo da Administração Pública, **também uma função**, haja vista sua estatura igualmente constitucional.

Quando a Constituição estabelece que o controle externo (a função) cabe ao Congresso Nacional e será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, aparentemente houve deferimento de cunho subalterno ao TCU, mas ao contrário do que muitos pensam a expressão “auxílio” não denota subordinação. O que ela significa, na verdade, é que o titular da função controle externo, sendo detentor de função eminentemente legislativa, exerce aquela função sob o prisma político, apenas. Exemplos disso estão estampados nos incisos IX e X do art. 49 da Constituição Federal, julgamento das contas prestadas pelo Presidente da República e fiscalização e controle direto dos atos do Poder Executivo, respectivamente. Mesmo nessas duas situações, o Congresso Nacional ainda recorre aos pareceres técnicos do TCU, razão pela qual o constituinte dotou este órgão do encargo do **exercício de fato da função controle externo**, conforme descrição de competências alinhadas no art. 71.

300

Desse rol de competências, identifica-se talvez a mais relevante vertente da atuação do controle externo, a **prestação de contas da Administração Pública**, alçada à condição de princípio constitucional sensível, expresso no art. 34, VII, d. Estando o cerne desse princípio situado na preocupação com a *res publica*, infere-se que a função controle externo estabelece vínculo direto com o princípio republicano.<sup>8</sup>

Toda a explanação aqui apresentada acerca da estatura constitucional do controle externo remete à reflexão quanto ao cabimento de oposição do sigilo fiscal à função fiscalizadora a cargo do TCU.

É defensável que a montagem de tamanho aparato fiscalizador ao exercício da função controle externo não poderia ser de outro modo, senão pleno e efetivo, sem obstáculos de ordem administrativa, operacional ou legal. No entanto, a realidade prática não revela isso. Constantemente, os trabalhos de auditorias solicitados pelo Congresso Nacional ou iniciados pelo próprio TCU, cujos escopos requerem exame de dados ou informações confiados à guarda da Secretaria da Receita Federal, geram resultados pífios ou são encerradas sem nenhum resultado. Aquela secretaria recusa-se, em caráter absoluto, atender às requisições a ela dirigidas, sempre sob a mesma alegação, **o escudo intransponível do sigilo fiscal**.

Esclareça-se que os focos da maioria das fiscalizações a cargo do TCU não recaem diretamente em pessoas físicas ou jurídicas quaisquer do âmbito privado, cujos dados econômico-financeiros são albergados pelo sigilo fiscal. Vale dizer, o exercício

das competências insculpidas no art. 71 c/c o art. 70, parágrafo único da Constituição Federal, em regra, **requer que recursos públicos federais, inclusive bens, estejam sob utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de qualquer pessoa física ou jurídica, quer seja pública ou privada.**

Além disso, o art. 70 destaca as diversas modalidades de fiscalização a que estão sujeitas a própria União e suas entidades da administração direta e indireta, dentre elas inserem-se as auditorias de natureza operacional, que buscam apurar o desempenho operacional de determinado órgão ou entidade integrante desse ente federativo.

Em outras palavras, os escopos das fiscalizações não alcançam, em tese, os particulares e as pessoas jurídicas privadas que sejam despidos desses vínculos de caráter público.

Como exemplo ilustrativo clássico de obstrução às fiscalizações do TCU cabe trazer à baila o caso em que a Receita Federal, sendo alvo de auditoria de natureza operacional acerca de trâmite de Processo Administrativo Fiscal, nos termos da Decisão nº 577/96 – TCU – Plenário, recusou-se a fornecer os respectivos processos fiscais, amparada por liminar em Mandado de Segurança impetrado pelo então titular daquele órgão, Sr. Everardo de Almeida Maciel, junto ao Supremo Tribunal Federal (MS nº 22.617-0 – DF).

Em síntese, as razões alegadas pelo impetrante foram: as informações econômico-financeiras, bem como a natureza e o estado dos negócios dos contribuintes estão resguardados pelo sigilo fiscal; o Tribunal de Contas da União não está incluído entre as instituições a quem as informações sigilosas podem ser prestadas e, mesmo quando admitida em lei, a divulgação de informação sigilosa somente tem sentido quando a pessoa esteja submetida a investigação ou litígio judicial, tudo de acordo com as disposições do art. 198 do Código Tributário Nacional.

Convém esclarecer que o escopo da referida auditoria não visava alcançar informações econômico-financeiras, nem o estado de negócios, visto que sequer a auditoria se dirigia a contribuinte qualquer ou específico. Sendo de natureza operacional, **a auditoria tinha por finalidade avaliar o desempenho administrativo do órgão auditado sob os aspectos da legalidade, da eficiência, da eficácia e da economicidade.**

Lamentavelmente, em fins de 2005 o Supremo Tribunal Federal manifestou-se em caráter definitivo sobre o referido mandado, extinguindo-o por perda de objeto, uma vez que o titular da Receita Federal já não era o impetrante, deixando com isso de surgir naquela Corte um precedente elucidativo acerca da oposição do sigilo fiscal à ação fiscalizadora do TCU.

Outro caso de negativa de informações requisitadas ocorreu no âmbito de auditoria solicitada pelo Congresso Nacional, a qual tinha por escopo verificar os procedimentos adotados pela Receita Federal quanto à apuração de suposta sonegação da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira – CPMF, decorrente de provável conluio entre contribuintes e determinado banco privado, mediante utilização de conta de compensação específica “imune” à incidência dessa contribuição.

A equipe de auditoria, ciente da natural resistência a enfrentar quanto à obtenção de dados e informações necessários ao desenvolvimento da fiscalização, procurou restringir ao máximo o objetivo a alcançar, ou seja, a verificação deveria recair apenas em meros procedimentos fiscalizatórios a cargo da Receita Federal. O que se queria era saber quais as ações daquele órgão tendentes a coibir a prática da suposta sonegação, se pelo menos

já havia a constatação da materialização desse ilícito tributário e qual o montante de crédito tributário porventura apurado em autuação fiscal, ou seja, nada mais que pudesse identificar contribuintes ou seus respectivos patrimônios, rendas ou movimentações financeiras. Conforme esperado, a Receita Federal veementemente negou-se a fornecer os dados requeridos sob a alegação de sempre, o dever do sigilo fiscal.

Para não ficar adstrito a esses dois casos, cabe destacar a ampliação do alcance do controle externo, notadamente na área das finanças públicas com a edição da Lei Complementar nº 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). Nela está materializada a preocupação do Poder Público com a gestão fiscal, vertente de controle voltada para a responsabilidade daqueles que lidam com as contas públicas, estando inseridas nesse contexto as metas fiscais que levam em consideração a **receita pública, nos aspectos das estimativas, da arrecadação e da renúncia**. Mais uma vez o papel do TCU aparece como elemento fundamental na aplicação, acompanhamento e controle das determinações constantes dessa lei, mas as limitações do sigilo fiscal ora destacadas são sempre opostas a quase todas as iniciativas de atuação do controle externo.

A veemência com que são negadas as informações requisitadas pelo controle externo revela que há, no seio da Receita Federal, um apego exagerado à interpretação literal da lei, bem assim um excessivo zelo no cumprimento do dever funcional de sigilo que leva a crer que a conduta a prevalecer é a do segredo, da reserva, da não publicidade. GORDILLO demonstra opinião crítica nesse sentido:

(...) enquanto as leis e até as Constituições consagram enfaticamente o princípio da publicidade dos atos de governo, e o mais irrestrito acesso aos interessados às atualizações administrativas, salvo se elas forem qualificadas por ato expresso e motivado como confidenciais, o certo é que, na prática, tais disposições jamais se cumprem facilmente. **A tradição administrativa hispano-americana é do silêncio, do segredo, da reserva, da não publicidade**. Não se trata do fato do **funcionário público** considerar que realiza com o silêncio uma atividade ilícita: ao contrário, **ele entende que o correto, o devido, o lícito e normal, é ser zeloso guardião de toda informação administrativa e, acima de tudo, não divulgá-la aos administrados ou terceiros, pois eles podem comprometê-lo**. (...) **Não podemos aqui senão reiterar que tal tendência ao segredo e a reserva é profundamente censurável e que deveria dar-se o mais estrito cumprimento ao princípio da publicidade das atuações que consagram as normas vigentes, tanto no âmbito constitucional como no âmbito legal.**<sup>9</sup>  
[sem grifos no original]

Ao lado desse apego à literalidade, há também uma imprecisão conceitual do que seja violar o sigilo, o que gera a necessidade de reflexão sobre o tema. O uso constante e corrente de certas expressões, especialmente pela mídia, incute na maioria das pessoas uma idéia errônea do campo de significação. É o caso da expressão “quebrar o sigilo”, muito imprópria, que leva a se pensar em devassa, exploração, transgressão, exposição desastrosa de informação.

Veja-se, por exemplo, os casos dos acessos aos dados bancários das pessoas envolvidas em irregularidades, permitidos por ordem judicial. Quando a imprensa dá a notícia: “o Supremo autoriza a CPI a quebrar o sigilo bancário”, a rigor o que se autoriza nesse caso é o mero acesso a informações para fins investigativos, preservando-se o caráter da inviolabilidade relativamente ao **terceiro desinteressado**. Ou seja, havendo divulgação ilegal das informações ou dados obtidos, restará configurado o crime de violação de sigilo, com as conseqüências relativas à aplicação das penalidades aos infratores.

Sobre o que caracteriza ou não a violação de sigilo, convém reproduzir a ilação elaborada por FERRAZ JÚNIOR:

Se alguém elabora para si um cadastro sobre certas pessoas, com informações marcadas por avaliações negativas, e o torna público, poderá estar cometendo difamação, mas não quebra de sigilo de dados. Se estes dados, armazenados eletronicamente, são transmitidos, privadamente, a um parceiro, em relações mercadológicas, para defesa do mercado, também não estará havendo quebra de sigilo. **Mas se alguém entra nessa transmissão, como um terceiro que nada tem a ver com a relação comunicativa, ou por ato próprio ou por que uma das partes lhe cede o acesso indevidamente, estará violado o sigilo de dados.**<sup>10</sup>[sem grifo no original]

Registre-se que o dever de observância do sigilo é imperativo à Administração Pública como um todo, não sendo defensável que qualquer fiscalização a cargo do TCU com a máscara do caráter sigiloso, seja objeto de divulgação inescrupulosa por parte de quem quer que seja. Havendo transgressão à regra do sigilo, a punição há que ocorrer. Assim, há um risco potencial com o qual a Administração deve conviver, em qualquer âmbito, no TCU e até mesmo na Receita Federal, que detém a posse primária das informações porventura albergadas pelo sigilo fiscal.

## 5. SIGILO FISCAL E PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Diante do exposto e considerando que o simples acesso aos dados não constitui violação de sigilo, uma vez que a essência desse instituto não está nos dados em si, mas na divulgação irresponsável de informações protegidas por quem ou a quem **não seja interessado**, já seria possível superar a problemática do rigor excessivo dado à interpretação do alcance do sigilo fiscal mediante compreensão do **funcionamento sistêmico do Estado**, donde se infere que os órgãos que o compõem funcionam de modo integrado e de tal forma que todas as ações ocorrem visando o interesse público. Assim, não seria violação de sigilo o compartilhamento de informações já existentes no âmbito de algum desses órgãos, desde que isso ocorresse em defesa ou em nome do interesse público.

Conforme demonstrado anteriormente, o sigilo fiscal adquiriu novos contornos jurídicos com a recente normatização da Lei Complementar nº 104/01, bem como em razão da flexibilização do sigilo bancário advinda da Lei Complementar nº 105/01, o que proporcionou maior liberdade à ação fiscalizadora do Estado. Assim, do mesmo modo que, para o poder fiscalizador da autoridade fiscal, por ser de origem constitucional, não se cogitaria haver obstáculos absolutos para sua efetividade, para a fiscalização no exercício do controle externo, também de índole constitucional, seria salutar que a liberdade também fosse ampla, visto que em ambos os casos a atuação estatal baliza-se pelas razões do interesse público.

Pelo visto, há uma aparente tensão entre os interesses particular e o público que precisa ser senão superada, ao menos amenizada. De um lado há o sigilo fiscal, enquadrado no conceito do direito à privacidade e de outro, o exercício da função do controle externo como imperativo do interesse público. A propósito de se perseguir essa superação, o exame normativo exige recorrer aos métodos hermenêuticos disponíveis, tendo como parâmetro a **avaliação ponderada dos fins**.

De antemão, a interpretação puramente literal deve ser afastada, pois representa o método menos contributivo para a superação de conflitos. Prova disso está numa das

alegações apontadas pela Receita Federal, dando conta que o TCU não figura na relação dos órgãos contemplados pela exceção ao sigilo fiscal, inscrita no art. 198 do CTN. Tal argumento carece de base jurídica, pois não seria sustentável admitir-se a prevalência de preceito infraconstitucional frente ao conjunto sistêmico estruturado na Constituição.

Daí ser forçoso concluir-se por trilhar uma diretriz interpretativa mais sistemática possível, levando-se em conta a harmonização de princípios e normas para evitar que haja opção normativa excludente de aplicação de outra.

As palavras de GOMES CANOTILHO bem sintetizam a essência dessa última opção:

O facto de a constituição constituir um sistema aberto de princípios insinua já que podem existir fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes ou entre os vários princípios constitucionais gerais ou especiais (...)

O princípio da harmonização ou da concordância prática implica ponderações. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos).<sup>11</sup>

A propósito de buscar a ponderação de interesses, convém destacar algumas considerações acerca de interesse público. JUSTEN FILHO aponta não haver uma definição clara do que vem a ser interesse público e esse caráter indefinido na verdade, não é um defeito, “**mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real**”.<sup>12</sup>[sem grifo no original]

304

Em que pese essa indefinição, pelo menos o alcance do interesse público pode ser dimensionável, vale afirmar, seria ele da maior amplitude possível, aquele que representa o **contexto do todo, do conjunto social**, no qual as modificações das identidades individuais não afetam necessariamente o caráter integral daquilo que é público. Essa não afetação denota o caráter transcendental e íntegro do conjunto social frente às situações individuais. Daí deriva a noção da **supremacia do interesse público sobre o interesse particular**, conforme destacado por BANDEIRA DE MELLO:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor (...) Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. (...) Para não deixar sem referência constitucional (...), basta referir os institutos da desapropriação e da requisição (art. 5º, XXIV e XXV), nos quais é evidente a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.<sup>13</sup>

Cabe realçar que a idéia de supremacia não remete ao entendimento de absoluta submissão do interesse privado ao público, pois sendo aquele parte integrante deste, não seria razoável supor solução de qualquer conflito que não passasse pela minimização de sacrifícios ou restrições a qualquer dos interesses envolvidos.

Feitas essas considerações, convém enfatizar que a jurisprudência exaustivamente vem apontando que o direito ao sigilo, mesmo de estatura constitucional porque



correlacionado ao direito à privacidade, não tem caráter absoluto, **devendo ceder aos imperativos do interesse público**. Nesse sentido foi a manifestação do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. CF, art. 5º, X. I. - Se é certo que o sigilo bancário, que é espécie de direito à privacidade, que a Constituição protege art. 5º, X **não é um direito absoluto, que deve ceder diante do interesse público, do interesse social e do interesse da Justiça, certo é, também, que ele há de ceder na forma e com observância de procedimento estabelecido em lei e com respeito ao princípio da razoabilidade.**<sup>14</sup> [sem grifo no original]

Traçar um raciocínio sobre ponderação entre os interesses público e privado visando aplicação prática ao caso do sigilo fiscal frente à ação controladora do Estado constitui, na verdade, tarefa das mais espinhosas, visto que a própria jurisprudência, a pretexto de destacar a necessidade de prevalência do interesse público, ao mesmo tempo remete a questão ao seio do ordenamento infraconstitucional, na medida em que o sopesamento sugerido deve, necessariamente, observar os procedimentos previstos em lei. Tal observância de procedimentos legais tem contorno reducionista, pois carrega em si a idéia de justiça, de aplicação a caso concreto, o que é diametralmente oposto à **generalidade dos princípios**.

É notável que, ao mesmo tempo em que a jurisprudência sugere uma abertura para a tese da preponderância do interesse público sobre o particular, ela estabelece também uma série de condicionantes de ordem legal que dificultam sobremaneira o alcance da generalidade dos princípios.

Assim, sustentar que a supremacia do interesse público deva ser levada em conta nessa tarefa parece um árduo exercício de convencimento, visto não ser razoável, à vista do que vem sedimentando a jurisprudência, reduzir-se ao caso concreto, a todo instante, aquilo que está situado na estatura constitucional. **A função controle externo, por exemplo, não é exercida de modo cíclico, ocasional; pelo contrário, opera-se permanentemente e exige efetividade.**

Com alguma semelhança ao que se aduz neste ponto, agora com relação ao sigilo bancário, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 215.301-CE e decidiu por unanimidade que o disposto no art. 129, VIII da Constituição Federal não permite ao Ministério Público o acesso direto aos dados protegidos pelo sigilo bancário, sem a interferência da autoridade judiciária. Tal dispositivo trata do poder geral de requisição de informações conferido ao Ministério Público para o exercício da sua função institucional.

Como se depreende, a interpretação dada ao caso foi restritiva face o direito à privacidade que agasalha o sigilo bancário. Cabe agora a pergunta: diante desse julgado, a que se destina toda a estruturação conferida ao Ministério Público situada no âmbito constitucional, mormente em relação a sua função essencial à Justiça?

Esse precedente, à primeira vista, poderia significar sério obstáculo à tese que se procura sustentar no momento, entretanto, o que se pretende não é seguir na contramão do que a jurisprudência entende, mas sim, montar argumento válido para um ordenamento jurídico coeso e estruturado de forma harmônica, de tal sorte que as eventuais tensões verificadas na aplicação de princípios ou normas sejam ao menos atenuadas, afastando-se, de preferência, as opções interpretativas de cunho absoluto.

Desse modo, não é porque o poder de requisição do Ministério Público sofreu restrição frente ao direito à privacidade em caso concreto, que todo o aparato fiscalizatório e controlador do Estado deva se curvar a essa limitação.

Nessa linha de compreensão é defensável que não pode prosperar o tratamento absoluto que se dá à questão do acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal. Tolerar a tese de proibição desse acesso ao TCU seria admitir o desmonte de toda a estrutura de competências constitucionais atinentes ao exercício do controle externo. Resta clarear que a pretensão aqui manifestada não é no sentido de vasculhar, explorar a situação da pessoa ou entidade sob fiscalização, não é penetrar na seara da investigação criminal, até porque o TCU não possui esse tipo de competência, nem está estruturado tecnicamente para tal.

Uma solução há que ser perseguida, nem que seja a mais oportunista, a exemplo de seguir o rumo da cultura fortemente positivista que permeia nosso sistema jurídico: se não há previsão legal específica ao TCU para o acesso aos dados protegidos pelo sigilo fiscal, que se viabilize a elaboração normativa cabível.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme largamente demonstrado nesse artigo, a função controle externo adquiriu com a Constituição de 1988 novos contornos jurídicos, especialmente no tocante a sua estatuta constitucional. Como reflexo disso aponta-se a ampliação das competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União, visando fazer face à nova dimensão adquirida pelo controle externo.

306

No entanto restou esclarecido que tão elevado prestígio conferido ao controle externo acha-se revestido de baixa efetividade, frente à problemática das limitações impostas pelo sigilo fiscal.

Em que pese os breves ensaios argumentativos apresentados em defesa da flexibilização do instituto do sigilo fiscal, cabe esclarecer que em nenhum momento cogitou-se defender uma proposta radical no sentido de rompimento da clausura desse sigilo, a exemplo do que muitas vezes ventilam o patrocínio.

A pretensão de se buscar a completa liberação das amarras do sigilo pode, na verdade, gerar um perigoso precedente capaz de desnaturar por completo as feições do controle externo. Imagine-se a hipótese de equipe de fiscalização deparar-se com fortes indícios de ilícitos penais e embrenhar-se em investigação criminal, fazendo as vezes da polícia judiciária. Seguramente, o papel institucional do TCU não é esse, nem seus quadros técnicos estão revestidos de tal qualificação.

Feitas essas considerações, ficou consignado que uma forma de relativização do conceito e alcance do sigilo fiscal teria por base a simples compreensão do funcionamento integrado da Administração Pública, considerada como um todo sistêmico, no qual se poderia operar o **compartilhamento**, sem o rompimento do sigilo, de dados e informações já de posse de qualquer órgão, desde que presente uma avaliação ponderada dos fins, na qual deveria preponderar o interesse público sobre o particular sem, contudo, isso representar a completa submissão deste àquele.

Entretanto, considerando a cultura jurídica brasileira tradicionalmente positivista, mesmo com a vasta demonstração da estatuta constitucional do controle externo, essa

proposta de flexibilização somente se efetivaria mediante expressa previsão legislativa, de preferência no âmbito constitucional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 19ª ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 44, n. 3, p. 13-31, jul/set 2002.

CAVALCANTE, Denise Lucena. **Íntegra do Parecer PGFN/CDA/nº 980/2004 – Sigilo Fiscal – DOU de 27.09.2004**.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, nº 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**, 6ª ed., Coimbra. Almedina, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, p. 115-136, 1999.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 – com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo V, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

## NOTAS

<sup>1</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. “(...) nenhum comportamento estatal ou particular poderá refugir, de forma exceptiva, ao quanto foi constitucionalmente positivado nas normas principais.”

<sup>2</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, nº 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

<sup>3</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda nº 1 de 1969**. Tomo V, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

<sup>4</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 995.

<sup>5</sup> Mandado de Segurança nº 21.729-4 – DF. Relator para o acórdão: Ministro Francisco Rezek, Julgamento: 05.10.1995 – Tribunal Pleno, publicação: DJ 19.10.01.

<sup>6</sup> Lei nº 556/1850, art. 17: “Nenhuma autoridade, juízo ou tribunal, debaixo de pretexto algum, por mais especioso que seja, pode praticar ou ordenar alguma diligência para examinar se o comerciante arruma ou não devidamente seus livros de escrituração mercantil, ou neles tem cometido algum vício”.

- <sup>7</sup> BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos tribunais de contas. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 44, n. 3, p. 13-31, jul/set 2002.
- <sup>8</sup> BRITTO, Carlos Ayres. Ob. Cit., p. 30. “Tão elevado prestígio conferido ao controle externo e a quem dele mais de ocupa, funcionalmente, é reflexo direto do princípio republicano. Pois, numa República, impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência ( e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão.”
- <sup>9</sup> Apud CAVALCANTE, Denise Lucena. Íntegra do Parecer PGFN/CDA/nº 980/2004 – Sigilo Fiscal – DOU de 27.09.2004.
- <sup>10</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Ob. Cit., p. 82.
- <sup>11</sup> GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.
- <sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 26, p. 115-136, 1999.
- <sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. ver. e atual. até a Emenda Constitucional 47, de 5.7.2005. São Paulo: Malheiros, 2005.
- <sup>14</sup> STF, RE 219780/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 10.09.1999.

# A INTEGRAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO COM OS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL NO EXAME E JULGAMENTO DOS PROCESSOS DE TOMADA E PRESTAÇÃO DE CONTAS E DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS

---

LUIZ GUILHERME DA BOAMORTE SILVEIRA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. PROCEDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; 2. PROCEDIMENTOS DO CONTROLE INTERNO; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Assembléia Nacional Constituinte de 1988, inspirada no Direito Constitucional norte-americano, que representa um desdobramento das doutrinas de Montesquieu, definiu nossas principais instituições políticas segundo os ensinamentos daquele autor: a República; a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário; e a garantia suprema dos direitos individuais.

Comungando, ainda, com o entendimento de Montesquieu de que “para que não haja abuso de poder, é preciso que o poder detenha o poder”, instituiu, no art. 70 da Carta de 1988, um sistema de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, a ser exercido pelo Congresso Nacional, mediante o Controle Externo, e pelo Sistema de Controle Interno de cada poder.

Essa fiscalização tem como objetivo principal verificar a retidão e a eficiência dos agentes públicos na prestação dos serviços devidos pelo Estado aos cidadãos brasileiros, como forma de garantir seus direitos individuais ou coletivos, sociais e políticos, em cumprimento ao que os autores contratualistas<sup>1</sup> denominam de “contrato social”. Segundo esses autores, os homens se submetem ao Estado e este passa a atuar segundo o interesse e a vontade geral.

Hodiernamente, o entendimento de que o gestor público deve dar conta de seus atos à sociedade está relacionado ao conceito de *accountability*, que segundo Malaxecheverria, representa a “obrigação legal e ética que tem o governante de informar ao governado como se utiliza do dinheiro e outros recursos que lhe foram entregues pelo povo para empregá-los em benefício da sociedade e não em proveito do governante”<sup>2</sup>.

Conforme mencionado, o Controle Externo no Brasil está a cargo do Congresso Nacional. Nessa missão, a Casa Legislativa conta o auxílio do Tribunal de Contas da União - TCU<sup>3</sup>, cujas competências estão estabelecidas no art. 71 da Constituição Federal, bem como em sua Lei Orgânica, Lei 8.443, de 16/7/1992. Entre as aludidas competências, merece especial destaque o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

O Controle Interno, por sua vez, com fulcro no art. 74 da Carta Magna, é exercido por entidades ligadas aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, tendo inserido em

suas competências o dever de atestar a legalidade e avaliar os resultados da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal, bem assim de levar ao conhecimento do TCU qualquer irregularidade ou ilegalidade, prestando-lhe o apoio necessário ao desempenho de sua missão constitucional.

As contas anuais dos administradores e responsáveis da administração direta e indireta da União são constituídas sob a forma de processos de tomada ou prestação de contas, respectivamente, enquanto que, nos casos de omissão no dever de prestar contas ou de dano ao erário causado por agentes públicos que não estão obrigados a prestar contas na forma anteriormente definida, são instaurados processos específicos denominados de Tomada de Contas Especial -TCE<sup>4</sup>. O Tribunal, ao julgar, pode considerar essas contas regulares, regulares com ressalvas, irregulares ou ilíquidáveis<sup>5</sup>.

Está a cargo do Controle Interno a emissão de relatório de auditoria e de parecer conclusivo sobre a regularidade ou não das contas em questão. Destarte, é correto afirmar que grande parte dos julgamentos proferidos pelo Tribunal é baseado nos elementos apresentados pelo Controle Interno, razão pela qual torna-se óbvia a necessidade da integração entre essas duas instâncias do controle.

Por esse motivo, ao submeter um relatório de auditoria ao TCU, os agentes do Controle Interno devem preocupar-se em fornecer todas as informações necessárias à correta apreciação do objeto do processo, da mesma forma que, ao apreciar um feito dessa natureza, o Tribunal não pode deixar de avaliar a qualidade das informações elaboradas pelo Controle Interno, mantendo-o informado a respeito do resultado de tal avaliação. Deve ser ressaltado que esses procedimentos não representam uma subordinação de uma instância de controle à outra, mas, sim, uma forma dessas duas instâncias conhecerem suas limitações e adequarem seus procedimentos ao alcance de suas competências institucionais.

310

Do ponto de vista jurídico, em consonância com a Constituição Federal, temos diversas normas infraconstitucionais que regulamentam, de forma bastante satisfatória, a competência e a operacionalização dos órgãos de controle. Tais normativos estabelecem uma concatenação de atividades a serem desenvolvidas pelos integrantes desses órgãos, que, se efetivas, os tornaria capazes de evitar e, não o fazendo, de reparar a grande maioria dos prejuízos causados aos cofres públicos.

Entretanto, somos surpreendidos a cada dia com novos escândalos relacionados à aplicação de recursos públicos. Quando esses acontecimentos vêm à tona, as instituições responsáveis pelo controle vêm-se em situação muito delicada, pois, na maioria das vezes, ou não têm conhecimento dessas irregularidades ou ainda não se posicionaram com relação a elas. A situação fica, ainda, mais delicada quando nesses escândalos estão envolvidos gestores que tiveram suas contas relativas ao período de ocorrência dos fatos consideradas regulares pelo Tribunal.

Verifica-se, assim, que, em termos de Controle, a experiência brasileira está longe de realizar aquilo que prevê a Constituição e os dispositivos legais a ela subordinados, ou seja, estamos vivenciando uma falta de conexão do direito positivado com o que é realmente vivido pela sociedade. Tal situação permite-nos inferir a existência de falhas no Sistema de controle da União, sobre as quais a sociedade brasileira e as instituições políticas e administrativas encarregadas devem se debruçar, com vistas a encontrar soluções.

Este artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto; pretende, tão somente, trazer ao debate uma dessas deficiências: a falta de integração dos trabalhos a cargo do Tribunal de Contas da União e dos órgãos de controle interno.

## 1. PROCEDIMENTOS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

No âmbito do TCU, no exercício de 1998, foi constituído um Grupo de Pesquisa composto por servidores do Tribunal - Grupo de Pesquisa Tendências de Controle -, sob a supervisão do Ministro Humberto Souto, com o objetivo de estudar as tendências do controle da gestão pública e avaliar os procedimentos do Tribunal em relação às suas demandas.

Nesse estudo, foram identificados, inicialmente, os dois principais problemas que dificultavam os resultados do exame e o julgamento das contas anuais: a intempestividade e a baixa contribuição dos processos de contas para a efetividade do controle externo.

Relativamente ao produto oferecido pelos Órgãos de Controle Interno, o Grupo concluiu que as informações constantes dos relatórios por eles produzidos eram “restritas” e “pouco confiáveis”, fato que acarretava a constante necessidade das unidades técnicas do TCU despenderem esforços extras, no sentido de obterem informações imprescindíveis à apreciação do mérito dos processos. Por essa razão, o Grupo sugeriu fosse mantido um registro dos pareceres do Controle Interno, a serem sistematicamente comparados com os respectivos julgamentos do Tribunal, bem como fossem realizadas auditorias com o intuito de avaliar o conteúdo e a qualidade das informações contidas nos referidos pareceres.

Como desdobramento dos trabalhos do Grupo de Pesquisa, foi estabelecido um novo modelo para o controle, segundo o qual a atuação da Corte de Contas deve voltar-se para ações que aumentem sua efetividade. Com base nesse modelo, quando da definição das tarefas a serem desenvolvidas pelas Unidades Técnicas do Tribunal, deve ser observado o princípio da seletividade, seguindo os critérios de materialidade, risco, relevância social, interesse do Congresso Nacional, entre outros.

Mais recentemente, como resultado do Projeto de Certificação da Gestão Pública, instalado junto à Secretaria Adjunta de Contas do TCU - Adcon, foi expedida a Instrução Normativa TCU nº 47, de 27/10/2004<sup>6</sup>, instituindo novas regras de organização e apresentação dos processos de tomada e prestação de contas e revogando a Instrução Normativa TCU nº 12/1996, que tratava da matéria até então.

A alteração de maior relevância em relação ao normativo anterior foi a previsão de que o Tribunal, por meio de decisão normativa, definirá, ao final de cada exercício, as unidades sob sua jurisdição que devem apresentar contas, havendo a possibilidade de, consoante o art. 6º da Lei 8.443/1992, c/c o art. 6º da nova Instrução Normativa, algumas unidades, em razão dos critérios de seletividade anteriormente comentados, serem liberadas dessa responsabilidade. As aludidas decisões normativas anuais definirão, ainda, as peças que comporão os processos e os seus conteúdos, com o propósito de desonerar os órgãos envolvidos na constituição dos processos da obrigação de elaborar e fornecer informações de pouca relevância, possibilitando que direcionem suas manifestações para as matérias que o TCU pretende focar em um determinado exercício.

Com base na nova Instrução Normativa, já foram expedidas as Decisões Normativas TCU nºs 62/2004 e 71/2005<sup>7</sup>, que tratam das prestações de contas dos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente.

No voto emitido pelo Relator do processo no qual foi discutido o projeto que resultou na Decisão Normativa TCU nº 62/2004, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, foi registrado o entendimento de que as inovações trazidas pela Instrução Normativa TCU nº 47/2004 deveriam ocorrer de forma gradual “de modo a não causar tumulto ou grande impacto no cotidiano das organizações<sup>8</sup>.”

O Relator do processo por meio do qual foi aprovada a Decisão Normativa TCU nº 71/2005, Ministro Valmir Campelo, por sua vez, registrou sua anuência ao posicionamento da Adcon de que não fossem realizadas mudanças significativas em relação à Decisão Normativa anterior, nos seguintes termos:

Anota a Adcon que, tendo em vista que ainda não houve tempo razoável nem quantidade expressiva de processos analisados pelas unidades técnicas ou submetidos à manifestação do Ministério Público junto ao TCU e, menos ainda, julgados pelo Tribunal, o mais adequado seria realizar o mínimo possível de mudanças em relação à citada Decisão Normativa nº 62/2004.<sup>9</sup>

As dificuldades atinentes à grande quantidade de contas a serem apresentadas anualmente ao Tribunal e ao volume de informações que os respectivos processos devem conter deverão ser atenuadas com a aplicação progressiva da Instrução Normativa TCU nº 47/2004.

Por outro lado, resta carente de solução uma antiga dificuldade relacionada aos processos de contas, qual seja, a baixa confiabilidade das informações, relatórios e pareceres emitidos pelas entidades responsáveis pela constituição dos autos.

312

Uma das primeiras providências do Tribunal visando solucionar essa deficiência foi adotada em 1996, com a edição das Instruções Normativas TCU nºs 12<sup>10</sup> e 13/1996<sup>11</sup>, que estabeleciam que os processos de contas anuais e as tomadas de contas especiais, respectivamente, somente seriam considerados entregues de forma oficial ao Tribunal se, após análise preliminar feita pelas unidades técnicas, fosse constatada a existência de todas as peças exigidas nas referidas normas, devidamente formalizadas. Caso contrário, os processos seriam devolvidos à origem, situação em que o órgão permaneceria inadimplente em relação ao dever de prestar contas. A Instrução Normativa TCU nº 13/1996 continua em vigor, enquanto que a Instrução Normativa TCU nº 12/1996, como já dito, foi substituída pela de Instrução Normativa TCU nº 47/2004<sup>12</sup>.

Muito embora o novo normativo tenha deixado mais claro que a análise preliminar do processo de tomada e prestação de contas deveria abranger a existência das peças e os seus respectivos conteúdos, não houve, na prática, nenhuma inovação em relação à Instrução Normativa TCU nº 12/1996, na medida em que esta, ao definir que o processo deveria conter todas as peças devidamente formalizadas<sup>13</sup>, já possibilitava sua devolução à origem, caso as mesmas não satisfizessem às imposições relativas aos conteúdos.

Entretanto, na vigência da Instrução Normativa TCU nº 12/1993, a grande maioria dos servidores do Tribunal encarregados da análise preliminar desses processos limitava-se a verificar a existência dos documentos exigidos, não se dedicando à análise da formalização das peças. Por esse motivo, eram freqüentemente autuados, no Tribunal, processos que deveriam ser devolvidos, uma vez que, mesmo contendo todas as peças exigidas, deixavam de trazer dados imprescindíveis ao correto exame das contas. Muitas vezes, essas falhas, como veremos mais adiante, eram cometidas nos relatórios e pareceres emitidos pelo próprio Controle Interno.



Quando fato dessa natureza ocorria, a autuação indevida do processo só era identificada na etapa de instrução e, como na referida etapa não havia previsão do feito ser devolvido à origem, algumas unidades técnicas deixavam de fazê-lo, assumindo o ônus de obter, por meio de diligências ou inspeções, informações que já deveriam constar do processo. Tal procedimento atrasava o julgamento dos autos e aumentava, significativamente, os seus custos.

Esses prejuízos também são significativos nas Tomadas de Contas Especiais, nas quais, rotineiramente, não se encontram precisamente identificados pelo Controle Interno, nos termos do inciso V do art. 4º, c/c o art. 8º da Instrução Normativa TCU nº 13, de 04/12/1996, os responsáveis, o valor do débito, e, até mesmo, a irregularidade que o gerou. Não é difícil imaginar, a título exemplificativo, o trabalho que é exigido das Secretarias Regionais do Tribunal, para, em casos como esses - em respeito aos princípios da ampla defesa, do contraditório, da verdade material e do devido processo legal, aplicáveis à matéria - suprir as deficiências de informações das TCE's que tratam de irregularidades praticadas por gestores municipais na aplicação de recursos federais, notadamente quando os municípios são afastados das capitais e os responsáveis, em razão do lapso de tempo decorrido entre o fato gerador e a constituição do processo, não podem ser encontrados na localidade ou não têm mais acesso à documentação comprobatória das alegações que são instados a apresentar.

No âmbito do Tribunal, a questão do exame preliminar dos processos de tomada e prestação de contas foi analisada pela última vez no processo que deu origem à Decisão Normativa nº 71/2005, ocasião em que a Adcon relatou os obstáculos que se apresentaram às unidades técnicas do Tribunal, para implementação da suposta inovação trazida pelo art. 11 da Instrução Normativa TCU nº 47/2004:

o exame preliminar que era realizado, via de regra, pelos serviços de administração, passaria exigir conhecimento especializado não apenas de processos de contas em geral mas, em alguns casos, da própria unidade jurisdicionada; além disso e em razão da maior complexidade do exame, o esforço e, conseqüentemente, o tempo requerido para essa etapa seriam significativamente aumentados inviabilizando o cumprimento dos prazos estabelecidos para autuação dos processos; por fim, o exame quando da análise do processo implica duplicidade de esforços comprometendo a produtividade da unidade, o que é de todo indesejável.<sup>14</sup>

Com vistas a superar essas dificuldades, a Adcon, no exercício de 2005, orientou as unidades técnicas a autuarem os processos que contivessem todas as peças relacionadas nos novos normativos, deixando o exame detalhado dos seus conteúdos para a fase de análise das contas.

Para as contas a serem apresentadas no exercício de 2006, visando evitar os transtornos anteriormente comentados e melhorar o procedimento de recebimento dos processos de contas no Tribunal, a Adcon sugeriu, e foi aprovado pelo Tribunal, que o exame de peças e conteúdos passasse a ser feito pelas unidades de controle Interno, mediante o exame das peças produzidas pelos gestores, com posterior manifestação sobre seus conteúdos. Aquela Secretaria-Adjunta defendeu seu posicionamento nos seguintes termos:

Ao contrário da unidade técnica do Tribunal que, quando do exame preliminar, está tendo o primeiro contato com o processo, as unidades de controle interno realizarão

a conferência de peças e a certificação dos conteúdos ao final de sua atuação no processo, momento em que já detém pleno conhecimento acerca do mesmo.<sup>13</sup>

Nesse sentido, a Decisão Normativa TCU nº 71/2005, traz, em seu anexo XI, o Roteiro de Verificação de Peças e Conteúdos, por meio do qual os órgãos de controle interno atestarão se os processos de prestação e tomada de contas foram constituídos com as peças e conteúdos exigidos pela Instrução Normativa TCU nº 47/2004. Esse roteiro, vai, apenas, uniformizar e deixar assente nos autos um procedimento que os órgãos de controle interno sempre estiveram obrigados a realizar, visto que não se pode admitir que os processos fossem encaminhados ao TCU sem a devida checagem dos documentos.

Todavia, não está explicitado, na Decisão Normativa TCU nº 71/2005, se as unidades técnicas do TCU deixarão de realizar a análise preliminar dos processos, tampouco se está suspensa a aplicabilidade do § 1º do art. 11 do referido normativo. Se assim o for, o Tribunal estará desperdiçando um dos melhores mecanismos de interação com os órgãos do controle interno, sem contar a oportunidade de ver resolvidas, de forma ágil e tempestiva, questões de extrema importância para o exame e o julgamento dos autos, notadamente a qualidade e a pertinência dos trabalhos desenvolvidos por aquela instância de controle.

## 2. PROCEDIMENTOS DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE INTERNO

Segundo o art. 74 da Constituição Federal, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário deverão manter, “de forma integrada”, o Sistema de Controle Interno.<sup>15</sup>

314

Cada órgão dos Poderes Legislativo e Judiciário possui sua unidade de controle interno, não havendo, apesar de alguns estudos iniciais nesse sentido, qualquer tipo de integração entre eles. Os responsáveis pelos controles internos desses poderes são diretamente subordinados às autoridades a quem devem fiscalizar.

Tendo em vista as peculiaridades relativas a cada uma dessas unidades e o fato de existir um sistema de controle único no Poder Executivo, abrangendo a grande maioria dos gestores, a análise dos procedimentos do controle interno, para efeito deste artigo, ater-se-á a esse sistema.

A formação do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo foi recentemente alterada pelo Decreto Presidencial nº 5.683, de 25/01/2006, tendo como órgão central a Controladoria-Geral da União - CGU, dirigida pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, cujas atribuições foram definidas no art. 1º, caput e parágrafo único do citado Decreto<sup>16</sup>, entre as quais destacamos: assistir direta e imediatamente o Presidente da República, nos assuntos relativos à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à prevenção e ao combate à corrupção e exercer a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno.

Consoante a estrutura regimental da CGU, aprovada pelo Decreto nº 5.683/2006, a Secretaria Federal de Controle Interno - SFC exerce, na prática, as atividades de órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e é composta por diretorias com atribuições específicas, a saber: Auditoria da Área Econômica; Auditoria da Área Social; Auditoria da Área de Infra-Estrutura; Área de Produção e Emprego; Planejamento e Coordenação das Ações de Controle; e Auditoria de Pessoal e de Tomada de Contas Especial.

Com vistas a orientar tecnicamente as Diretorias acima relacionadas e as Unidades Estaduais da Controladoria-Geral, quanto aos procedimentos de auditoria anual e avaliação de gestão dos processos de tomada e prestação de contas do exercício de 2005, a serem enviados à apreciação do TCU no exercício de 2006, o Secretário Federal de Controle Interno baixou a Portaria nº 01, de 26/01/2006.

A mesma autoridade, mediante a expedição das Normas de Execução nºs 04/2004 e 01/2005, orientou tecnicamente os órgãos e entidades da Administração Pública sujeitos ao Controle Interno do Poder Executivo sobre a formalização dos processos de tomada e prestação de contas dos exercícios de 2004 e 2005, respectivamente.

O nível de detalhamento dos atuais normativos do Sistema de Controle Interno do Executivo Federal representa um considerável avanço no sentido de divulgar a seus destinatários as novas exigências do controle, deixando-os cientes da obrigatoriedade de fornecer ao TCU processos devidamente formalizados, amparados por relatórios de auditoria com informações precisas e devidamente acompanhadas da documentação comprobatória.

A relevância dessas medidas reside no fato de persistir, em alguns processos encaminhados ao TCU nos exercícios de 2004 e 2005, a necessidade de serem feitas solicitações de cópias de documentos para que as Unidades Técnicas procedam aos exames que deixaram de ser feitos ou não foram devidamente consignados pelo Controle Interno nos relatórios de auditoria. Essas solicitações não se limitam a simples documentos que não puderam ser encontrados nos autos. Muitas vezes, são solicitadas cópias integrais de inquéritos policiais, procedimentos licitatórios, sindicâncias, contratos e termos aditivos, cujas análises podem resultar em novas solicitações, procedimentos que, como já dito, oneram e procrastinam, ainda mais as ações do controle. Com o mesmo objetivo e mesmas conseqüências, são realizadas inúmeras inspeções para sanear processos de contas e de tomada de contas especiais.

Foi por esse motivo que o TCU, por intermédio do Acórdão nº 1.224/2005 – 2ª Câmara<sup>17</sup>, proferiu uma série de determinações à Secretaria Federal de Controle Interno, que vão desde a correta observância da IN TCU nº 47/2004, até a necessidade de serem devidamente analisadas as falhas apontadas no relatório elaborado pela entidade organizadora do processo. Na mesma assentada, a Corte de Contas recomendou que aquele órgão de controle evitasse o encaminhamento de Relatório de Auditoria com informações parciais, uma vez que tal procedimento compromete o exame preliminar e a análise de mérito dos autos, bem assim que se abstinhasse de propor a regularidade com ressalvas de contas nas quais ficasse evidenciada a necessidade de apuração de fatos que poderiam comprometer a gestão dos responsáveis arrolados nos autos.

O processo em comento refere-se a uma prestação de contas consolidada. O analista responsável por sua instrução, além de propor que fossem apartados dos autos documentos relativos a três Unidades Gestoras, para constituição de processos específicos, que deverão ser objeto de inspeções complementares, registrou sua estranheza com relação ao procedimento adotado pelo Controle Interno ao analisar ocorrências que possuíam indícios fortes de irregularidades, nos seguintes termos:

Interessante deixar assente que o procedimento da Secretaria Federal de Controle Interno para as constatações mencionadas no item 7.14 – recomendar a apuração de irregularidades e emitir certificado pela regularidade com ressalvas – não me parece o mais adequado. Pois, uma vez detectada a ocorrência de atos visando frustrar os objetivos da Lei de Licitações e não descartada a participação dos gestores (...) em tais

atos, não há como o Tribunal julgar regulares com ressalvas as suas contas, sob pena de, posteriormente, as mesmas terem que ser reabertas para alteração de mérito.<sup>18</sup>

Interessante registrar que o processo envolve um volume de recursos altamente significativo, e foi considerado, no âmbito do Tribunal, após o exame preliminar, em condições de ser enviado para análise da Diretoria Técnica.

Ainda com relação ao trabalho desenvolvido pelo Controle Interno, em 31/08/2005, foi solicitada ao TCU, pelo Congresso Nacional, uma auditoria na Controladoria-Geral da União. Segundo o autor da solicitação, Senador César Borges, a auditoria deveria abranger o período de maio de 2002 a agosto de 2005 e avaliar se os critérios de seleção de fiscalizações utilizados pela CGU estão prejudicando a identificação de grandes desvios de recursos públicos. Como justificativa para o requerimento, o parlamentar aduz o fato de que os ilícitos nos Correios, o caso GTHEC, os “vampiros” do Ministério da Saúde e as irregularidades no programa da Bolsa Família, só chegaram ao conhecimento da sociedade por intermédio da imprensa. Ele afirma, ainda, que essa possível falha do Controle Interno pode ter sido resultado do direcionamento de parte dos recursos daquele órgão para a fiscalização de verbas repassadas às prefeituras, em detrimento do exame de contratos milionários firmados pela União, que estariam “sofrendo dilapidação e desvios jamais vistos”.

Por meio do Acórdão TCU nº 2.251/2005 – Plenário<sup>19</sup>, foi conhecida a solicitação em comento e determinado à 6ª Secretaria de Controle Externo que, com o auxílio da Secretaria-Adjunta de Fiscalização e da Secretaria de Avaliação de Programas de Governo, realizasse, no primeiro semestre de 2006, com a abrangência requerida, auditoria de natureza operacional na Secretaria Federal de Controle Interno, com o propósito de avaliar a atuação do sistema de controle interno na fiscalização de irregularidades e desvios de recursos públicos. De acordo com o Plenário do TCU, os trabalhos de auditoria devem considerar “as atribuições, competências e instrumentos de controle do referido órgão em relação à sua capacidade operacional e alocação de recursos entre as diferentes ações de controle”. A referida auditoria encontra-se em curso.

316

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS E SUGESTÕES

Verifica-se, em função dos elementos apresentados neste artigo, que, nos últimos anos, o TCU tem empreendido esforços no sentido de aprimorar o serviço que presta à sociedade, mediante os processos de tomada e prestação de contas e tomada de contas especial. Da mesma forma, o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal vem procurando adequar-se a esses esforços, normatizando internamente seus procedimentos de auditoria.

As providências adotadas pelas instâncias do controle trouxeram e, certamente, trarão grandes avanços no que se refere à organização dos processos de contas e ao julgamento das contas simplificadas, agregadas e consolidadas. Entretanto, observa-se, em alguns processos de contas atuados nos exercícios de 2004 e 2005, que permanece inalterada uma das situações de maior relevância no que tange às deficiências do controle, a baixa confiabilidade das informações que compõem esses processos.

Deve ser ressaltado que o impeditivo do êxito das medidas que visam solucionar essa situação não é a falta de propriedade dos normativos, mas, sim, a falta de observância dos procedimentos neles estabelecidos por parte dos servidores que atuam nas diversas etapas do processo. Para que estes normativos surtam os efeitos desejados,

é necessário um maior comprometimento desses servidores, uma vez que, em razão do caráter de subjetividade que permeia as ações de controle, esses normativos possuem baixo poder de coerção.

No caso dos processos de contas, a qualidade das informações que compõem os autos não deve ser uma preocupação apenas de quem vai analisar o mérito do processo; deve, inicialmente, representar o compromisso dos agentes públicos envolvidos com o mister que lhes é confiado, seja na coleta de documentos, na realização das auditorias de campo ou na emissão de certificados e pareceres conclusivos.

Nesse sentido, faz-se necessária a implementação de medidas que estimulem e criem condições para que os servidores do controle interno concorram para uma maior integração dos trabalhos daquela instância com os do TCU, proporcionando-lhes os conhecimentos devidos, a necessária autonomia, meios e prazos condizentes com a complexidade do trabalho, bem assim adequando, se necessário, os quadros funcionais da CGU à sua efetiva demanda<sup>20</sup>.

O Presidente do Tribunal de Contas da União, Ministro Adylson Motta, em conferência realizada no XXIII Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil e I Congresso Internacional dos Sistemas de Controle Externo Público, em outubro de 2005, defendeu a integração dos órgãos de controle “num trabalho coordenado de combate à corrupção”, declarando que “esses órgãos deveriam se intercomunicar, por meio de sistemas informatizados que permitissem o acompanhamento dos trabalhos investigativos no curso das providências.” Sua Excelência voltou a defender essa integração, em 16/02/2006, em pronunciamento na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, apresentando como alternativa para a melhoria do controle da administração pública, entre outros, o aperfeiçoamento do Controle Interno e sua integração com o Controle Externo.

317

A necessidade de tal integração foi, também, objeto da palestra do Ministro Ubiratan Aguiar, no IV Fórum Global de Combate à Corrupção, promovido pela ONU, ocasião em que apontou uma série de medidas para reduzir a corrupção na Administração Pública e garantir o uso eficiente dos recursos públicos em benefício da sociedade. Essa integração, segundo o Ministro, daria mais celeridade no andamento dos processos.

A despeito da pertinência dos pronunciamentos anteriormente citados, a integração em análise não deve se limitar a eventuais trabalhos coordenados e a troca de experiências e informações. Seu ponto de partida deve ser a conscientização dos agentes do controle da imprescindibilidade da qualidade do trabalho da SFC para o correto e tempestivo julgamento dos processos de contas pelo TCU<sup>21</sup>, sendo, na outra via, indispensável que a Corte de Contas realmente aquela Secretaria com a constante avaliação dos produtos por ela oferecidos.

Outro passo importante seria o reconhecimento das limitações operacionais de cada uma dessas instituições, de forma a serem consideradas quando da definição de quem deve prestar contas e da quantidade de informações a serem juntadas aos respectivos processos, juntamente com os critérios estabelecidos em razão do princípio da seletividade. Com isso, evitar-se-ia que a atuação dos órgãos de controle ficasse restrita ao cumprimento da burocracia que lhes é legalmente imposta, e, conseqüentemente, se dedicasse ao alcance dos interesses da sociedade.

Vale lembrar que o resultado da auditoria operacional que está sendo realizada pelo Tribunal na Secretaria Federal de Controle Interno será de muita valia para o alcance da integração tratada neste artigo.

A primeira providência no sentido da integração aqui defendida, poderia ser a simples alteração da sistemática utilizada no exame preliminar dos processos de contas. Ao invés de suprimir definitivamente essa fase no âmbito do Tribunal, este poderia restringi-la aos processos de contas não simplificados, consolidados e agregados e às tomadas de contas especiais, bem como determinar que sua realização ficasse a cargo das Diretorias Técnicas do TCU, de forma que pudesse ser verificada não só a existência das peças que devem compor os autos, como também a qualidade e a precisão das informações nelas contidas, avaliando-se, inclusive, a razoabilidade dos pareceres emitidos em relação aos fatos apurados. Feito isso, o servidores responsáveis pelo exame terão condições de propor, de forma fundamentada, a efetiva restituição do processo à origem, nos termos das Instruções Normativas TCU nºs 13/1996 e 47/2004, em todos os casos em que for constatada ausência de documentos ou superficialidade dos dados gerados.

Essa sugestão poderia suscitar, como em outras oportunidades, um sentimento de acréscimo da carga de trabalho dos Analistas de Controle Externo do TCU. Entretanto, na medida em que mantiver os órgãos de controle interno e seus servidores tempestivamente informados a respeito da expectativa do Tribunal em relação ao trabalho que desenvolvem, garantindo que façam, também de forma tempestiva, as adaptações necessárias ao pleno atendimento dessas expectativas, serão eliminadas outras fases do processo, mais trabalhosas e onerosas, resultantes das sucessivas diligências e inspeções realizadas para saneamento dos autos.

A adoção sistematizada do procedimento acima sugerido derrubaria os obstáculos que hoje se apresentam para uma maior integração entre o Controle Externo e os órgãos de Controle Interno da Administração Pública Federal, porquanto abriria um canal de comunicação contínuo entre o TCU e praticamente todos os agentes do controle interno que atuam nos processos de contas anuais e nas tomadas de contas especiais.

318

Por fim, na medida em que essa integração for se solidificando, os exames preliminares realizados pelas unidades técnicas do Tribunal tornar-se-ão menos dispendiosos, podendo, até mesmo, resultar na extinção definitiva dessa etapa processual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras: 1988** – vol. VII, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**, Rio de Janeiro:Forense, 2004.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**/Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. – 8. ed. Revista. São Paulo: Saraiva 2004.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, Volume 4, tomo II: arts. 70 a 91/Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002.  
MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª ed. revista, ampliada e atualizada com a RC nº 24/99. São Paulo: Atlas, 2000.

ALTAVILA, Jayme de. **Origem do Direito dos Povos**. 5ª ed. São Paulo: Íone, 1989.

RIBEIRO, Antonio Silva Magalhães. **Corrupção e Controle na Administração Pública Brasileira**, São Paulo: Atlas, 2004.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. 3<sup>o</sup> ed., ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26<sup>o</sup>. Ed., ver, atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MALAXECHEVERRIA, Angel González. **Os Objetivos da Informação Financeira Proveniente do Governo Nacional**. Congresso Internacional de Auditoria Integrada, 2., 1995, Buenos Aires.

Tribunal de Contas da União. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br>

Controladoria-Geral da União. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br>

## NOTAS

<sup>1</sup> Os contratualistas não foram uníssonos em suas explicações com relação ao motivo pelo qual foi formada a instituição denominada sociedade. Contudo, existe entre eles um ponto comum: todos os seus adeptos negam o fundamento do impulso associativo natural e argumentam ser a vontade humana a única justificativa para a existência da sociedade.

<sup>2</sup> Malaxecheverria, Angel Gonzáles. **Os Objetivos da Informação Financeira Proveniente do Governo Nacional**. Congresso Internacional de Auditoria Integrada, 1995, Buenos Aires.

<sup>3</sup> Segundo Celso Ribeiro Bastos, “De rigor, os aspectos técnicos são todos levantados pelo Tribunal de Contas, fornecendo seu pareceres ao Congresso Nacional, que os acatará ou não, tendo, todavia, na atual Constituição, poder execucional superior àquele que detinha na ordem anterior, em determinadas hipóteses.” BASTOS, Celso Ribeiro . *Comentários à Constituição do Brasil*, Volume 4, tomo II: arts. 70 a 91/Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. 3. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2002. p.4.

<sup>4</sup> Jorge Ulisses Jacoby conceitua Tomada de Contas Especial como “um processo excepcional de natureza administrativa que visa apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou por dano causado ao erário.” Jacoby Fernandes, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública**. 3<sup>a</sup> ed., ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 678.

<sup>5</sup> <http://www.tcu.gov.br>. No site do TCU, as possibilidades de julgamento dos processos de contas são definidas da seguinte forma: A **regularidade** “ocorre quando a prestação de contas expressa, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. As **ressalvas**, por sua vez, decorrem da existência de impropriedades ou falhas de natureza formal de que não resultem danos ao erário. Já a **irregularidade** das contas advém da omissão no dever de prestá-las; da prática de atos de gestão ilegal ilegítimo, antieconômico ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos e de reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. Por fim, as contas serão consideradas **ilíquidáveis** quando caso fortuito ou força maior tornar materialmente impossível o julgamento de mérito.”

<sup>6</sup> Instrução Normativa aprovada pelo Acórdão TCU nº 1681/2004 – plenário, Processo TCU TC nº 013.493/2004, por meio do qual foi apreciado o anteprojeto de Instrução Normativa destinado a redefinir e detalhar o modelo de controle de contas

- <sup>7</sup> Decisão Normativa TCU nº 71, de 07/12/2005: “Define, para 2006, as unidades jurisdicionadas cujos responsáveis devem apresentar contas relativas ao exercício de 2005, especificando as organizadas de forma consolidada e agregada; os critérios de risco, materialidade e relevância para organização dos processos de forma simplificada; o escalonamento dos prazos de apresentação; o detalhamento do conteúdo das peças que compõem os processos de contas; e critérios de aplicabilidade e orientações para a remessa de contas por meio informatizado; na forma estabelecida pelos artigos 4º, 7º, 8º, 14, 15 e 19 da Instrução Normativa TCU 47, de 27 de outubro de 2004.”
- <sup>8</sup> Item 46 do Voto do Ministro Lincoln Magalhães da Rocha que deu origem ao Acórdão TCU nº 1681/2004 – Plenário de 27/10/2004, que aprovou a DN TCU nº 62/2004.
- <sup>9</sup> Item 4 do Voto do Ministro Valmir Campelo que deu origem ao Acórdão 2159/2005 – Plenário de 07/12/2005, que aprovou a DN TCU nº 71/2005.
- <sup>10</sup> Art. 8º da Instrução Normativa TCU nº 12, de 24/04/1996: “As tomadas e prestações de contas somente serão consideradas entregues oficialmente ao Tribunal se contiverem todas as peças exigidas nesta Instrução Normativa **devidamente formalizadas**, podendo o setor competente, descumprida essa condição, recusar o registro de protocolo e devolver o processo à origem, permanecendo o órgão ou entidade em situação de inadimplência do dever de prestar contas.”
- <sup>11</sup> Art. 4, da Instrução Normativa TCU nº 13/1996: “art. 4º Integram o processo de tomada de contas especial,...
- V- Certificado de auditoria emitido pelo órgão de Controle Interno competente, acompanhado do respectivo Relatório que trará manifestação expressa acerca dos seguintes quesitos: a) adequada apuração dos fatos, indicando inclusive as normas ou regulamentos eventualmente infringidos; b) correta identificação de responsável; c) precisa quantificação do débito e das parcelas eventualmente recolhidas;”
- <sup>12</sup> Art. 11, *caput* e § 1º da Instrução Normativa TCU nº 47/2004: “os processos de contas somente serão considerados entregues ao Tribunal se contiverem todas as peças e conteúdos exigidos nesta instrução normativa, formalizados de acordo com o estabelecido no Título III desta Instrução Normativa. §1º Nos casos de inadimplemento das condições previstas no *caput* deste artigo, o processo será devolvido ao órgão de controle interno competente, para comunicação dos responsáveis, e adoção das medidas necessárias, ..., permanecendo os respectivos responsáveis em situação de inadimplência no dever de prestar contas.”
- <sup>13</sup> Formalizar, neste caso, deve ser interpretado no sentido de “Executar conforme as regras ou cláusulas”.
- <sup>14</sup> Item III.2.1 do Relatório do Ministro Valmir Campelo, Acórdão TCU nº 2159/2005, de 07/12/2005.
- <sup>15</sup> Sobre o Sistema de Controle Interno, José Afonso da Silva afirmou que “Trata-se de controle de natureza administrativa, exercido sobre funcionários encarregados de executar os programas orçamentários e da aplicação de dinheiro público, por seus superiores hierárquicos (...), dentro das estruturas administrativas de qualquer dos Poderes, de sorte que não mais um controle só do Poder Executivo, como diziam as Constituições passadas, e é lógico, porque, se a Constituição alarga a autonomia administrativa dos outros Poderes, é coerente que também exija, de cada um deles, o exercício do controle interno, que tem como uma de suas finalidades apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.” SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª. Ed., ver, atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 751.
- <sup>16</sup> Art. 1º, *caput*, e parágrafo Único do Decreto nº 5.683, de 24/01/2006, publicado no DOU de 25/01/2006: “Art. 1º A Controladoria-Geral da União, órgão central do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal e integrante da estrutura da Presidência da República, dirigida pelo Ministro de Estado do Controle e da Transparência, tem como competência assistir direta e imediatamente o Presidente da República no desempenho de suas atribuições, quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal. Parágrafo único. Compete ainda à Controladoria-Geral da União exercer a supervisão técnica dos órgãos que compõem o Sistema de Controle Interno, o Sistema de Correição e das unidades de ouvidoria do Poder Executivo Federal, prestando, como órgão central, a orientação normativa que julgar necessária.”



- <sup>17</sup> Processo TCU nº 015.275/2004-1, que trata da prestação de contas do Consolidada do Fundo Constitucional do DF, relativa ao exercício de 2003, Acórdão TCU nº 1.224/2005 – 2ª Câmara – Relação nº 223/2005 – Ata nº 28/2005.
- <sup>18</sup> Processo TCU TC 015.275/2004-1, fl. 1244
- <sup>19</sup> Acórdão 2.251/2005 – Plenário, TC 015.390/2005-1, solicitação do Congresso Nacional, Sessão de 13/12/2005, DOU 03/01/2006.
- <sup>20</sup> Sobre a obrigatoriedade do controle interno nos três poderes da União, Jorge Ulisses Jacoby acrescenta que “Não é suficiente, porém, estatuir. Indispensável estruturar os órgãos de modo a que possam cumprir adequadamente as funções que lhes são reservadas, Aliás, não faria sentido que o constituinte houvesse se preocupado em definir amplo leque de atribuições e responsabilidade se, no cotidiano da Administração Pública, não fosse o mesmo dotado de recursos necessários e suficientes à atuação requerida para o cumprimento do elevado mister.” Jacoby Fernandes. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 90.
- <sup>21</sup> Jacoby declara que “Exercendo a função de controle, o órgão de controle interno já estará naturalmente auxiliando os Tribunais de Contas” Jacoby Fernandes, **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.95.



OSVALDO NUNES ALVES

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. O QUE É TERCEIRIZAÇÃO. 3. A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 4. TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO. 5. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A terceirização de serviços na Administração Pública tem crescido assustadoramente nos últimos anos. Seu crescimento deve-se em parte à necessidade de redução dos quadros de pessoal do Estado. Em função disto, a terceirização utilizada pelo governo apresenta uma característica peculiar que a distingue da terceirização privada.

Ocorre que o arcabouço legislativo não abarca todas as formas de terceirização. O Poder Executivo dispõe do Decreto nº 2.271/97 que menciona as atividades que podem ser terceirizadas. Os demais poderes continuam sem regulamentação, recorrendo, quando necessário, aos Termos de Ajuste de Conduta.

Tema controverso, a terceirização tem sido cada vez mais, discutida não só por aqueles que fazem parte da administração pública, mas também por estudiosos e interessados nas relações trabalhistas entre a administração pública que contrata e a empresa contratada para fornecer a mão-de-obra terceirizada. Alguns críticos da terceirização vêem-na com um instituto que possibilita a burla, pelo contratante, da obrigatoriedade da realização de concurso público.

Atualmente vive-se sob o paradigma da globalização que, de uma forma ampla, pode-se definir como um processo de interligação e interdependência nos campos políticos e econômicos, principalmente. Tal acontecimento tem mudado drasticamente os padrões da sociedade contemporânea, provocando transformações na economia mundial através de uma crescente ocorrência nas terceirizações.

A terceirização juntamente com a terciarização são fatos de extrema importância para o bom funcionamento da economia mundial globalizada. A terciarização, aumento da participação do setor terciário no sistema produtivo, acarreta um acréscimo nos casos de subcontratação; ou seja, a transferência de atividades impróprias para terceiros é cada vez mais evidente por causa da crescente necessidade de prestadores de serviços.

Há um grande questionamento do momento da origem de tal costume. Alguns afirmam que a externalização de atividades começou a ser praticada durante a Segunda Guerra Mundial, quando a excessiva procura por materiais bélicos desencadeou uma concentração na produção e que, para isso, foi delegado a outrem serviços secundários. Outros afirmam que seu início coincidiu com o surgimento do primeiro desempregado, que provavelmente necessitou vender sua força de trabalho a fim de manter um meio de sustento.

Karl Marx, durante a sua defesa e sistematização do socialismo, já apontava e criticava este comportamento capitalista através do conceito de **mais-valia**, onde a obtenção dos lucros partia da exploração da mão-de-obra e era gradualmente reforçada

pela detenção dos meios de produção, que agiam como instrumento de manipulação e controle de trabalhadores.

No Brasil também há uma espécie de dúvida quanto ao início exato da terceirização. A primeira noção desta conduta veio com a abertura do mercado interno às multinacionais na década de 1950 que, influenciadas pelas recentes tendências industriais (taylorismo e toyotismo), focalizavam os objetivos e princípios da empresa e convergiam todos os esforços para o êxito do negócio. Contudo, percebe-se que a crise de 1929 ocasionou no Brasil um processo bastante semelhante: cafeicultores que viram como única saída para o problema o investimento do restante de seu capital em indústrias empregaram terceiros para execução de tarefas secundárias no intuito de poupar a verba destinada a mão-de-obra.

O Projeto de Lei nº 1347, do Deputado João Alves, que posteriormente converteu-se na Lei nº 6019/74, apresentava como justificativa o fato do conjunto de trabalhadores temporários ser representado por indivíduos que não dispõem de tempo integral para um emprego regular; que encontram dificuldade em encontrar um emprego fixo por causa da idade, principalmente; que ainda não decidiram sua profissão definitiva e desempenham várias atividades a procura do emprego ideal e permanente; e, implicitamente, por pessoas que desejam aumentar seus rendimentos.

A terceirização é, portanto, uma iniciativa presente no mundo globalizado e industrializado, reforçando a idéia que o setor terciário encontra-se no seu momento mais próspero; e, o contágio gradativo desta atitude do setor privado para a Administração Pública fundamenta este novo pensamento.

## 1. O QUE É TERCEIRIZAÇÃO

A Terceirização ocorre quando uma empresa contrata outra para executar parte ou um todo da sua atividade. É uma descentralização de serviços, mediante contrato, em que a empresa contratada oferece a mão-de-obra objeto do contrato pactuado entre as partes. Segundo alguns autores, a Terceirização surgiu no Brasil na década de 50, por iniciativa de empresas privadas que, buscando reduzir custos de seus produtos e aumentar a competitividade com as empresas estrangeiras, contratavam serviços ou produtos de outra empresa que se especializava exclusivamente nesta ou naquela atividade com o fito de melhor servir aos seus contratantes.

Na concepção de Sergio Pinto Martins a terceirização é uma possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. A contratação pode envolver tanto a produção de bens como serviços, visando não só a redução de custos bem como também maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa.

No serviço público a terceirização é uma forma de contratação de empresa prestadora de serviço, fornecedora de bens, serviços ou mão-de-obra para o desempenho de atividades que originalmente eram desenvolvidas pela empresa terceirizante<sup>1</sup>. É um instrumento utilizado pela administração pública para reduzir ou suprimir a participação do Estado em atividades não-essenciais, buscando diminuição dos gastos públicos, aumento da qualidade e maior eficiência da máquina administrativa.

A terceirização é, pois, a descentralização de serviços da atividade-meio da administração pública para uma empresa privada que os executará como sua atividade-fim.

Alguns críticos da terceirização vêem-na com um instituto que possibilita a burla pelo contratante, da obrigatoriedade da realização de concurso público. De fato: se o órgão terceirizante alocar o pessoal contratado em atividade-fim, estará desviada a finalidade da contratação e, por consequência, incursa em irregularidade. Há, entretanto, estudiosos que defendem a terceirização da atividade-fim. É o caso de Sérgio Pinto Martins que diz “não se poder afirmar, entretanto, que a terceirização deva restringir-se a atividade-meio”. A questão passa pela definição do que é atividade-fim e atividade-meio dentro do órgão terceirizante. Por vezes, a identificação parece difícil ou confusa levando o gestor, ainda que bem intencionado, a um iminente risco de erro.

## 2. A TERCEIRIZAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Novas formas de gestão política e econômica manifestaram-se durante as últimas décadas, destacando-se o neoliberalismo, que propunha a retomada dos princípios liberalistas adaptados às medidas econômicas modernas. Assim, até o início do século XX, houve um Estado centralizador, abrangente e partidário; entretanto, após a crise do capital da década de 1970, surgiram questionamentos quanto ao papel do Estado nas relações econômicas, prevalecendo, ao final, a idéia de Estado Mínimo. Deste modo, surgiram duas vertentes principais: a limitação da participação do Estado nas atividades econômicas e a terceirização das atividades não-produtivas, mesmo que públicas.

Portanto, a possibilidade de transferir atividades secundárias a outras pessoas mais competentes pareceu bem mais lucrativa ao Estado, que poderia reduzir o déficit estatal através da diminuição de custos. Todavia, houve uma necessidade de organizar normas jurídicas reguladoras para evitar casos de corrupção; afinal, a possível terceirização de mão-de-obra favoreceria o nepotismo e as nomeações públicas, contrariando a legislação trabalhista.

Baseado no inciso XX do art. 37 da Constituição, que afirma que: “[...] Pela vigente ordem constitucional, em regra, o acesso aos empregos públicos opera-se mediante concurso público, que pode não ser de igual conteúdo, mas há de ser público. As autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista estão sujeitas à regra, que envolve a administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...]”; conclui-se que o concurso público é exigido em todas as fundações e empresas ligadas ao governo. Com isso, surgem diversas indagações quanto à licitude da terceirização, que só foi estabelecida no Decreto-Lei 200/67 art. 10, §7º, de 25/02/1967, nas dadas condições:

### “Capítulo III – da descentralização”

Art.10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

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

Ao propor a descentralização, a norma tinha a intenção de evitar que a máquina se agigantasse descontroladamente e que, desincumbida das atividades acessórias, desenvolvesse suas atividades-fim com eficiência, eficácia e economicidade.

Assim, finalmente, tornou-se incontestável a possível substituição do Estado pela entidade privada em atividades acessórias. Posteriormente, a Lei nº 5.645/70 veio especificar, minuciosamente, as funções que poderiam ser exercidas por terceirizados na Administração Pública.

Com a regulamentação desse processo, vieram as obrigações dos órgãos públicos, que vão desde a escolha da empresa prestadora de serviço à fiscalização destas quanto ao cumprimento da lei trabalhista.

Inicialmente, para a escolha da empresa e obtenção de menor custo, abre-se licitação a fim de estudar detalhadamente cada possibilidade. Nesta etapa, verifica-se se os funcionários que irão exercer os ofícios delimitados têm todos os direitos trabalhistas respeitados. Para isso, o órgão pode organizar uma comissão para inspecionar documentos e dados da empresa na tentativa de assegurar a legitimidade das informações. Desse modo, caminha-se para o fechamento de contrato segundo a concessão, permissão ou autorização.

De acordo com o inciso II, do art. 2º da Lei nº 8.987/95, concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente segundo licitação, na modalidade de concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; ou seja, concessão é um acordo administrativo onde o Estado passa a outrem a realização de obra pública de modo que este feito seja de total responsabilidade da empresa escolhida. Normalmente, o capital destinado ao pagamento deste serviço está diretamente relacionado com os possíveis lucros provenientes desta obra.

Permissão, por outro lado, é um pacto administrativo parcial, arbitrário e gratuito, por tratar-se de um serviço que exigiria um enorme gasto público.

E, finalmente, autorização partiria do mesmo princípio da permissão, com o diferencial da delegação do serviço ao particular de exploração.

O desrespeito de qualquer uma dessas normas implica, para o órgão público, em anulação do contrato, punição da autoridade responsável e multa. Já a empresa privada é punida com o fim do contrato e com a retenção de 11% de seu faturamento. Este preceito é válido também para os órgãos que passam a ver a terceirização como um substituinte dos concursos públicos, sendo fundamental lembrar que os concursos públicos continuam sendo exigidos em caso de contratação de mão-de-obra destinada a atividade-fim.

Aos órgãos que descumpriram a finalidade da terceirização, descentralizando serviços característicos de suas atividades próprias do quadro, o Tribunal de Contas da União determinou a substituição dos servidores terceirizados por outros aprovados em concurso público.

O motivo por tamanha incidência de irregularidades quanto aos terceirizados se deve pelo fato que a dependência das parcerias se tornou tão intensa que o cumprimento exato e total da lei poderia provocar uma interrupção no funcionamento do Estado. Assim sendo, a única solução encontrada foi a negociação que resultou em uma meta anual de trocas por funcionários concursados.

Torna-se necessário, por fim, expor a origem de tais atitudes. Segundo o Decreto nº 2.271/97, aplicável à administração direta, autárquica e fundacional, a terceirização é legítima desde que não implique a execução de atividades inerentes aos quadros próprios dessas entidades.

### 3. TERCEIRIZAÇÃO E O DIREITO DO TRABALHO

Antes de qualquer coisa, é de fundamental importância recordar que esta conduta surgiu, essencialmente, para corroborar o progresso aliado a manutenção das conquistas sociais; em razão disso, a Justiça do Trabalho, em busca da garantia do cumprimento pleno dos direitos trabalhistas, revisou a jurisprudência ora consolidada a fim de produzir o enunciado 331 que revela os seguintes termos:

“Enunciado nº331:

Contrato de Prestação de Serviços – Legalidade – TST - Revisão do Enunciado nº256  
I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo nos casos de trabalho temporário (Lei nº6019, de 03/ 01/ 1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, através de empresas interpostas não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundamental (art.37, II, da Constituição da República).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei 7102 de 20/ 06/ 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividade meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador do serviço quanto às aquelas obrigações, desde que tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.” (Res. nº23, de 17/ 12/ 1993 – DJU de 21/ 12/ 1993).

Desse modo, passaram a admitir as freqüentes relações terceirizadas aliadas às regras trabalhistas, visando um suposto princípio de igualdade e eliminação da diferença entre trabalho intelectual, mecânico e manual. Maurício Godinho Delgado analisa esta medida da seguinte forma: **“Para o Direito do Trabalho, a terceirização é o fenômeno pela qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justrablistas, que se preservam fixados com uma atividade interveniente”**.

É igualmente importante salientar que a terceirização não pode ferir preceitos da Declaração Universal dos Direitos do Homem nem Constituição, que asseguram a dignidade da pessoa humana. O autor anteriormente citado ressalta dois aspectos sob os quais esta dignidade deve ser tratada: “Enquanto ser social, a pessoa humana tem assegurada por este princípio iluminador e normativo não apenas a intangibilidade de valores individuais básicos, como também um mínimo de possibilidade de afirmação no plano comunitário circundante.”; isto é, o empregado deve ser considerado sob aspecto social e econômico, uma vez inserido em ambos os ramos.

Uma prática ilícita frequentemente realizada é a imposição direta de demissão para admissão na nova empresa, quando há troca de prestadoras. O prejuízo deriva da perda de aviso prévio e outras perdas indiretas. Apesar disso, este comportamento é continuamente repetido por causa da necessidade de se manter o emprego.

Para finalizar, é de extrema importância mencionar que todo este processo ocorre perante fiscalização; onde os fiscais trabalhistas verificam as condições de trabalho baseados na Instrução Normativa nº7/90. Encontra-se lá todos os requisitos necessários para uma contratação legal e com o aval do Ministério Público do Trabalho.

#### 4. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TERCEIRIZAÇÃO

Se há algum preceito incontestável conhecido pelo ser humano é, certamente, que toda decisão, por mais correta e sensata que possa parecer, ocasiona uma perda; ou seja, para todo bônus há um ônus. Entretanto, as decisões tornam-se bem mais complexas quando envolve verba pública; afinal, os efeitos oriundos dessa opção afetarão uma grande quantidade de contribuintes. Por este motivo, quando se trata de terceirização associada ao serviço público, as vantagens e desvantagens resultantes devem ser ponderadas exaustivamente.

A primeira vantagem vista pode parecer um pouco bem óbvia; contudo, questões muito evidentes podem ocultar as mais diversas interpretações; exigindo explanações detalhadas. Assim, afirmam que a terceirização soluciona parte do problema da falta de pessoal provocada pelo contingenciamento de verbas do governo federal. Certamente, haverá aquele que argumentará que o servidor concursado e respaldado pela lei poderia prontamente preencher a vaga. No entanto, a burocracia envolvida em todo processo de negociação (dificuldade em conseguir autorização do Ministério do Planejamento e certas dúvidas jurídicas relacionadas ao regimento de contratação) destes novos funcionários causa um excessivo atraso no desempenho dos organismos públicos; isto é, a falta de servidores terceirizados poderia causar uma parada na realização do ofício público.

Por outro lado, uma profunda reflexão levaria qualquer expectador atento a concluir que o Estado tornar-se-ia dependente dos serviços privados e a condição de subordinado não é confortável para o governo, que estaria sujeito há contestação sem possibilidade de réplica.

328

Além disso, fundamentando-se na mesma premissa, nota-se um ponto controverso que necessita esclarecimento. Funcionários terceirizados não podem substituir os concursados em atividades especializadas e, caso seja feito, é considerado pelo TCU como um suposto “drible” na legislação; visto que esta garante que os servidores públicos devem ser admitidos por concursos públicos, salvo ocupações mencionadas na Lei nº 5.645, de 1970.

Destarte, geralmente, o proveito revela-se muito mais glorioso quando atinge um vasto número de indivíduos. Assim sendo, estatísticas apontam que a subcontratação é uma das principais responsáveis pelo emprego formal do País, gerando mais de 1,5 milhão de empregos diretos e com cerca de 25% de seu faturamento retido na fonte; o que permite a todos concluir que ainda há uma ampla possibilidade de crescimento e aumento na criação de mais empregos. Esta informação relaciona-se perfeitamente com a realidade, onde a força de trabalho assalariada raramente está amparada por um simples contrato por conta dos altos custos dos encargos trabalhistas. Por isso, deduziram que é muito mais prudente transmitir tal responsabilidade às sublocadoras.

Ademais, este episódio contribui diretamente para a redução no preço final do produto; afinal de contas, a empresa não terá mais despesas trabalhistas, o que diminui o custo da produção.

Não obstante, este fato prejudica diretamente uma das maiores conquistas da sociedade: a democracia. A transferência das responsabilidades trabalhistas para uma empresa particular de certa forma restringe as reivindicações laboristas e o resultado é uma classe operária insatisfeita e inconformada; afinal, caso eles tentassem, eventualmente,



requerer alguma melhoria, seriam, tranqüilamente, substituídos por outros que facilmente contentar-se-iam com a suposta oportunidade.

Um benefício análogo ao anterior é o aumento da quantidade de micro, pequenas e médias empresas, motivado pela renovação e intensificação das atividades do setor terciário. Todavia, falhas e fracassos são riscos constantes e fazem parte de qualquer incumbência. No âmbito da parceria, essa realidade dificulta as negociações de todas as empresas prestadoras de serviço; ou seja, o desastre de alguns gera um prejuízo na imagem de todos, depreciando a imagem geral do setor.

Conquanto um desmedido desconto na produção seja bem lucrativo para o empresário e favorável para o consumidor, as condições as quais ele é obtido devem ser examinadas cautelosamente. Profissionais gananciosos não avaliam os efeitos de suas resoluções no momento em que optam por companhias terceirizadas mais baratas e inferiores. Tais contratações irresponsáveis afetam a qualidade do serviço e, indiretamente, a qualidade do produto final; desconsiderando o prejuízo dos operários, sofreadores com a inadimplência constantemente presente em empresas fraudulentas. A Federação Nacional das Empresas Prestadoras de Serviço de Limpeza e Conservação (FEBRAC) afirma que a negligência na fiscalização das companhias citadas é injustificável e que parte da culpa é dos contratantes satisfeitos com a escassez de dados referentes às sublocadoras. Esta última informação é totalmente previsível, visto que é de conhecimento geral que raramente a culpa pertence a apenas uma das partes envolvidas na negociação e que tudo iniciou por causa da ambição excessiva do contratador. Maquiavel já profetizava esta dedução em sua mais próspera obra por intermédio do seguinte pensamento: **“A primeira conjectura que se faz da inteligência de um senhor baseia-se no exame dos homens que ele tem à sua volta. Quando são capazes e leais, pode-se considerar sábio, pois soube reconhecê-los capazes e mantê-los leais. Mas quando são de outro modo, pode-se sempre fazer um mau juízo dele, pois o primeiro erro, ele o fez nesta escolha”**.

No campo social, pode-se asseverar que a terceirização age como objeto de exclusão social e discriminação; uma vez que a contratação e remuneração diferenciada para funções e cargos equivalentes desenvolvem comparações inevitáveis entre temporários e efetivos, gerando supostos status dentro da empresa. Observe a desigualdade no tratamento e o preconceito manifestado no seguinte relato: **“Os terceirizados sempre receberam menor remuneração, e têm condições de trabalho muito inferiores às dos empregados da Petrobrás. Os banheiros e vestiários colocados à disposição deles são de baixa higiene e qualidade. O transporte é feito em condições mínimas de atendimento. Apenas no último ano, a Reduc disponibilizou as instalações do seu restaurante para os empregados terceirizados. Isto só foi possível devido à redução do efetivo próprio”**. Com o testemunho dado, a intolerância oficializada e a falta de igualdade de possibilidades são perfeitamente ilustradas, eliminando todo e qualquer resquício de dúvida ou descrença.

Outro efeito social prático é a alienação. Segundo a doutrina do filósofo alemão Hegel, a alienação causa ao indivíduo uma percepção do mundo indiferente à consciência e sua composição é feita por coisas independentes umas das outras. Este processo sucede com alguns dos funcionários temporários, que não mais conseguem perceber o todo, apenas partes soltas e sem algum significado ou importância. Ou até mesmo, segundo o marxismo, seria uma situação presente no sistema capitalista, onde o trabalho é feito de modo separado do interesse e do conhecimento do operário; assim, ao final da produção, o trabalhador não tem consciência nem condições de acesso àquilo que produziu. Muitos empregados sublocados não sabem o que a empresa onde trabalham produz.

Um ponto positivo igualmente merecedor de destaque é o aumento da eficiência empresarial com maior versatilidade e agilidade nas deliberações administrativas, proporcionando uma maior dedicação à atividade fim. Ao concentrar sua atenção nos possíveis resultados desta disposição, verá que a mais importante e evidente é a melhoria da qualidade dos produtos, agora que há mais cuidado e atenção centrados neste propósito.

No entanto, o *outsourcing* lida com um aspecto bem íntimo e delicado da sociedade moderna: a violação de sigilos bancário e fiscal. Já houve casos de terceirizados nesse campo que, desonestamente, revelaram senhas e dados secretos a pessoas desautorizadas. Casos assim induzem a população a refletir se este setor deveria aceitar temporários, já que não há nenhuma garantia da índole de cada empregado; como trata o Decreto-lei nº1.034, de 21 de outubro de 1969. Esta polêmica leva a uma desconfiança doentia e real; pois, quem irá querer se expor a tal risco?

Outro setor que constantemente sofre por causa de preocupações e danos freqüentes é o setor tributário. Como todos, os trabalhadores também lutam por aquilo que acreditam ser mais lucrativo e proveitoso a eles; por isso, alguns terceirizados constantemente sonham impostos ao declararem serem do quadro fixo de funcionários. O motivo por tal conduta é simples e compreensível: servidores contratados possuem certos benefícios que não são concedidos aos temporários, como a dispensa fiscal do ISS (Decreto-lei nº406/ 68, arts. 8º a 12). Assim, por mais ilícito que seja, eles afirmam ser contratado para receber algum desconto tributário.

Para finalizar, a maior polêmica relacionada a este assunto encontra-se adiante: o baixo custo destes serviços. Uma corrente de economistas afirma que a terceirização custa um valor inferior à contratação efetiva de pessoal. Todavia, ponderando cada gasto, percebe-se que a diferença é desprezível; pois, o que era destinado ao pagamento dos trabalhadores contratados será entregue quase que inteiramente à prestadora de serviço e a cursos de especializações e treinamento geral. Certamente alguém afirmará que este último tópico é obrigação da sublocadora e haverá uma réplica assegurando que isso não é totalmente verdade: caso o treinamento seja transferido à empresa, esta possui o direito de cobrar mais caro. Não se pode, contudo, desprezar o prejuízo social causado pela terceirização, como o fomento à baixa estima incrementado por baixos salários e instabilidade trabalhista.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo de muito tempo e ponderação necessários à aceitação, conclui-se que, a despeito de tantos prós e contras, a terceirização vem garantindo seu espaço na política moderna e na economia neoliberal. Entretanto, para que tal conduta permaneça da maneira mais justa, é preciso que os empregados, elo mais frágil desta corrente, tenham cada um dos seus direitos respeitados em sua totalidade; afinal, qual é a utilidade de todas essas mudanças políticas senão garantir o benefício coletivo? Por este exato motivo que o conjunto de possíveis repercussões sociais deve ser estudado e analisado calmamente.

Baseado neste intenso desejo, o governo tem tentado combinar a melhor opção para o estado e para o povo através de medidas de ação afirmativa, como: extensão do prazo para substituição de terceirizados por efetivos; permissão para execução de concurso público com contratação temporária válida por um ano e troca parcial por efetivos.

Até então, tais providências tem conseguido um resultado satisfatório à medida que as substituições vão ocorrendo. Sabe-se que, antes de todo escândalo causado pela crise política e denúncias de corrupção, a União planejava um amplo e detalhado cronograma de concursos a fim de continuar a reduzir o número de terceirizados que, segundo o TCU, aumentou no governo Lula em 28% no setor público.

Mas há ainda muito trabalho adiante; afinal, mesmo que se alcance a quantidade ideal de concursados e contratados, dispondo assim de um suposto equilíbrio, necessitaria esforço para manter esta condição. Leia a seguinte passagem para um melhor entendimento do que foi dito: **“Aqueles que somente pela sorte tornam-se, de cidadãos comuns, príncipes, com pouco trabalho conquistam, mas com muito conseguem manter. Não têm dificuldade pelo caminho, pois voam, mas todas as dificuldades surgem quando atingem a meta”**.

Por fim, acredita-se que esta seja a melhor opção para desenvolver, nem que apenas pouco, a economia nacional baseado em exemplos externos e fatos anteriores. É necessário dar um pouco de crédito àqueles que são responsáveis por esta escolha. Estimule-se a crer que tal decisão não foi tomada ao acaso e que já houve algum êxito por tal sugestão, como se encontra no célebre clássico O Príncipe: **“Porque os homens, quase sempre, caminham por estradas batidas por outros e agem por imitação. Mesmo sem conseguir repetir completamente as mesmas experiências, nem acrescer às virtudes de quem imita, deve um homem prudente utilizar os caminhos já traçados pelos grandes. Sendo excelentíssimo imitador, se não alcançar o sucesso, que, ao menos, aprenda alguma coisa. Como o arqueiro prudente que vendo que seu objetivo está longe demais e conhecendo o próprio arco, mira bem mais alto do que o alvo”**.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS, Sergio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho** . 6. ed. rev. e amp. São Paulo : Atlas, 2003.

GIOSA, Lívio Antonio. **Terceirização: uma abordagem estratégica** . 5. ed. rev. e ampl. São Paulo : Pioneira Thomson Learning, 2003.

KARDEC, Alan. **Gestão estratégica e terceirização** . Rio de Janeiro : Qualitymark, 2002.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

JACOBY, Jorge Ulisses. **A terceirização no Serviço Público**.

ZYMLER, Benjamin. **Contratação indireta de mão-de-obra versus terceirização**.

J. COIMBRA, Pedro e M. Tibúcio, José Arnaldo. **Geografia: Uma Análise do Espaço Geográfico** – 2ª edição. São Paulo. Ed. Harbra Ltda. 2003.

TAMDJIAN, James Onnig & Mendes, Ivan Lazzari Mendes. **Geografia geral e do Brasil: estudos para a compreensão do espaço**. São Paulo. FTD. 2004.

Associação dos Engenheiros da Petrobrás. Boletim nº225, de 27/ 08/ 2001 .

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe** – 9ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Paz e Terra. 1996.

## NOTA

- <sup>1</sup> Zymler, Benjamin. Contratação Indireta de Mão-de-Obra Versus Terceirização; Revista do Tribunal de Contas da União nº 75, jan/mar 1998.

VILMAR AGAPITO TEIXEIRA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE E NO ESTADO; 2. CONCEITOS E TIPOLOGIAS DA CORRUPÇÃO; 3. O CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO BRASIL; 4. A ATUAÇÃO DO TCU NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Estudar o fenômeno da corrupção é um grande desafio, dado o caráter interdisciplinar pelo qual é visto, a ausência de consenso sobre o que é legal ou não, suas causas e as formas de combatê-la (ROSENN e DOWNES, 2000, p. 8). Corrupção é o assunto do dia nas organizações internacionais de desenvolvimento e no discurso político em vários países. O tema encontra-se consolidado na agenda das preocupações brasileiras e, apesar de jamais sair de pauta, existem evidências de que o problema não é enfrentado de maneira firme e resolutiva (PEREIRA, 2005, p. 3).

Por se tratar de fenômeno complexo e com causas políticas, sociais e culturais, a corrupção não é fácil de se combater, principalmente quando não se tem armas adequadas ou quando não se tem uma boa estratégia. A atuação das instituições nacionais de controle é decisiva na boa governança, em termos do uso regular das finanças públicas e do desempenho do Estado como propulsor do desenvolvimento econômico e social. Atualmente, essas instituições vêm sendo provocadas, interna e externamente, a contribuir de forma mais intensa e decisiva no combate à corrupção.

Nesse sentido, este trabalho pretende desenvolver uma análise crítica do fenômeno da corrupção na Administração Pública, avaliando estruturas e tendências de controle no Brasil e, em destaque, a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU). Ao analisar o papel do TCU, dentre as instituições de controle da corrupção, procura-se identificar limitações legais e institucionais, tendo em vista os instrumentos disponíveis para essa missão e a efetividade de sua ação. Dessa forma, o trabalho discorre sobre as perspectivas de prevenção e repressão à corrupção pública pelo TCU, destacando desafios a transpor e oportunidades que poderão fortalecer o reconhecimento pela sociedade da sua importância nesse contexto.

O presente estudo está dividido em quatro partes, sendo a primeira dedicada a uma revisão histórica sobre o fenômeno da corrupção na sociedade e no Estado, suas causas e implicações, bem como os movimentos transnacionais de controle. A segunda, sintetiza conceitos e tipologias que a corrupção assume, em especial no direito brasileiro. Na terceira parte descreve-se a configuração dos sistemas de controle público no Brasil, com vistas a identificar fronteiras institucionais e formas de atuação complementar e integrada. A última parte, antes das considerações finais, se dedica ao exame do papel do TCU e seus mecanismos de combate à corrupção, objetivando contribuir para um debate profícuo sobre a modernização do controle estatal.

## 1. O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO NA SOCIEDADE E NO ESTADO<sup>1</sup>

A corrupção possui uma dimensão legal, histórica e cultural a ser considerada em qualquer análise isenta de preconceitos, pois são fartas as evidências de que práticas corruptas sempre estiveram presentes nas mais variadas formações sociais (BEZERRA, 1995, p. 12-13). Para Féder (1997, p. 113), apesar de registros incompletos, a história universal está toda respingada de escândalos proporcionados por governantes, sejam eles reis, imperadores, faraós, césaes, aqui ou acolá<sup>2</sup>.

A corrupção surgiu nos primórdios da organização política e social, havendo referências no Código de Hamurabi, na legislação do Egito antigo e do povo hebreu. Consolidou-se na era clássica do direito grego e romano, segundo Oliveira (1994, p. 6-29), onde havia previsão de penas severas para o peculato (crimes contra o patrimônio), corrupção (dáviva a funcionário público), abuso de autoridade (injustiças) e suborno (de juízes).

Na Idade Média, a corrupção saiu do contexto das cidades-estado para se incrustar no absolutismo, fundado na origem divina do poder do monarca, hereditariedade do trono e proteção aos membros da corte, principalmente parentes e amigos, aos quais eram concedidos feudos, títulos de nobreza e propriedade sobre as terras do reino, entre outros favores do rei.

Com o Estado moderno surge a distinção entre público e privado. A corrupção se instala justamente na instituição criada para solucionar os excessos dos soberanos. A partir daí o vírus sofre mutações, torna-se resistente às vacinas do Estado de Direito e aos seus valores éticos e políticos. Conforme Brüning (2005), a corrupção avilta a soberania popular, o mandato representativo e a responsabilidade dos eleitos.

Notabilizaram-se, a partir daí, casos de fisiologismo, nepotismo, favorecimentos, privilégios e outras condutas incompatíveis com o interesse público. A corrupção adquire importância social e política, com progressivo tratamento na legislação dos países<sup>3</sup>.

Foi em busca de explicação para esses males que os primeiros estudos científicos foram publicados, focando principalmente questões ligadas à economia política e ciências sociais<sup>4</sup>. Para Huntington (1968) *apud* Rosenn e Downes (2000, p. 9), a tese dominante era **“a modernidade gera corrupção ao transformar os valores básicos da sociedade, ao criar novas fontes de riqueza e ao expandir a autoridade e a regulamentação governamentais”**<sup>5</sup>.

Como se não bastasse violar os direitos individuais e o sonho de igualdade pela tirania das majorias, a astúcia dos corruptos minou a proposta de justiça distributiva do Estado Social<sup>6</sup>. Na atualidade, o fenômeno está intimamente ligado ao processo de gestão e à afirmação do Estado Democrático de Direito. No primeiro fator, afeta a eficiência do governo e a legitimidade política do Estado (PEREIRA, 2005). No segundo, é o império do direito a ser vilipendiado<sup>7</sup>.

A dilapidação da riqueza produzida se reflete em mortalidade infantil, analfabetismo e má distribuição de renda, fatores cuja superação é fundamental para que países como o Brasil melhorem seus índices de desenvolvimento humano. Mas são os impactos econômicos da corrupção que mais assustam os governos<sup>8</sup>. A agenda mundial na última década foi ocupada pelo tema. Afinal, a associação da corrupção com o crime organizado e a lavagem de dinheiro, além de gerar desintegração social, distorce o sistema econômico, reduz o respeito às instituições políticas e debilita o processo de democratização dos Estados mais jovens<sup>9</sup>.

Com a globalização da corrupção, houve uma crescente interação entre os países, buscando, por meio da mútua cooperação, promover o combate às práticas corruptas. Foi assim que o Brasil integrou as convenções da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU), as quais visam a adoção de medidas de prevenção e de repressão aos atos de corrupção (BRASIL, 2005d)<sup>10</sup>. Pode-se dizer que o futuro do modelo de democracia capitalista passa a depender de uma cruzada contra a corrupção.

Ao ratificarem essas convenções, os Estados comprometem-se a adotar uma série de medidas que viabilizem sua aplicação no âmbito interno, incluindo adequar e modernizar a legislação pátria para criminalizar atos de corrupção e possibilitar a aplicação de penalidades eficazes. Outras medidas buscam prover assistência jurídica recíproca em crimes duais e adotar mecanismos preventivos em seus próprios sistemas institucionais, fortalecendo órgãos de controle e estimulando a participação da sociedade civil na prevenção.

Para o Brasil, a não-conformidade durante o processo de aferição dessas convenções, pode trazer conseqüências danosas, à medida que outros países e organizações vejam com desconfiança a disposição para controlar a corrupção, o que, certamente, influenciará nas relações políticas e econômicas no futuro<sup>11</sup>. Entretanto, a adesão às referidas convenções pode ser uma boa oportunidade para o país implementar uma política sistêmica de controle.

Então, o que fazer para controlar a corrupção? Não basta saber as formas que a corrupção assume e atacar suas conseqüências, é preciso combater suas causas, e o primeiro passo é conhecer como a corrupção se instala<sup>12</sup>. Estudos de Silva (1995), Rosenn e Downes (2000) e Pereira (2002) apontam como principais causas o subdesenvolvimento institucional, o clientelismo, o comportamento dos agentes “**caçadores-de-renda**”, a fragilidade do sistema político e eleitoral, o nível de intervenção estatal na economia e a imaturidade das relações entre os poderes Executivo e Legislativo. Cientistas sociais, como Leite (1987) e Bezerra (1995), creditam a corrupção às relações pessoais, como parentesco, amizade e “**patronagem**”.

E na visão da ciência jurídica, que causas são apontadas para a corrupção? Nos poucos trabalhos produzidos sob essa óptica, a análise se concentra nas condições culturais, econômico-sociais, políticas e jurídicas nas quais ela tende a proliferar:

Assim, partindo-se das “causas naturais” (imperfeições da natureza humana), se os padrões culturais e éticos da nação propiciarem a corrupção, aumentarão as chances de sua prática. Se, além disto, existirem sérias injustiças sociais, mais se abrirão as portas à generalização do fenômeno. Se, nesse quadro, forem adicionadas intransparência administrativa, autoritarismo, exclusão social dos negócios públicos, centralização do poder e outras atitudes antidemocráticas, mais corrupção deverá ocorrer. Por último, se nesse processo cumulativo de causas forem incluídas inúmeras distorções no ordenamento jurídico, como penas inadequadas, lentidão nas investigações, congestionamento da Justiça, mecanismos procrastinatórios, ineficácia dos controles formais, impunidade e outras dificuldades à punição dos corruptos, sem dúvida, a corrupção tornar-se-á endêmica e imune aos meios clássicos de controle (BRÜNING, 2005).

Contra essa conjugação de causas é preciso erigir barreiras de contenção, a partir de políticas públicas voltadas a evitar, detectar e punir a corrupção. Essas políticas devem

promover a vitalização do sistema de controle existente, a coordenação de diferentes esforços (área pública, empresas e sociedade civil) e o encaminhamento de reformas institucionais e legais necessárias (EIGEN, 2001, prefácio in SPECK, 2002, p. 3-9). Todavia, há uma grande aposta em iniciativas preventivas e no incentivo ao comportamento íntegro.

## 2. CONCEITOS E TIPOLOGIAS DA CORRUPÇÃO

As várias facetas que a corrupção assume se refletem nos inúmeros conceitos e interpretações sobre seu significado, encontrados na literatura e nas normas jurídicas. Há quatro grupos básicos de definições, dada a ênfase dos autores em determinado aspecto do fenômeno: função pública (ou legalista), mercado, interesse comum e opinião pública (BREI, 1996; HEIDENHEIMER, 1970; GIBBONS, 1990). Em todos os casos, corrupção é um comportamento clandestino que se desvia do dever-ser, previsto em normas jurídicas, éticas ou morais, para satisfazer interesse vil, de natureza pessoal, corporativa, partidária etc. É a submissão deliberada do comunitário ao singular<sup>13</sup>.

O senso comum identifica a corrupção como um fenômeno associado ao exercício do poder, seja dos políticos, dos servidores públicos ou das elites econômicas. Alguns autores dividem a corrupção em privada e pública, embora esta, via de regra, envolva a cooperação entre agente privado e servidor, seja este funcionário da burocracia estatal ou político ocupante de cargo eletivo ou de livre nomeação; daí surgem os tipos de corrupção burocrática e política. O traço econômico da corrupção é a transferência de renda (bens e recursos) entre corruptos e corruptores para a realização de ato ilegal ou para troca de favores<sup>14</sup>.

336

Em alguns países a corrupção é sinônimo de suborno e fraude, associação explicada pela sua gênese mais conhecida<sup>15</sup>. O ato corrupto, normalmente caracterizado pelo suborno, tem o propósito de fraudar normas e procedimentos regulares. Assim, a fraude é o veículo típico da corrupção no sentido restrito e, nesses casos, será sempre ato ilegal envolvendo funcionário público, para seu próprio desfrute ou para facilitar o enriquecimento de outros<sup>16</sup>.

De modo geral, corrupção implica em trocas entre quem detém poder decisório na política e Administração e quem detém poder econômico, para obter vantagens ilícitas, ilegais ou ilegítimas, para indivíduos ou grupos envolvidos (SCHILLING, 1999, p. 15). A obtenção do resultado é viabilizada pelo pagamento de propinas (peita), apropriação de bens e recursos públicos ou por apoio político. Mesmo que a política de troca de bens e recursos públicos por apoio político, como alocação duvidosa de verbas orçamentárias e concessão dirigida de benefícios sociais, não seja ilegal, tornar-se-á ilegítima e injusta, pois distribuição seletiva de direitos constitui abuso de poder, cujo objetivo principal é tirar proveito político-partidário. A rigor, a política de trocas acaba por se tornar causa da corrupção em sentido estrito.

Na linguagem do Direito pátrio (Código Penal) a corrupção aparece em duas acepções diferentes: *perversão* e *suborno*. Na primeira, *corromper* tem sentido de induzir à libertinagem (corrupção de menores do art. 218). Na segunda, a que nos interessa aqui, assume as formas básicas ativa e passiva, condutas de pagar ou prometer algo indevido para conseguir a realização de ato de ofício e de aceitar vantagem indevida para tal (arts. 333 e 317). Para Oliveira (1994, p. 37-82), o bem jurídico atingido é, em última instância, o decoro da Administração, ou seja, a moralidade, probidade e confiança que a sociedade nela deposita, tendo como condição a legalidade de seu exercício e como consequência a sua credibilidade.



Nesse sentido, há de se considerar como crimes de corrupção, em sentido *lato*, outras condutas previstas no Código Penal, como as espécies de peculato (arts. 312 e 313), concussão e excesso de exação (art. 316), prevaricação (art. 319), advocacia administrativa (art. 321), violação de sigilo funcional e de proposta de concorrência (arts. 325 e 326). Além desses crimes próprios (cometidos por servidor público), pode-se incluir o tráfico de influência (art. 332), fraude em concorrência (art. 335) e outros impróprios, onde o Estado é sujeito passivo imediato e a sociedade mediatamente prejudicada pela disfunção pública<sup>17</sup>.

No gênero de disfunção pública enquadram-se, também, os atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e delitos previstos na legislação especial que configuram atos de corrupção restrita, calcados no desvio de poder doloso do agente público, tais como as condutas contidas nas Leis 1.079/50, 4.729/65, 7.492/86, 8.112/90, 8.137/90 e 8.666/93, e no Decreto-Lei 201/67. Há, contudo, novas expressões legais dessa disfunção, como crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) e ilícitos contra a responsabilidade fiscal (LC 101/2000).

Esses comportamentos ilícitos merecem sanções, ora penais (como a restrição à liberdade e pecuniárias), ora na custódia civil-administrativa (como ressarcimento de danos, perdimento de bens e sanções políticas). Não é incomum o duplo enquadramento, assim como é visível a maior amplitude e a generalidade dos dispositivos administrativos, o que justifica, em parte, as dificuldades na sua aplicação e, portanto, no combate à corrupção como um todo (FAZZIO JÚNIOR, 2002, p. 57-89).

Neste trabalho utilizaremos o termo corrupção para designar qualquer ato praticado por servidor público, com abuso de poder ou violação do dever inerente a seu cargo, emprego ou função, para atingir fins privados<sup>18</sup>. Esse conceito é abrangente e sua aplicação exige um referencial normativo a delimitar o que é público e o que é privado, o que configura mau uso da coisa pública e quais são os deveres do servidor. Todavia, a presença desses requisitos legais é a base do combate a promiscuidade entre público-privado, traço típico da corrupção.

337

### 3. O CONTROLE DA CORRUPÇÃO NO BRASIL

No Brasil, o controle da corrupção é realizado por um complexo de sistemas e instituições. Apesar das competências dessas instituições indicarem vocação para o combate à corrupção, seus métodos e prioridades nem sempre estiveram a serviço desse objetivo. A crescente pressão social e a constante exposição de seus resultados produziu movimentos exógenos e endógenos de modernização institucional. Avanços são visíveis, mas a integração funcional do controle ainda é um desafio, e uma necessidade nesse embate com a corrupção<sup>19</sup>.

Para fins didáticos, podemos comparar os sistemas de controle às divisões da atmosfera terrestre em camadas gasosas distintas que garantem as condições de vida na Terra. A primeira camada que envolve a gestão pública é a do autocontrole. Derivado do poder hierárquico e conformado pela supervisão ministerial, consiste na autotutela de seus próprios atos e na tutela das entidades vinculadas administrativamente. Em síntese, o autocontrole é formado por controles internos mantidos pelo próprio gestor em seus processos de trabalho<sup>20</sup>.

Essa é a camada vital contra a corrupção, o *front* da guerra, a primeira barreira contra a disfunção pública. Capaz de evitar falhas e irregularidades, ao mesmo tempo que

contribui para o alcance de resultados, por meio de controles operacionais e gerenciais, com foco tanto na conformidade quanto no desempenho<sup>21</sup>. A conjugação desses controles atende à transição da administração burocrática, face aos cenários emergentes e ao seu histórico de disfunções (crise do Estado), para a administração gerencial, paradigma da Nova Gestão Pública<sup>22</sup>.

Na esfera federal há bons exemplos de controles internos sistêmicos: a conta única do Tesouro Nacional, o Sistema de Administração Financeira (Siafi) e os sistemas do ciclo de gestão<sup>23</sup>. O aumento da transparência na gestão pública, propiciada por tecnologias da informação e comunicação, e as estruturas de gestão da ética, um dos pilares da boa governança, também são importantes, principalmente para evitar conflitos de interesse<sup>24</sup>.

O segundo nível é composto por órgãos de controle interno, unidades especializadas na Administração dedicadas a comprovar a legalidade dos atos e avaliar os resultados da gestão, com o fim de propor correções às falhas e irregularidades verificadas, assim como orientar preventivamente as decisões do gestor. Esse sistema, criado pelo Decreto-Lei 200/67, passou por sensíveis evoluções, como a criação da Secretaria Federal de Controle (SFC)<sup>25</sup>. Entretanto, o controle nesse nível ainda é muito fragmentado e sem um organismo central de coordenação em todos os poderes. Mesmo no Executivo, não há um sistema único<sup>26</sup>.

Além das tradicionais tomadas e prestações de contas, os órgãos de controle interno realizam auditorias para verificar a eficácia, eficiência e economicidade da gestão<sup>27</sup>. Merece destaque a participação da CGU em forças-tarefa, articuladas com outros órgãos de controle, como Ministério Público e Polícia Federal<sup>28</sup>. As fiscalizações via sorteio público e o Portal da Transparência são igualmente importantes no controle da corrupção em estados e municípios.

A terceira camada é formada pelos órgãos de controle externo, que estando fora da estrutura controlada têm maior independência para, além de orientar e propor melhorias, decidir quanto a regularidade da gestão e responsabilizar aqueles que derem causa a irregularidades, incluindo a aplicação de sanções. Neste contexto, estão os mecanismos de controle do Poder Legislativo, como as comissões parlamentares de inquérito (CPI), e as fiscalizações e decisões dos tribunais de contas. Incluímos nesse ambiente os órgãos do sistema de administração da justiça, cujo principal instrumento são as ações civis e penais promovidas pelo Ministério Público junto ao Poder Judiciário.

A última camada é formada pelas instituições e mecanismos denominados de controle social, que envolvem a atuação da sociedade civil em suas mais variadas formas de organização e manifestação<sup>29</sup>. A importância com que a sociedade tem encarado o problema levou à criação de organizações não-governamentais (ONG), em apoio ao Estado, e à cobrança por mais integridade dos agentes públicos<sup>30</sup>. O reforço das ONGs e de outras instituições do terceiro setor é de grande valia na conscientização do cidadão para o controle da gestão pública, capacitando-o para rechaçar e denunciar condutas corruptas<sup>31</sup>. As empresas também exercem um papel importante nesse macroambiente de controle<sup>32</sup>.

Porém, a imprensa (livre) é a instituição mais poderosa neste nível. Observa-se que no Brasil a corrupção tem sido discutida principalmente no campo político e jornalístico, movida por sucessivos escândalos, requeitados durante longas investigações em CPIs<sup>33</sup>. Infelizmente, essa discussão é, por vezes, manipulada nas disputas político-eleitorais, via acusações de práticas ilegais ou promessas de extingui-las<sup>34</sup>. Essa estratégia de difamação moral conta com a avidez da mídia e a difícil tarefa de provar que as denúncias são falsas<sup>35</sup>.

Entretanto, a denúncia é a face visível do iceberg da corrupção e a sua evidência na mídia deve ser aproveitada para uma reflexão sobre a eficácia do sistema de controle estatal, visando o seu aperfeiçoamento<sup>36</sup>. Caso isso não ocorra, assistiremos a reedição de fatos corruptos, dissipando os resquícios de esperança de se extirpar esse câncer social e deixando a sensação na opinião pública de que contra ele nada se pode fazer<sup>37</sup>.

É certo que a denúncia, na maioria das vezes, é a única forma de descobrir esquemas de corrupção, uma arma do cidadão<sup>38</sup>. Mas, eventos recentes indicam que o tema corrupção ainda é tratado de forma tendenciosa e sensacionalista<sup>39</sup>. Contudo, os escândalos que deixam estarecida a sociedade servem, em alguma medida, para depurar o sistema político e para aperfeiçoar os mecanismos de controle estatal. Afinal, a partir de ameaças extremas e consternações generalizadas surgem oportunidades para mudanças institucionais e legais<sup>40</sup>.

Importante observar que as instituições de controle estatal foram constituídas para atuar de forma complementar. Os papéis estão definidos em razão da função a desempenhar e de suas competências<sup>41</sup>. Mas quando o assunto é corrupção, há superposição de esforços, retrabalho e pouca cooperação, o que é provavelmente motivado pela múltipla tipificação de ilícitos. Talvez a legitimidade ativa de uma instituição devesse sobressair, em razão do ilícito em mira (crime ou outra disfunção), e do benefício maior ao combate à corrupção.

A dificuldade que os órgãos de controle têm em trabalharem de forma articulada e coordenada se reflete na percepção pela sociedade quanto a importância que desempenham no controle da corrupção, dando margem à atuação reativa, pirotécnica e pouco efetiva. Essa complementariedade pode ser usada no intercâmbio de informações, na facilitação da quebra de sigilos, na propositura de ações penais a partir de investigações administrativas (e vice-versa), no aproveitamento de provas e na maior agilidade para tratar os casos de corrupção<sup>42</sup>.

Com efeito, a eliminação das dificuldades para a efetiva cooperação pode levar a formação de verdadeira rede pública de controle da corrupção<sup>43</sup>. Diagrama a seguir ilustra uma visão dessa rede, com seus sistemas, instituições e valores fundamentais a orientar suas ações.



#### 4. A ATUAÇÃO DO TCU NO CONTROLE DA CORRUPÇÃO

Os contornos da função de controle externo estão insculpidos na Carta Magna, que erigiu o TCU como modelo político-administrativo, replicando-o nos entes federados. Sua criação se confunde com a necessidade de controle da *res publica* no Brasil<sup>44</sup>. Apesar de prestar-lhe auxílio na função de controle externo, não é mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, tendo em vista o *status* de autonomia e independência concedido pela Lei Maior. Nesse sentido, suas feições assemelham-se às do Ministério Público. Na realidade, o Legislativo em matéria de controle externo ficou adstrito ao exercício das competências constitucionais do art. 49, IX e X, enquanto as do TCU **“desfilam pela comprida passarela do art. 71”**, e só parte delas é exercida em auxílio ao Parlamento (BRITTO, 2003, p. 21-25)<sup>45</sup>.

O TCU não exerce a função jurisdicional do Estado, exclusiva do Poder Judiciário, mas características da jurisdição permeiam seus julgamentos. Legítima suas decisões segundo o processo judicial, o uso da técnica jurídica, a garantia do contraditório e ampla defesa em várias instâncias e a apreciação colegiada<sup>46</sup>. A irretratibilidade de suas decisões, quanto ao mérito das avaliações sobre a gestão pública, já foi reconhecida na jurisprudência<sup>47</sup>.

Aliás, a referência organizativo-operacional do TCU reside naquele poder, tanto que a Lei das Leis garantiu igualdade de atribuições com tribunais judiciais e equivalência entre seus ministros e os do STJ<sup>48</sup>. De fato, tais características o aproximam do papel do Judiciário<sup>49</sup>. O Tribunal de Contas é, na realidade, solução nacional para um dilema originado na tripartição dos poderes: garantir o princípio republicano de que todos aqueles que tenham competência (e conseqüente dever) de cuidar daquilo que é de todos prestem contas de seus atos sem comprometer a independência e harmonia entre os poderes da União<sup>50</sup>.

A aferição das contas públicas é um dos princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição pátria no art. 34, VII, “d”<sup>51</sup>. O que se pretende é a efetiva participação do povo no exercício do poder, permitindo-lhe verificar onde e como estão sendo aplicados os recursos subtraídos via tributação<sup>52</sup>. Este é o principal objetivo do TCU, resguardar a probidade e eficiência da Administração, por meio da transparência dos atos de seus agentes, informando a sociedade sobre a efetividade e regularidade da gestão<sup>53</sup>.

Nesse sentido, o TCU tem papel de extrema importância no controle da corrupção, ao revisar e julgar as condutas de gestores quanto à efetiva e regular aplicação dos recursos públicos federais sob sua gestão. Quando identifica e pune práticas irregulares, o TCU tem a oportunidade de não apenas interromper desvios e desperdícios, dissuadindo novas condutas da espécie, mas também de orientar os responsáveis quanto a procedimentos capazes de evitar a ação de corruptos e corruptores, contribuindo para o aperfeiçoamento da gestão pública.

Crítica contumaz é feita ao longo ciclo de controle repressivo e à efetividade de seus instrumentos<sup>54</sup>. Importante entender as causas para esses efeitos e mitigá-las ao máximo. Um complicador inicial é a própria abrangência do controle a cargo do TCU, tendo em vista a descentralização nas ações do governo, normalmente sem os devidos cuidados de governança, e os inúmeros sujeitos envolvidos. A complexidade dos objetos fiscalizados pelo TCU, nas diversas áreas de atuação do governo, exigem constante especialização de seus servidores<sup>55</sup>.

Em razão da competência fiscalizadora, o TCU realiza auditorias e inspeções, por iniciativa própria ou de terceiros (estas decorrentes de solicitações do Congresso Nacional ou a partir da competência de ouvidoria), consignadas em denúncias e representações conhecidas. Ao apreciar relatórios de fiscalização, o Tribunal exerce as competências informativa e corretiva. Trata-se do repasse ao Legislativo de resultados das investigações, de representação ao poder competente sobre abusos apurados e de determinação de correções aos responsáveis, com prazo fixado, podendo sustar liminarmente o ato impugnado<sup>56</sup>. Ocorrendo dano ao erário, o TCU converte o processo de fiscalização em Tomada de Contas Especial.

Alguns obstáculos se interpõem ao TCU no contexto de investigações. O principal deles é o acesso a dados, informações e documentos cobertos por sigilo (bancário ou fiscal), significativo na apuração de atos corruptos. Ao receber recursos públicos, o direito a sigilo passa a ser inoponível à verificação da sua correta aplicação, pois houve renúncia voluntária àquele direito<sup>57</sup>. Ao TCU cabe requerer o acesso ou transferência do sigilo a seu agente (e não a quebra do sigilo), podendo encontrar resistência daqueles em situação irregular. Nesse caso, a solução seria recorrer ao Judiciário, por intermédio do Ministério Público, uma vez que o TCU não tem essa legitimidade. Essa solução, todavia, é pouco utilizada, limitando o TCU a responsabilizar apenas o agente público envolvido e a corrigir falhas formais.

O Tribunal, após exame e instrução das prestações e tomadas de contas, pode julgá-las regulares, regulares com ressalva (presença de falhas formais) ou irregulares: por omissão de prestação de contas; prática de ato ilegal, ilegítimo, antieconômico ou infração a norma legal ou regulamentar; dano ao erário, desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores; e por descumprimento de determinação do TCU. A partir desse juízo é possível apenar responsáveis por irregularidades e buscar a reparação do dano (competência sancionadora)<sup>58</sup>. O acórdão que imputar débito ou multa terá eficácia de título executivo, mas de natureza extrajudicial<sup>59</sup>.

Este é outro obstáculo ao Estado no controle da corrupção. O título extrajudicial prescinde de prévio processo de conhecimento ou ação condenatória. Em razão disso, o grau de eficácia desse tipo de título diminui na medida em que se amplia a matéria de defesa permitida ao devedor através de embargos (art. 745 do CPC). Além disso, o arresto de bens suficientes para cobrir o dano apurado pode ser solicitado pelo TCU, mas por no máximo um ano. A rigor, não há grande diferença entre execução fundada em título judicial (produto de ato estatal) ou extrajudicial (vontade do devedor). Mas, há maior limitação de matérias suscetíveis de arguição nos embargos, no caso de execução de título judicial (art. 741, CPC), em relação ao extrajudicial (art. 745, CPC). Além disso, a execução por título judicial é mais simples, dispensando exibição do título e tudo ocorre nos mesmos autos (ROESLER, 2005)<sup>60</sup>.

A cobrança executiva, posterior à decisão definitiva do TCU, ocorre na via judicial e por iniciativa de outros órgãos, sendo o principal deles a Advocacia-Geral da União (AGU). Como a AGU tem como função precípua a representação dos interesses da União no Judiciário, e as ações de particulares contra a União formam o maior contingente de processos na Justiça Federal, certamente há limitações operacionais para se priorizar a cobrança dos acórdãos do TCU. Verifica-se, pois, enorme dificuldade para recuperar o que foi desviado do erário ou apropriado do patrimônio público. Esta dificuldade se amplia quanto mais tardia for a decisão final (incluindo a própria execução). Assim, não é difícil entender por que o índice de recuperação de débitos e multas aplicados pelo TCU tem ficado em torno de 1%<sup>61</sup>.

Em geral, o controle exercido pelo TCU ocorre *a posteriori* do fato gerador. Esse fator é determinante no sucesso, pois a tempestividade com que o Tribunal verifica, forma o juízo de valor e aplica alguma medida de controle pode ser decisiva em estancar a sangria da corrupção<sup>62</sup>. Mas há casos de concomitância ao objeto controlado e até de controle prévio ao ato de gestão<sup>63</sup>. O momento de controle depende da iniciativa. Quando esta é do TCU, levará em conta a compulsoriedade, a materialidade, o risco e a relevância do objeto controlado<sup>64</sup>.

Como se vê, a atuação do TCU voltada à repressão da corrupção se baseia no ciclo formado pela investigação, julgamento e punição aos responsáveis por atos corruptos, caminho tortuoso e cheio de barreiras. A visibilidade do controle fica adstrita às investigações de grande porte e a decisões condenatórias, passíveis de recurso no próprio Tribunal<sup>65</sup>. Os responsáveis, gestores e aqueles que malversam valores e bens públicos federais, dispõem de muitos artifícios para postergar uma decisão final. Quanto ao corruptores, não é fácil alcançá-los, pois estes se esquivam muito bem das garras dos órgãos de controle<sup>66</sup>.

Nas estruturas burocráticas é comum que sejam criados controles baseados em rigorosos processos de fiscalização, associados com mecanismos de punição. Nesses sistemas, a fiscalização busca cobrir todas as ações, para impedir que as falhas aconteçam. Entretanto, a fiscalização-punição se revela insuficiente, pois não consegue impedir todos os desvios. Os erros continuam, normas e procedimentos são desconsiderados, e por aí a corrupção vai se alastrando. O controle somente *a posteriori* torna-se ineficaz e favorece o descompromisso do gestor, uma vez que a responsabilidade pela revisão é de outro órgão. Essa cultura pressupõe o controle como processo externo e não como uma atividade de governança corporativa.

Nesse contexto, ações preventivas podem ser mais efetivas. A prevenção não é um caminho alternativo, mas complementar aos mecanismos do ciclo de repressão. O TCU já usa, com sucesso, metodologias focadas na capacidade de gerenciamento do desempenho, como as empregadas em auditorias de natureza operacional, análise de risco, acompanhamento e monitoramento de decisões e recomendações do Tribunal. São métodos e técnicas para avaliar a eficácia e eficiência dos controles internos e da gestão, efetividade de programas de governo e equidade de políticas públicas, qualidade dos serviços prestados ao cidadão e a capacidade de regulação estatal, tudo isso visando ao aperfeiçoamento da Administração Pública.

Para órgãos com a configuração e competências do TCU, o que se tem verificado na prática é que acompanhar e avaliar produzem excelentes resultados. Em determinadas atividades, permanece sendo necessário um controle verificador. Mas, em se tratando de ampliar a governança e a atitude ética contra a corrupção, avaliar e induzir a prevenção é fundamental. A atividade de avaliação permite propor melhorias na legislação relacionadas ao controle da gestão pública e combater, além da corrupção, o desperdício<sup>67</sup>. Esse não é um novo dilema do controle estatal, apenas uma necessidade de equilíbrio na definição de metas e prioridades e no estabelecimento de políticas estratégicas<sup>68</sup>.

Nesse diapasão, o TCU se utiliza de duas últimas competências básicas: consultiva e normativa. A primeira o autoriza a responder a consultas, em tese, formuladas por autoridades legitimadas. Ainda nessa competência, o TCU elabora anualmente o parecer prévio das contas da República, para julgamento pelo Congresso Nacional<sup>69</sup>. A segunda, decorre do poder regulamentar, facultando ao Tribunal a expedição de instruções e atos normativos, de cumprimento obrigatório, sobre matérias de sua atribuição, como a

organização de processos a ele submetidos. Recentemente, ela foi usada para aprimorar a prestação de contas ao TCU<sup>70</sup>.

Deve-se destacar que o TCU tem procurado aperfeiçoar seus métodos e técnicas de análise, bem como os recursos de informação e apoio à atividade de controle. Registram-se investimentos em captação e desenvolvimento de novas práticas, produção e disseminação de conhecimentos e de técnicas de controle<sup>71</sup>. Projetos de modernização vem apoiando a criação de metodologias próprias de combate à fraude e corrupção, formação de especialistas, implantação da atividade de inteligência com suporte em sistema de *datawarehousing* e desenvolvimento de competências<sup>72</sup>. Além de inovação operacional, o TCU está ampliando seu quadro de pessoal e até o final de 2008 contará com mais 600 novos analistas<sup>73</sup>.

De fato, o TCU vem trilhando com pioneirismo o caminho da prevenção, cujos resultados só aparecem a médio e longo prazo. Talvez venha a ser estratégia preferencial, em vista da sua posição na rede de controle<sup>74</sup>. A ação preventiva envolve orientação de gestores e agentes de controle, formação para o controle social, bem como a promoção da cidadania por meio do diálogo com a sociedade<sup>75</sup>. Para fortalecer o ciclo preventivo é preciso desenvolver e articular os demais atores da rede de controle, com o intuito de estimular intercâmbio de experiências e a aprendizagem coletiva, definir agenda interinstitucional de prioridades de combate à corrupção, negociar ações coordenadas e adotar medidas complementares de cooperação. O maior desafio é sair do discurso à prática<sup>76</sup>.

Vivemos em um país continental, de oportunidades desiguais. A população está nos municípios, agrupados em unidades federadas. Seus interesses mais imediatos estão ligados à gestão municipal e à estadual/distrital. Apesar disso, a União, que é uma abstração político-jurídica, exerce papel preponderante na vida nacional. Assim, as relações sociais, políticas e econômicas que afetam a cidadania dependem da conjugação de esforços dos três níveis de governo. Nesse sentido, o papel do TCU torna-se ainda mais relevante, exercendo função central de propagar conceitos e práticas de zelo da coisa pública ante a sociedade e de buscar atuação harmônica e coordenada com outras instâncias de controle.

De fato, a vertente preventiva que se abre mais forte ao TCU e demais órgãos de controle é a educativa, que compreende iniciativas para fortalecer a boa governança, promover a ética do servidor, mas principalmente despertar a consciência cívica e criar novas formas de participação<sup>77</sup>. A cidadania ativa fortalece o controle (responsabilidade e prestação de contas), mas depende do acesso a informações dos governos<sup>78</sup>. Tratam-se de ações do Estado, por meio dos seus órgãos de controle, a mobilizar o cidadão para que se torne protagonista do seu próprio destino, influenciando escolhas coletivas nos orçamentos e políticas públicas, vigiando a execução e a probidade na gestão dos recursos e garantindo serviços públicos de qualidade, regulação eficaz, equilíbrio econômico, equidade e distribuição de renda, crescimento e desenvolvimento para todos<sup>79</sup>.

Processos educacionais de mudança de valores e práticas sociais são decisivos. Nesse sentido, o TCU pode dedicar especial atenção à educação formal, pleiteando a inclusão de conteúdos em currículos escolares sobre temas relativos ao controle público e social. Essa iniciativa inclui a mobilização de atores fundamentais: família, igrejas e grupos comunitários. Política preventiva de sucesso envolve gestores, terceiro setor, empresas que se relacionam com o poder público e o cidadão, deixando clara a contribuição necessária de cada segmento.

Como se vê, a atuação do TCU voltada à prevenção da corrupção se baseia no ciclo formado pelo acompanhamento, avaliação, diálogo e educação, visando vacinar a gestão pública contra atos corruptos, caminho longo, mas de horizontes promissores.

Observa-se que no TCU, as duas frentes de controle, repressiva e preventiva, tendem a interagir e a se complementar no combate à corrupção, conforme sintetizado a seguir.

Controle	Ciclo Repressivo	Ciclo Preventivo
Detecção	Denúncia, vistoria, diligência, verificação de produtos, revisão de documentos oficiais	Análise de risco e de gestão, pesquisa acompanhamento, indicadores, ouvidoria
Processamento/Apreciação	Instrução (atos processuais), contraditório, responsabilização e julgamento/decisão	Levantamento, entrevista, relatório (causas, efeitos e cenários), intercâmbio, avaliação
Ação/Medida	Medida cautelar, sanção, determinação, comunicação a superior hierárquico e órgãos Estatais, citação, cobrança executiva judicial	Recomendação, divulgação de práticas e resultados, visitação, comunicação, diálogo, orientação, capacitação, aprendizagem
Suporte metodológico	Coerção, sistemas de Informação, análise contábil, auditoria ex-post, perícia, audiência, processo administrativo-judicial	Negociação, sistemas de inteligência, monitoramento, publicações, internet, rede de controle, educação corporativa
Objeto/Ilícito	Fraude, corrupção, conformidade legal, crimes (de improbidade, fiscais etc)	Risco ético, falha em controles e na gestão, desempenho/ resultado insuficiente
Perfil do controlador	Investigador, policial, promotor de justiça, advogado, contador, perito, auditor, juiz	Pesquisador, consultor, economista, analista de informação, administrador, educador
Competências	Fiscalizar, julgar e punir	Acompanhar, avaliar e educar

Portanto, na luta contra a corrupção, o TCU se utiliza de meios repressivos e preventivos. A dificuldade em se ter tanto poder, desde a investigação até a punição, passando pela educação e orientação, está na necessidade de uma grande e cara estrutura, capaz de atuar em várias frentes. Certamente, a necessidade de investimentos crescentes será alvo de críticas. A tendência de “fazer tudo sozinho” pode induzir à baixa efetividade e invadir espaços de outras instituições, com as quais se deveria trabalhar em cooperação e não em concorrência.

Por muito tempo pairou sobre o TCU a pecha da intempestividade e da baixa efetividade. A pouca interação era citada como causa de menor contribuição no controle da corrupção (SPECK, 2000). Não que esses aspectos tenham sido totalmente eliminados, mas os resultados vêm mostrando mudança crescente. As inúmeras prerrogativas constitucionais e legais, que já foram vistas como problema por onerar em demasia seu desempenho, hoje certamente são uma vantagem no desafio de rechaçar a corrupção e de sustentar seu reconhecimento nos resultados desse tipo de controle<sup>80</sup>. As críticas aos tribunais de contas são muitas, mas há pouca compreensão sobre suas limitações no combate à corrupção.

Importante pacificar, todavia, questões como independência e autonomia, seleção de pessoal técnico e deliberativo, imparcialidade e qualidade das decisões, “jurisdição” própria no âmbito de suas competências e maior agilidade em seus processos de apuração (RIBAS JÚNIOR, 2000, p. 45-46 e 161-163). Importante, também, limitar seu campo de



atuação, pois a corrupção envolve inúmeros atos e práticas, de servidores e particulares, e apenas parte dessas condutas estão sujeitas a esse nível de controle estatal. Isso não impede que os tribunais de contas atuem em sintonia e cooperação com os demais agentes controladores. Afinal, há razoável consenso de que o combate à corrupção não é exclusividade deste ou daquele órgão. É preciso, portanto, agir com inteligência e perseverança contra esse grande inimigo, e para isso devemos reunir todas as forças.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A apropriação indébita da coisa pública é prática antiga, mas ficou escancarada após a redemocratização do Brasil. Não há provas de que tenha aumentado nos últimos tempos, mas a guerra contra a corrupção inclui batalhas contra empreiteiras gananciosas, prejuízos em privatizações, fraudes em licitações e contratos de serviços. A pressão social levou a vitórias importantes, como *impeachment* de um presidente da República, cassação de políticos, novas leis e regras de controle. O rigor da lei, entretanto, não evitou novas formas de corrupção.

A corrupção é um modo de influir nas decisões públicas que fere no íntimo o próprio sistema democrático. Este tipo privilegiado de influência, reservado àqueles que possuem meios de exercê-la, conduz ao desgaste do mais importante elemento do sistema, sua legitimidade<sup>81</sup>. Os contornos jurídicos da corrupção no direito brasileiro, em sentido amplo e restrito, exigem interpretações mais abrangentes<sup>82</sup>. A conceituação política busca ampliar sua designação, ao demonstrar que muitas condutas de autoridades públicas, como as praticadas sob o manto da discricionariedade, são consideradas corruptas pela sociedade, embora os textos legais não as tipifiquem como tal. O aumento da reprovabilidade social levou à criminalização de atos de corrupção administrativa e à combinação de sanções no campo penal, civil e administrativo. Já a corrupção política requer a consciência do cidadão sobre a atitude ética desses agentes e daqueles que os rodeiam. A principal punição para esses corruptos é privá-los do mandato popular e condená-los ao ostracismo.

Nesse contexto, os sistemas de controle público estão se sofisticando, a fim de sufocar a corrupção. O caminho passa pela formação de redes, somando mecanismos tradicionais com novas técnicas, combinando ações preventivas e repressivas. Mas o combate à corrupção depende ainda de medidas conjugadas, de natureza política, econômica, social e jurídica. Enquanto houver alta desigualdade, analfabetismo e desemprego convivendo com baixa participação social nos negócios públicos, pouco acesso à justiça e aos órgãos de controle, ineficiência na apuração e punição, a corrupção se manterá resistente.

Órgãos de controle, como o TCU, procuram encontrar o seu espaço nesse ambiente, direcionando seus esforços da melhor forma possível, com os instrumentos e recursos que dispõem. O quadro da corrupção traz profundas implicações para o controle externo e exige inovação de processos e formas de trabalho, coerência e adoção de novas posturas, como o estímulo à participação da sociedade no controle, a ampliação da transparência da gestão pública, a formação de parcerias e a articulação com outros atores. A atuação preventiva para o TCU surge, com potencial oportunidade, nas ações educativas. Essas poderão se servir de suas várias competências institucionais e do conhecimento agregado sobre o funcionamento da administração pública e sobre as tecnologias de controle disponíveis.

Não obstante, cabe ao órgão de controle ser exemplo de gestão ética e transparente, implementando e compartilhando práticas que sirvam de modelo

para outras organizações. O árduo esforço em prol da modernização e eficiência já rendeu reconhecimento ao TCU, por meio do Prêmio de Qualidade no Serviço Público, em 2004<sup>83</sup>. Porém, as perspectivas para o controle da corrupção certamente exigirão muito mais esforço e determinação, na busca dos resultados esperados pela sociedade e na concretização da visão de futuro do TCU.

A corrupção é a negação do Estado Democrático de Direito, atentado contra a moralidade e a vida em sociedade. Contudo, o controle estatal efetivo sobre os negócios públicos deve promover a inclusão social, a cidadania e garantir direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACOCINA, Denize. **Para Bird, combate à corrupção pode triplicar a renda**. BBC. Washington. 17 de outubro de 2005. Versão *online* BBCBrasil.com. Obtida na internet. [www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051011\\_corrupdenizerbr.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/10/051011_corrupdenizerbr.shtml). 29/11/2005, 11h06min.

BARBOSA, Sandra Pires. **Direito à informação e controle social**. Obtida na internet. [www.teiajuridica.com/gl/infcont.htm](http://www.teiajuridica.com/gl/infcont.htm). 12/12/2005, 12h32min.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: um estudo sobre o poder político e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará (Anpocs), 1995.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 3. ed. Brasília: UnB, 1991.

\_\_\_\_\_. **O futuro da Democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRASIL, **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União** – Lei nº 8.443, de 16.07.1992. Brasília, DF, 1992.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Relatório da Comissão Especial criada pelo Decreto nº 1.001, de 6 de dezembro de 1993. Brasília: Presidência da República, 1994.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno do Tribunal de Contas da União** – RITCU. Aprovado pela Resolução TCU 155/2002 e publicado no DOU de 09.12.2002, Seção 1, pág.125. Brasília, DF: TCU, 2002a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Conhecendo o Tribunal**. Brasília: TCU, 2002b.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 2003a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Plano Estratégico 2003-2007**. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2003b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 47, de 27 de outubro de 2004. Estabelece normas de organização e apresentação de processos de tomada e prestação de contas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, n.214, p.153-155, 8 dez 2004a.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Decisão Normativa nº 62, de 27 de outubro de 2004. Estabelece normas de organização e apresentação de processos de tomada e prestação de contas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, n.214, p.146-152, 8 dez 2004b.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Relatório de Gestão para o Prêmio de Qualidade da Gestão Pública (PQGF), ciclo 2004. Brasília: TCU, 2004c.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU: 2004/** Tribunal de Contas da União. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2005a. 75p.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU: 3º trimestre de 2005/**Tribunal de Contas da União. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2005b. 94p.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Decisão Normativa nº 71, de 7 de dezembro de 2005. Estabelece normas de organização e apresentação de processos de tomada e prestação de contas. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, Seção 1, p. 269, 23/12/2005c.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **A participação do Brasil em convenções internacionais sobre combate à corrupção**. Obtida na internet. [www.mj.gov.br/sal/convencoes.htm](http://www.mj.gov.br/sal/convencoes.htm). 29/11/2005d, 19h30min.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Plano Estratégico 2006-2010**. Brasília, DF: TCU, Secretaria de Planejamento e Gestão, 2006.

BREI, Zani Andrade. **Corrupção: dificuldades para definição e para o consenso**. São Paulo: Revista da Administração Pública, vol. 30, n. 1, p. 64-77, 1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **Regime constitucional dos Tribunais de Contas**. Cadernos de Soluções Constitucionais da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BRÜNING, Raulino Jacó. **Corrupção: causas e tratamento**. Florianópolis, 1997. Tese de Doutorado. UFSC. Resumo obtido na internet. [www.tcc-brasil.org.br/artigos.html](http://www.tcc-brasil.org.br/artigos.html), 29/11/2005, 19h22min.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. **O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

\_\_\_\_\_. **Crimes antecedentes e lavagem de dinheiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 47, p. 46-59, mar./abr. 2004.

CAVALCANTI, Pedro Rodrigues de Albuquerque. **A corrupção no Brasil**. São Paulo: Siciliano, 1991.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido**. In: Revista do Tribunal de Contas da União. Brasília, v.30, n.81, jul/set 1999.

COVELLO, Sérgio Carlos. **O Sigilo Bancário**. São Paulo: Universitária de Direito, 1991.

DEMO, Pedro. **Participação é conquista**. São Paulo: Cortez, 1995.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito: o que é o direito**. S. Paulo: Martins Fontes, 1999.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.

EIGEN, Peter. Prefácio. *Transparência Internacional*. Berlim: 2001. In: SPECK, Bruno W. **Caminhos da transparência**. Campinas: Unicamp, 2002.

ELLIOT, Kimberly Ann (org.). **A corrupção e a economia mundial**. Brasília: UnB, 2002.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Corrupção no poder público: peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação*. São Paulo: Atlas, 2002.

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

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio - Século XXI**. 3a edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FLEISCHER, David. Financiamento de Campanhas Políticas. In PEDONE, Luiz (ed.). *Sistemas Eleitorais e Processos Políticos Comparados: A promessa de democracia na América Latina e Caribe*. Brasília: OAS/UnB/CNPq, 1993. p. 243-259.

FURTADO, Lucas da Rocha. **Aspectos jurídicos e econômicos da corrupção**. II FÓRUM BRASILEIRO DE COMBATE À CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1º e 2 de dezembro de 2005. Brasília: Editora Fórum, 2005.

GEDDES, Bárbara e RIBEIRO NETO, Artur. Fontes institucionais da corrupção no Brasil. In: ROSENN, Keith S. e DOWNES, Richard (org.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000, p. 47-79.

GIBBONS, K. Toward and attitudinal definition of corruption. In: Heidenheimer, A. Johnston, M. e Levine, V. T. **Political Corruption: a Handbook**. 2a. ed. New Bruswick: Transaction Publishers, 1990.

GRAEFF, Eduardo. **Combate à Corrupção e denunciismo na era FHC**. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2002.

GUIA EXAME. Boa cidadania corporativa 2005. São Paulo: **Revista Exame**, ano 39, n.24, dez 2005.

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

HEIDENHEIMER, A. Johnston, M. e Levine, V. T. **Political Corruption: a Handbook**. 2a. ed. New Bruswick: Transaction Publishers, 1990.

KANITZ, Stephen. **O origem da corrupção**. Obtida na internet. [www.kanitz.com.br](http://www.kanitz.com.br), 22.11.2005, 10h45min. \_\_\_\_\_.

KLITGAARD, Robert E. **A Corrupção sob controle**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. **A corrupção é a promoção da ética no serviço público**. Obtido na internet. [www.respondanet.com](http://www.respondanet.com), 12/07/2002, 14h32min.

LEITE, Celso Barroso (org.). **Sociologia da Corrupção**. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

MOURA E CASTRO, Flávio Régis Xavier de. **Os órgãos regionais de controle e a luta contra a corrupção**. III CONGRESSO DA EURORAI. Estrasburgo, França, de 23 a 24 de novembro de 1998. Belo Horizonte: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCMG), v.30, n.1, jan./mar. 1999.

NOONAN JÚNIOR., John T. **Subornos**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

OCDE. **Organization for Economic Co-operation and Development**. Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, Paris: OECD, 17/12/1997.

OLIVEIRA, Edmundo. **Crimes de Corrupção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Curso de Responsabilidade e Processo no TCU: Teoria e Aplicação**. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa (ISC), 2004.

PASTORE, José. **Cruzada contra a corrupção**. O Estado de S. Paulo. 10 abril 2001.

PEREIRA, José Matias. **Reforma do Estado e Transparência: Estratégias de controle da corrupção no Brasil**. In: VII CONGRESSO DO CLAD SOBRE A REFORMA DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, 2002, Lisboa. **Anais...** Lisboa: Clad, 2002. p. 1-32.

\_\_\_\_\_. **Reforma do Estado, Transparência e Democracia no Brasil**. Obtido via internet. [www.eumed.net/cursecon/ecolat](http://www.eumed.net/cursecon/ecolat), 27/05/2005, 16h45min.

PIQUET CARNEIRO, João Geraldo. *A Comissão de Ética Pública no Brasil: experiências, desdobramentos e desafios*. In KONDO, Seiichi [et al.]. **Transparência e Responsabilização no setor público: fazendo acontecer**. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão (Seges), 2002. p.107-116.

PIRES, Waldir. **O dinheiro do povo é sagrado**. *Jornal A Tarde*. p. 6, 12/04/2003.

\_\_\_\_\_. **Discurso de posse na Controladoria-Geral da União**. Obtida na internet. [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br). 25.03.2004, 19h34min.

\_\_\_\_\_. **O controle em construção**. Folha de São Paulo, p.5, 4/12/2005.

PNUD BRASIL. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Obtido na internet. [www.pnud.org.br](http://www.pnud.org.br). 20/02/2005, 18h50min.

POLÍTICAVOZ. **Dicionário Brasileiro da Corrupção**. Obtida na internet. [www.politicavoz.com.br/corruptaoepolitica/dicionario.html](http://www.politicavoz.com.br/corruptaoepolitica/dicionario.html). 29/11/2005, 19h34min.

RAWLS, John. **A theory of justice**. 2a. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RIBAS JÚNIOR., Salomão. **Corrupção Endêmica – os tribunais de contas e o combate à corrupção**. Florianópolis: Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, 2000.

ROESLER, Átila da Rold. **Considerações sobre títulos executivos**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 692, 28.05.2005. Obtido na internet. [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6788](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6788). 30/05/2005.

ROSENN, Keith S. e DOWNES, Richard (org.). **Corrupção e reforma política no Brasil: o impacto do impeachment de Collor**. Rio de Janeiro: FGV, 2000.

SCHILLING, Flávia. **Corrupção: Ilegalidade Intolerável ?**: Comissões Parlamentares de Inquérito e a luta contra a Corrupção no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 1999.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. **A economia política da corrupção**. Relatório de Pesquisa nº 03/1995, Núcleo de Pesquisas e Publicações da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: FGV, 1995.

SPECK, Bruno Wilhelm. **Inovação e Rotina no Tribunal de Contas da União**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

\_\_\_\_\_. (org.). **Caminhos da Transparência**. Campinas: Unicamp, 2002.

TAYLOR, Matthew M. e BURANELLI, Vinícius C. **Acabando em pizza: o processo de responsabilização pela corrupção no governo federal**. XXIX ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 2005. Caxambu/MG, 25 a 29/10/2005. Anais... Caxambu: ANPOCS, 2005.

TCU. **Pesquisa Tendências do Controle da Gestão Pública**. Brasília, DF: TCU, 2000.

\_\_\_\_\_. **TCU propõe medidas para aperfeiçoar controle da administração pública**. Obtida na internet. [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). 13.02.2005.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Princípio da Transparência no Direito Financeiro**. Obtida na Internet. [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). 21/04/2005, 19h40min.

TRANSPARÊNCIA BRASIL. **O Brasil e o Índice de Percepções de Corrupção–2003**, São Paulo: Transparência Brasil, 2004. [www.transparencia.org.br/tbrasil-ie.asp](http://www.transparencia.org.br/tbrasil-ie.asp). Pesquisa feita em 07/05/2004.

\_\_\_\_\_. **Estudo de conformidade do ambiente institucional brasileiro com a Convenção Interamericana Contra a Corrupção da Organização dos Estados Americanos (OEA)**. Obtida na internet. [www.transparencia.org.br/docs/OEA\\_Brasil.pdf](http://www.transparencia.org.br/docs/OEA_Brasil.pdf). 29.11.2005, 19h07min.

TREVISAN, Antoninho Marmo [et. al.]. **O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004.

- <sup>1</sup> O termo corrupção vem do latim *corruptio* e significa ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação; devassidão, depravação, perversão; suborno, peita (Ferreira, 1999). Historicamente, o conceito referiu-se tanto a comportamento político quanto ao sexual. Designa, num tom moral, o que destrói o caráter (Klitgaard, 1994).
- <sup>2</sup> Um inventário histórico da corrupção, sob o manto do suborno, pode ser encontrado em Noonan Júnior (1989). Segundo Cavalcanti (1991, p. 8), o primeiro relato sobre corrupção data de 74 a.C., quando Staius Albinus Oppianicus teria comprado dez jurados para se livrar da acusação de ter mandado envenenar seu enteado por questões de herança. Cícero, autor da denúncia, atuou no caso como advogado de acusação.
- <sup>3</sup> Uma descrição da genealogia da corrupção e sua evolução no direito penal, das civilizações antigas ao Brasil atual, pode ser encontrada em Oliveira (1994, p. 32-36).
- <sup>4</sup> A produção literária floresceu na Europa e Estados Unidos a partir de 1970 e no Brasil a partir de 1990, merecendo destaque os trabalhos de Heidenheimer (1970 e 1990) *apud* Bezerra (1995, p. 13-14).
- <sup>5</sup> Vide, também, Elliot (2002, p. 59-102) e Silva (1995).
- <sup>6</sup> Para Matias (2005, p. 69), “a desigualdade econômica pode fazer que a pobreza de alguns os impeça de exercer seus direitos de forma plena, enquanto a riqueza de outros os levaria a abusar desses mesmos direitos”.
- <sup>7</sup> Rawls (1999, p. 47-102) defende que o Estado, a fim de configurar uma sociedade bem ordenada, deveria respeitar dois princípios básicos de justiça: a garantia de direitos civis e políticos fundamentais e a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos. Dworkin (1999, p.214-260) critica a teoria da justiça de Rawls e propõe o princípio da integridade, fundado no ideal da fraternidade (ou comunidade), como uma virtude política, a fim de harmonizar o conflito entre justiça e equidade, promover a autoridade moral do Estado, legitimar seu poder de coerção e, principalmente, proteger a cidadania contra a parcialidade, a fraude e as formas de corrupção oficial.
- <sup>8</sup> Pesquisa do Banco Mundial calcula em US\$ 1 trilhão o montante pago em corrupção anualmente em todo o mundo, o equivalente a 3% do PIB mundial (Bacoccina, 2005). Quantias pagas pelas empresas multinacionais nas concorrências e vendas internacionais causam desequilíbrio aos países que as sediam, pela impossibilidade de se deduzir do imposto de renda, em alguns deles, a importância correspondente ao suborno (Torres, 2005).
- <sup>9</sup> A fragilidade das democracias latino-americanas é analisada por Rosenn e Downes (2000, p. 8-9).
- <sup>10</sup> Atendendo à Convenção da OCDE, a Lei 10.467/2002 introduziu no Título XI do Código Penal brasileiro o capítulo II-A (arts. 337-B, 337-C e 337-D), tipificando crimes de particulares contra a administração pública estrangeira. Estudo da Transparência Brasil (2005) indica algumas condutas que a convenção da OEA trata como crime e em nossa legislação são apenas ilícitos civis ou administrativos, ou não são qualificados, como uso de bens públicos, enriquecimento ilícito em que não for comprovado o crime de corrupção passiva ou de concussão, e o suborno. Já a Convenção da ONU, da qual o Brasil é signatário, ainda não foi regulamentada pelo governo brasileiro (BRASIL, 2005d).
- <sup>11</sup> Matias (2005) alerta para a modificação da soberania estatal face à globalização jurídica produzida por acordos internacionais e pelo fortalecimento dos organismos supranacionais (globalização do direito e das instituições).
- <sup>12</sup> Bezerra (1995, p. 17-18 e 196, nota 7) sugere analisar as condições que permitem suas práticas: as relações pessoais e destas com os procedimentos formais da administração pública, os argumentos utilizados pelos denunciados e as transações (de bens, serviços e favores) que estariam motivando tais práticas.
- <sup>13</sup> Para Klitgaard (2002), corrupção é a conjunção de monopólio com poder discricionário sem *accountability*.
- <sup>14</sup> Silva (1995, p. 8-15), alerta que as várias definições possíveis de corrupção envolvem a noção de legalidade.
- <sup>15</sup> Para Klitgaard (1994), ao longo do tempo as sociedades têm sido capazes de fazer distinções mais sutis entre suborno e reciprocidade (ou transações permitidas).

- <sup>16</sup> Geddes e Ribeiro Neto (2000, p. 50-53) dividem corrupção em duas formas: a política de trocas e a corrupção em sentido restrito. A troca de bens e recursos públicos por apoio político muitas vezes é legal, mas viola princípios de probidade e eficiência, desperdiça recursos em projetos de menor importância e cria oportunidade para a corrupção em sentido restrito (exemplos: nepotismo, emprego para indicados, concessão de serviços públicos, empréstimo subsidiado em bancos estatais). O cidadão comum tem apenas o voto para trocar, por isso recebe menos: tíquetes de leite, merenda escolar, material para construir casas, ajuda para agilizar aposentadorias e pensões. Corrupção em sentido restrito é, normalmente, conduta criminosa: fornecimento de informação privilegiada; beneficiar empresas em contratos públicos, empréstimos e outros subsídios duvidosos; aplicação desvirtuada de normas para facilitar sonegação fiscal, isenções e incentivos fiscais indevidos; superfaturamentos e sobrepreços; antecipação de pagamentos; e arrecadação ilegal de fundos para campanhas eleitorais.
- <sup>17</sup> O conceito de disfunção pública é desenvolvido em Fazzio Júnior (2002, p. 13-49). A Lei 4898/65 (abuso de autoridade) e a Lei 4717/65 (desvio de finalidade) descrevem condutas típicas de disfunção pública.
- <sup>18</sup> Para Bobbio (1991), corrupção *“designa o fenômeno pelo qual um funcionário público é levado a agir diverso dos padrões normativos do sistema, favorecendo interesses particulares em troca de recompensa”*. Para o Banco Mundial (1997) *apud* Pereira (2005, p. 8), é *“abuso do poder público para obter benefícios privados, presentes principalmente, em atividades de monopólio estatal e poder discricionário por parte do Estado”*.
- <sup>19</sup> A rigor, nem se poderia falar em sistema de controle, pois um sistema é um conjunto de partes interdependentes que interagem entre si para atingir uma mesma finalidade.
- <sup>20</sup> A Instrução Normativa TCU n° 47/2004 define controles internos como *“conjunto de atividades, planos, métodos, indicadores e procedimentos interligados utilizados com vistas a assegurar a conformidade dos atos administrativos e concorrer para que os objetivos e metas estabelecidos sejam alcançados”* (Brasil, 2004a).
- <sup>21</sup> A Instrução Normativa TCU n° 47/2004 estabelece que os processos de contas deverão conter elementos e demonstrativos que evidenciem a boa e regular aplicação dos recursos públicos, permitindo integrar o exame da conformidade e do desempenho da gestão (Brasil, 2004a). Nos EUA, após os escândalos Enron e Worldcom, editou-se a Lei Sarbanes-Oxley, baseada no *Committee of Sponsoring Organizations (COSO)*, que receita aos gestores a identificação dos riscos de seus negócios e o estabelecimento de controles necessários para mitigá-los.
- <sup>22</sup> Segundo Pereira (2005), a administração pública gerencial parte do princípio de que é preciso combater o nepotismo e a corrupção, mas que, para isso, não são necessários procedimentos rígidos, típicos da administração burocrática, e sim por outros meios: indicadores de desempenho, controle de resultados etc.
- <sup>23</sup> Em 1987 foi criado o Siafi e em 1988 foi instituída a conta única. Em 1998 e em 2001 (via Lei 10.180) foram reestruturados os sistemas de gestão governamentais (pessoal, logística, finanças etc).
- <sup>24</sup> As principais estruturas de promoção da ética na esfera federal são o Código de Ética do Servidor Público (Decreto 1.171/94), a Comissão de Ética Pública (CEP), criada em 1999, e o Código de Conduta da Alta Administração, aprovado em 2001 (Piquet Carneiro, 2002, in Kondo, 2002, p. 11-17 e 107-116).
- <sup>25</sup> A SFC foi criada pela Medida Provisória 480/94, inicialmente vinculada ao Ministério da Fazenda, como órgão central do sistema de controle interno do Executivo Federal. O sistema sofreu modificações com o Decreto 2.036/99, que substituiu as secretarias de controle interno nos ministérios por um assessor especial do Ministro de Estado. A atual Secretaria Federal de Controle Interno está vinculada à Controladoria-Geral da União (CGU), órgão ministerial que centraliza também o sistema de correição e ouvidoria, além de coordenar o Conselho da Transparência Pública e Combate à Corrupção, criado pelo Decreto n° 4.923/2003.
- <sup>26</sup> Vide *caput* do art. 74 da Constituição Federal (Brasil, 2003a). Os órgãos setoriais da Presidência da República e dos Ministérios da Defesa e das Relações Exteriores não estão integrados à CGU. No Legislativo, MPU e Judiciário, não há órgão central (nos dois últimos, a EC 45/2004 criou conselhos nacionais com esse fim).
- <sup>27</sup> Constituição Federal de 1988 (CF/88), arts. 70 e 74 (Brasil, 2003a).



- <sup>28</sup> Citam-se, como exemplo, as operações Guabiru, Confraria, Gafanhoto, Vampiro e Mamoré (Pires, 2005).
- <sup>29</sup> Incluem as ações populares, previstas na Lei 4.717/65, e as ações civis públicas, prevista na Lei 7.347/85. Além das pessoas jurídicas de direito público, estas podem ser incoadas por empresas públicas e sociedades de economia mista; associações constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre suas finalidades a proteção ao meio ambiente, ao consumidor (dispensada autorização assemblear), à ordem econômica, livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; sindicatos, no que se refere aos direitos e interesses individuais ou coletivos da categoria (CF, art. 8º, III); e fundações privadas (Lei 7.347/85, art. 5º).
- <sup>30</sup> A *Transparency International* notabilizou-se no setor pela divulgação de estudos e indicadores de corrupção.
- <sup>31</sup> Trevisan (2004) mostra sinais de corrupção nas administrações municipais, como a resistência a prestar contas.
- <sup>32</sup> Merece destaque os avanços da “*Cidadania Corporativa*” para conter a corrupção privada. Além do alto custo de investimentos (intermediação, impostos e corrupção), as empresas vêm despertando para as vantagens, em termos de sustentabilidade do negócio, de adotar condutas de responsabilidade social (Guia Exame, 2005).
- <sup>33</sup> Vide casos descritos em Cavalcanti (1991), Silva (1995), Bezerra (1995), Schilling (1999) e Fleischer (1993).
- <sup>34</sup> Vide análise do *impeachment* do presidente Collor em Rosenn e Downes (2000). Graeff (2002) critica o chamado “denuncismo”, tradicionalmente utilizado por oponentes para destruir a reputação de seus rivais, lançando suspeitas, sem provas, que corrompem a confiança da sociedade naquele que exerce atividade política.
- <sup>35</sup> Ao analisar a relação entre a opinião pública e a supervisão do poder político, Habermas (1984) já chamava a atenção para a difusão irresponsável de denúncias pela imprensa, maculando a sua potencial contribuição para a vigilância e o controle do Estado, em razão de motivações políticas e comerciais.
- <sup>36</sup> Para Sherman (1990) *apud* Bezerra (1995, p. 16), a “*mobilização do escândalo*” é composta dos estágios de revelação, publicação, defesa, dramatização, execução (julgamento) e rotulação.
- <sup>37</sup> No Brasil, é comum utilizar a expressão “*acabou em pizza*” para se referir a frustrantes resultados de longos processos de investigação sobre atos corruptos (Taylor e Buraneli, 2005).
- <sup>38</sup> Porém, o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a preservação da identidade do denunciante, prevista art. 55, §1º, da Lei 8.443/92, sob justificativa de que art. 5º, IV e X, da Constituição veda o anonimato e o representado teria o direito de saber da autoria, visando instrumentar sua prerrogativa de responsabilizá-lo por danos morais (MS 24.405/DF, relator Min. Carlos Velloso, 3/12/2003, Informativo do STF nº 332).
- <sup>39</sup> Enquanto este artigo era elaborado, borbulhavam na mídia notícias de três CPIs no Congresso Nacional a apurar os escândalos do “*Mensalão*” e “*Valerioduto*”. Pouco se debatia sobre causas desses eventos, como financiamento de campanhas eleitorais, formação de coalizões de governo e preenchimento de cargos públicos.
- <sup>40</sup> Várias propostas legislativas surgiram após o *impeachment* do presidente Collor e o escândalo dos anões do orçamento, conforme Relatório da Comissão Especial criada pelo Decreto 1.001/1993 (Brasil, 1994). Algumas foram implementadas (vide notas 25 e 26). Mesma sorte não teve o anteprojeto de alteração do § 2º do art. 38 da Lei 4.595/64, que obrigava as instituições financeiras, públicas ou privadas, a prestarem ao TCU informações necessárias ao pleno exercício de sua competência legal e constitucional, permitindo a esse órgão de controle a quebra de sigilo bancário de servidor suspeito.
- <sup>41</sup> A função controle se divide em interna e externa, conforme o art. 70 da Constituição. As competências são múltiplas e estão associadas aos poderes instrumentais àquela função, meios para o alcance de uma finalidade específica, e às prerrogativas constitucionais e legais atribuídas à instituição de controle (Britto, 2003, p. 25-26).

- <sup>42</sup> O controle pode dispor de novos mecanismos de enfrentamento, como os da Lei 10.217/01 (ação controlada, acesso a dados, interceptação de sinais e infiltração de agentes), das LCs 104 e 105/01 (flexibilização dos sigilos fiscal e bancário) e do Decreto 5483/05 (sindicância patrimonial), além do uso de prova emprestada (STF HC-78749MS e STJ MS-7024 e 9212DF), delação premiada (Lei 9034/95) e interceptação telefônica (Lei 9296/96).
- <sup>43</sup> Vide pronunciamento do Ministro Adylson Motta na CPI dos Correios (TCU, 2005).
- <sup>44</sup> O TCU foi criado em 1890, por meio do Decreto nº 966-A e por iniciativa do ministro da Fazenda à época, Rui Barbosa. Norteia-se, desde o nascedouro, pelo princípio da autonomia e pela fiscalização, julgamento e vigilância da coisa pública. A Constituição de 1891, a primeira republicana, institucionalizou-o definitivamente. A partir de então, as competências do TCU têm sido estabelecidas no texto constitucional (Brasil, 2002b).
- <sup>45</sup> Ao TCU compete o controle da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão de bens e valores públicos. Para tanto, realiza a fiscalização (*lato sensu*) contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e de suas entidades, julgando as contas dos gestores e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. O Título II da Lei 8.443/92 (arts. 6º a 61) trata desses dois principais instrumentos: julgamento e fiscalização (Brasil, 1992).
- <sup>46</sup> Na teoria jurídica há quem reconheça nos tribunais de contas uma espécie de jurisdição, administrativa de contas ou anômala. Outros a reconhecem apenas como processo administrativo especial. De fato, aplicam-se ao TCU os princípios da jurisdição, como: investidura, aderência ao território, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade e juiz natural. Não se aplicam os da inércia e coisa julgada (formal). Aos seus processos aplicam-se princípios do rito civil e penal, como o da verdade material ou real. Subsidiária e analogicamente, aplicam-se outras normas processuais, como as da Lei 9.784/99, CPC e CPP (Oliveira, 2004, p. 38-45).
- <sup>47</sup> RTJ 43:151 e STJ MS-6960, DJ 27.08.59. Impossível ao Judiciário julgar as contas (CF, arts. 70 e 71), mas pode desconstituir decisão do TCU por irregularidade formal ou ilegalidade manifesta (CF, art. 5º, XXXV). A impossibilidade de revisão judicial das decisões do TCU, quanto ao mérito, reforçam a tese da jurisdição própria.
- <sup>48</sup> O art. 73 da Constituição assegurou ao TCU, no que couber, as mesmas atribuições que o art. 96 outorga aos tribunais judiciários. O §3º deste artigo reserva aos ministros do TCU as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça – STJ (Brasil, 2003a).
- <sup>49</sup> Inspirados no modelo francês, os tribunais de contas brasileiros não herdaram a vinculação ao Judiciário. A corte francesa tem função central de julgar irregularidades do gestor público, em última instância (Speck, 2002).
- <sup>50</sup> Vide Britto (2003, p. 28-31). Na exposição de motivos do Decreto 966-A/1890, Rui Barbosa define essa Corte como “*corpo de magistrados intermediária à Administração e à Legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional*” (Brasil, 2002b).
- <sup>51</sup> Contas representa o conjunto de informações, obtidos direta ou indiretamente sobre uma determinada gestão, que permita avaliar a legalidade, legitimidade, eficácia, eficiência e economicidade da gestão (TCU, 2000).
- <sup>52</sup> Para Cavalcanti (1999), além do julgamento, o processo serve à punibilidade do faltoso e à reparação do dano.
- <sup>53</sup> A missão declarada pelo TCU é “*assegurar a efetiva e regular aplicação dos recursos públicos, em benefício da sociedade*” (Brasil, 2003b). Vide, também, Moura e Castro (1999, p. 85).
- <sup>54</sup> No Título VI do Regimento Interno do TCU (Brasil, 2002a), são atividades de controle externo: Julgamento de Contas (arts. 188 a 220); Apreciação das Contas do Governo da República (arts. 221 a 229); Fiscalização (*stricto sensu*), por meio de levantamento, auditoria, inspeção, acompanhamento e monitoramento, e seus objetos (arts. 230 a 258); Apreciação de Atos Sujeitos a Registro (arts. 259 a 263); e Resposta a Consulta (arts. 264 e 265).

- <sup>55</sup> Sujeitos do controle: gestores de recursos, cerca de 2.600 unidades federais, 5.000 municípios e 27 Estados/DF. Objetos do controle: orçamento, programa, contabilidade pública, LRF, fundo, licitação, contrato, obra, serviço, ato de despesa, ato de pessoal, declaração de bens/renda, desestatização, regulação, subvenção, transferências constitucionais, legais e voluntárias (convênio), patrimônio, arrecadação, renúncia de receita, operação de crédito, dívida pública etc (Brasil, 2002b).
- <sup>56</sup> A sustação de contratos pelo TCU pode ocorrer caso o Congresso Nacional, após comunicado, não o faça. O TCU vem se utilizando mais fortemente de medidas cautelares, como suspensão de atos, indisponibilidade e arresto de bens, bloqueio de valores em contas bancárias, afastamento temporário de cargo ou função. Em 2004 foram 31, no total de R\$376 milhões (Brasil, 2005a). Só no 3º trimestre/2005 foram 37 medidas (Brasil, 2005b).
- <sup>57</sup> Vide decisão do TRF 1ª Região no MS-2000.25752-7/DF. Recomenda-se, todavia, prever no convênio/contrato o acesso aos órgãos de controle estatal e o fornecimento de todas as informações comprobatórias da fiel execução da avença.
- <sup>58</sup> Sanções: condenar em débito e imputar multa, inabilitar para exercício de cargo ou função pública pelo prazo de cinco a oito anos, declarar inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração por até cinco anos e decretar, por até um ano, a indisponibilidade de bens de responsável condenado em débito/multa. O julgamento pela irregularidade das contas pode levar à inelegibilidade do responsável, declarada pela Justiça Eleitoral. Acórdãos de contas irregulares são remetidos ao MPU (Lei 8.443/92, arts. 23, 24, 56 a 61; Brasil, 1992). Ao apreciar fiscalização com irregularidade sem débito poderá aplicar multa (art. 250, §2º, RITCU; Brasil, 2002a).
- <sup>59</sup> Vide CF/88, §3º do art. 71, c/c Lei 8.443/92, art. 19, e Código de Processo Civil (CPC), art. 585.
- <sup>60</sup> Projeto de Emenda Constitucional tramita no Senado para dar auto-executoriedade às decisões do TCU.
- <sup>61</sup> Estatística do Ministério Público junto ao TCU, responsável pelo encaminhamento dos acórdãos condenatórios à AGU. Destaca-se que os títulos são acompanhados de pesquisa de bens feita pelas secretarias do TCU.
- <sup>62</sup> Conscientes desse fator, dirigentes e servidores vêm conseguindo reduzir os estoques de processos e o tempo médio de apreciação, bem como o tempo médio de atendimento ao parlamento (Brasil, 2005a, e 2005b).
- <sup>63</sup> Apesar do controle prévio ter sido abolido desde a Constituição de 1967, o controle *a priori* pode ocorrer sobre ato de gestão que não se concretizou ou produziu efeitos financeiros, como a suspensão de licitação em curso. O controle concomitante é mais comum: acompanhamento *pari passu* de processo de desestatização, atos de pessoal (só concluem com registro do TCU) e levantamentos do andamento de obras públicas. Em 2004, o benefício das ações de controle alcançou R\$ 1,58 bilhão. As 414 obras fiscalizadas envolveram R\$ 19,5 bilhões. Foi reavaliada em R\$300 milhões a privatização do Banco do Estado do Ceará (Brasil, 2005a). Em 2005 o TCU reduziu em R\$500 milhões as obras da BR-101/Norte e da transposição do Rio São Francisco (Brasil, 2005b).
- <sup>64</sup> Conceitos de materialidade, risco e relevância estão definidos na Instrução Normativa 47/2004 (Brasil, 2004a).
- <sup>65</sup> As alternativas de recurso no TCU cumprem o princípio da ampla defesa e do contraditório (Brasil, 2002a).
- <sup>66</sup> A repressão pode alcançar particulares, desde que em conluio com servidor (TCU Súmula 187).
- <sup>67</sup> Ao saudar premiados com o grande colar da Ordem de Mérito do TCU em 2005, o Ministro Marcos Vilaça fez uma oração à probidade e à transparência, em que disse: “O controle externo, que nos compete, há que buscar a qualquer preço uma teoria da qualidade do serviço público. Não basta agir na legalidade, é preciso ser eficiente. A corrupção é facilitada pela falta de qualidade e o desperdício é tão danoso quanto a ilicitude. A corrupção é sonora, a gente acaba ouvindo o ranger dos dedos. Já o desperdício é silencioso e macio”.
- <sup>68</sup> No plano estratégico 2006-2010 o TCU elaborou mapa da estratégia de atuação (usando a metodologia de *balanced scorecard*) e definiu como principal objetivo de resultado: ser reconhecido pela sua contribuição ao combate à corrupção, desvio, desperdício e fraude e ao aperfeiçoamento da administração pública (Brasil, 2006).

- <sup>69</sup> É o relatório técnico de macroavaliação da conformidade e do desempenho do governo federal. Infelizmente é um trabalho de importância nacional, mas de baixa utilização pelo seu destinatário principal: o Legislativo.
- <sup>70</sup> Brasil, 2004a, 2004b. Mantendo a modernização na sistemática do controle de contas, o Acórdão 2.159/2005-Plenário aprovou a Decisão Normativa 71/2005 (Brasil, 2005c). Trata-se de aperfeiçoamento contínuo do exame de contas, uma vez que a decisão normativa anual permite a implantação gradual de ajustes e inovações a partir da avaliação por parte das unidades envolvidas na constituição e apresentação das contas anuais, no TCU e nos órgãos de controle interno, observando o equilíbrio entre necessidades de controle e possibilidades operacionais.
- <sup>71</sup> Via intercâmbio com entidades de controle nacionais e internacionais, pesquisa científica, programas educacionais, projetos de modernização, gestão do conhecimento, publicações, seminários etc (Brasil, 2004c).
- <sup>72</sup> Projeto com financiamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) (PNUD Brasil, 2005).
- <sup>73</sup> Segundo Kanitz (1999), o Brasil é pouco auditado, possui poucos auditores e não valoriza o controle.
- <sup>74</sup> O TCU é reconhecido como Entidade de Fiscalização Superior (EFS) do Brasil, sendo filiado à *International Organization of Supreme Audit Institution* (Intosai), associação mundial que congrega instituições nacionais de controle, e à Organização Latino-Americana e do Caribe (Olacefs), uma das 5 seções continentais da Intosai.
- <sup>75</sup> Melhoria na aplicação de recursos da merenda escolar foi obtida com visitas e distribuição de cartilhas aos membros de conselhos municipais. Em 2005 foram orientados os novos prefeitos municipais em todo o país e em 2006 o público será o terceiro setor. Informações do projeto diálogo público do TCU em: [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).
- <sup>76</sup> Furtado (2005) sugere medidas simples: treinar equipes de licitação, divulgar preços e aprender com erros.
- <sup>77</sup> Demo (1995) argumenta que a efetiva transparência governamental necessita da participação da sociedade.
- <sup>78</sup> Vide a cartilha da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em Kondo (2000).
- <sup>79</sup> Para Figueiredo e Garcia (2002) in Speck (2002), *“a força do direito e de suas normas depende essencialmente da mobilização social. A eficácia da norma (...) está vinculada à participação da sociedade civil, das organizações sociais, dos atores que pressionam o Estado e seus agentes. Quanto maior a conscientização, a pressão, a informação a respeito dos negócios públicos, maior será a resposta do sistema jurídico. O processo não caminha sem impulso oficial, informa-nos o direito processual. E podemos dizer que também não marcha o direito sem educação popular, conhecimento do problema e impulso dos interessados”*.
- <sup>80</sup> Comparando-se as competências do TCU com as de outras EFS (EUA, Reino Unido, Canadá, África do Sul, Austrália, França, Portugal, Espanha, Itália e Alemanha), nota-se que o TCU possui o maior e mais variado leque de armas para o combate à corrupção. Na comunidade européia, ao lado do Banco Central e do Parlamento, criou-se uma Corte de Contas, mas a Europa dispõe também de um organismo anti-fraude (Olaf).
- <sup>81</sup> Quem se serve da corrupção procura intervir em três níveis: na elaboração de escolhas, típica de atividades de grupos de pressão pouco representativos, mas que possuem bastante acesso aos *decision-makers*; na aplicação de normas pela Administração, objetivando obter isenção ou vantagem; e quando se faz valer a lei contra transgressores, neste caso, a corrupção visa a fuga às sanções legalmente previstas. São objeto da corrupção, nos três níveis, parlamentares, gestores (burocracia), agentes de controle e a magistratura (PolíticaVoz, 2005).
- <sup>82</sup> Levantamento feito pelo Ministério Público das ações judiciais instauradas em Santa Catarina, no período de 1985 a 1995, por práticas de crimes contra a administração pública (peculato, concussão, corrupção e prevaricação), possibilitou concluir que, apesar da relevância do problema, a Justiça só trabalha com uma reduzida porcentagem da criminalidade real produzida pela corrupção (Brüning, 2005).
- <sup>83</sup> O TCU recebeu a faixa prata do Conselho do Programa de Qualidade do Governo Federal (Brasil, 2005a).

# O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTRUÇÃO DE MODELOS AVALIATIVOS.

WALTER FACÓ BEZERRA

INTRODUÇÃO. 1. A ATIVIDADE AVALIATIVA: 1.1 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS; 1.2 A IMPORTÂNCIA DA AVALIAÇÃO NO SETOR PÚBLICO; 2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A PARTICIPAÇÃO E A AVALIAÇÃO; 3. DIMENSÕES E OBJETIVOS DA AVALIAÇÃO; 4. O TCU E A AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS; 4.1 A INSERÇÃO DO TCU NO CAMPO DA AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS; 4.2 A ELABORAÇÃO E A ANÁLISE DE MODELOS AVALIATIVOS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSTAS DE AÇÃO. 5.1 IMPORTÂNCIA DA AVALIAÇÃO EXTERNA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 5.2 APLICAÇÃO DOS RESULTADOS DA AVALIAÇÃO; CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.

## INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, crescem, no seio da sociedade, legítimas pressões sobre os governos, com demandas por maior transparência de suas ações. Os cidadãos exigem informações relevantes e confiáveis sobre as atividades governamentais. Como decorrência, amplia-se a abertura dos governos e os cidadãos e as empresas conquistam uma maior participação no processo de formulação de políticas públicas. O governo não é visto mais como órgão decisório exclusivo e inquestionável: na busca para suprir as necessidades sociais, o cidadão envolve-se e compromete-se com os empreendimentos estatais. Essa nova realidade, exige dos administradores públicos novos posicionamentos.

A capacidade de adaptação — em uma sociedade que tem como paradigma a mudança — é vital tanto para os indivíduos como para as organizações, sejam públicas ou privadas.

A transparência do governo e o combate implacável à corrupção constituem fatores de inibição do atraso e impulsionadores do desenvolvimento econômico, a par de representarem aspectos essenciais da democracia.

Nesse sentido, o papel hoje exercido pelo Tribunal Contas da União (TCU) no campo da avaliação de programas e políticas públicas é, sem dúvida, de muita relevância. A atividade desempenhada pelo Tribunal se constitui, cada vez mais, numa valiosa contribuição, não só para os órgãos públicos gestores, mas, sobretudo, para os cidadãos atingidos pelos programas governamentais, muitas vezes de abrangência nacional.

Grande parcela das receitas públicas é despendida em programas de governo. É imperioso que tais gastos atendam, sem desvios e desperdícios, aos anseios e às exigências da sociedade. A avaliação de programas públicos é instrumento insubstituível na verificação do retorno social dos empreendimentos governamentais. A adequada utilização de métodos avaliativos, por sua vez, é essencial para que os formuladores de políticas públicas (*policy makers*) possam desenhar melhores programas para o futuro, gerando benefícios tanto para as instituições quanto para o público-alvo.

O valor do método científico, preconizado pela pesquisa avaliativa, não pode ser descartado. As decisões governamentais não devem ser pautadas apenas em razões de contingências políticas. O burocrata que, desconectado dos novos valores alcançados

pela sociedade brasileira, somente considera os momentâneos jogos de interesse, precisa se aperceber dos riscos e das armadilhas decorrentes da adoção de decisões que tenham respaldo unicamente em critérios de favorecimento ou de busca de ganhos políticos de conotação puramente eleitoral.

Nesse contexto, o TCU pode e deve marcar presença. Órgão de raiz constitucional, detentor de expressivas competências, cabe ao Tribunal atuar não apenas no campo mais visível do combate à corrupção, mas também na esfera da transparência das ações governamentais.

## 1. A ATIVIDADE AVALIATIVA

### 1.1 Considerações teóricas

O ato de avaliar é peculiar ao ser humano e manifesta-se, consciente ou inconscientemente, a todo instante. Em relação às empresas e à administração pública, a atividade avaliativa é integrante de uma das funções administrativas: a função controle.

A avaliação, vista de forma simplificada e concisa, é um processo de comparação, em um momento determinado, entre o que se alcançou, mediante a aplicação de uma ação, com o que se deveria ter alcançado, de acordo com uma programação previamente definida.

358

A avaliação — particularmente a de programas públicos — pode também ser compreendida como um processo que se compõe da formulação de objetivos, da elaboração de meios capazes de medir e interpretar os resultados e, por fim, da averiguação do alcance dos objetivos propostos. Ela mede o grau de êxito ou de fracasso de uma ação de governo, ou seja, demonstra o grau de efetividade das ações empreendidas, concluindo, de modo científico, sobre o mérito do programa.

Estudo clássico, desenvolvido por Hayes (1972, Introdução), afirma que o processo avaliativo não é composto unicamente da obtenção de medidas de resultados e custos. Para o autor,

a medida, ou seja, os fenômenos concretizados e quantificados tanto quanto possível, é apenas um estágio da avaliação. Contrariamente ao dito popular, os fatos, raramente falam por si. Eles têm de ser interpretados, e a interpretação é o componente que distingue a avaliação da simples medida.

A determinação do êxito ou fracasso de um programa é, de fato, um dos objetivos da avaliação, mas não o único. A avaliação precisa ser compreendida de forma mais ampla. Por seu intermédio, a atividade de planejamento é subsidiada, a improvisação é eliminada e os gestores do programa recebem as informações necessárias ao processo decisório.

O pesquisador precisa estar ciente de que não existe um marco teórico que abarque e diferencie todas as metodologias disponíveis. Ademais, a classificação das inúmeras modalidades de avaliação, além de representar um grande esforço de pesquisa, pode redundar em um exercício inútil. A pesquisa avaliativa insere-se num campo de grande amplitude, controverso e em constante mudança. Continuamente são estudadas e aplicadas novas metodologias avaliativas.

Dentre as inúmeras modalidades de avaliação abordadas pelos estudiosos pode ser destacada, por sua importância, a avaliação que procura medir os efeitos e o impacto do programa. A avaliação de impacto procura investigar as reais mudanças que o programa produziu no ambiente de sua atuação e na população beneficiária. O seu enfoque reside, fundamentalmente, nos resultados de natureza social. Esforça-se por medir os custos sociais e os benefícios do programa, confrontando-os com os objetivos definidos. Realiza inferências causais entre as ações implementadas e as mudanças observadas. Tenório e Alves (1986, p. 160), esclarecem que **impacto** é “a mudança que se verifica no padrão de vida e na capacidade de desenvolvimento autônomo de um grupo de beneficiários, ou comunidade, decorrentes dos efeitos do projeto.” As informações colhidas, nessa espécie de avaliação, voltam-se, em essência, para o exterior do programa, estendendo o seu exame para além do período de execução, da área de atuação e, mesmo, do público por ele atingido.

O mais importante fator a ser lembrado é que — qualquer que seja o enfoque avaliativo — o plano metodológico da avaliação deve ser compatível com a situação que se quer avaliar.

## 1.2 A importância da avaliação no setor público

Como já referido, a atividade avaliativa insere-se na função administrativa de controle. E o controle, como se sabe, é uma função componente da administração, da gestão ou do governo, necessário tanto nas organizações privadas, quanto no Estado democrático.

O gestor de programas públicos — como qualquer outro administrador — necessita tomar decisões rápidas, frente a situações inesperadas e incertas. Um processo avaliativo bem conduzido fornece informações relevantes e objetivas em apoio ao gestor que, assim, pode conduzir mais adequadamente os programas públicos.

Os órgãos governamentais, as fontes de financiamento, os destinatários dos programas e uma opinião pública cada vez mais ciente de seus direitos de informação, entre outros atores, têm reivindicado aos gestores de programas que demonstrem não apenas as necessidades para as quais eles se voltam, mas sobretudo até que ponto podem contribuir para a solução ou para o abrandamento de problemas sociais. Sob essa ótica, a realização do processo avaliativo funciona como sustentáculo à própria sobrevivência dos programas governamentais. A atividade avaliativa é uma necessidade vital às organizações.

Numa visão sistêmica, Schneider (1986, p. 362) elabora um modelo que integra a avaliação e a análise de políticas públicas. A autora entende que a avaliação no setor público deve ser vista como parte do sistema de produção de informações destinadas ao processo de *policy-making*:

A finalidade básica da avaliação, e de outros tipos de pesquisa de políticas, é infundir conhecimento no processo decisório de modo a melhorar o desempenho do governo. Segue, então, que considerável atenção deve ser dada às necessidades de informação de todas as partes do sistema. É essencial que os condutores de avaliações [...] entendam a situação política na qual o estudo é realizado e voltem sua atenção para os aspectos particulares da política e para os impactos que levam ao aperfeiçoamento das políticas públicas.

A medição do impacto do projeto — para García-Longoria e Jordana (1992, p. 3-4) — exige que os objetivos e as metas programados sejam expostos com muita

clareza. Só assim, é possível avaliar o desenvolvimento alcançado e as mudanças geradas pelo programa no seu público-alvo e no ambiente.

Convém realçar que, entre os aspectos classicamente abordados em processos avaliativos — eficiência, eficácia e efetividade — é este último, na administração pública, o que possui as dimensões mais próximas da política pública, exatamente porque contempla o dimensionamento do bem-estar da comunidade. Supondo que a política pública tenha sido traçada em função de demandas da comunidade, a avaliação da efetividade mediria o grau da **adequação** das respostas ofertadas pelo poder público (propriedade política do programa), isto é, verificaria se os resultados alcançados pelo programa suprem as necessidades que lhe deram origem. Outra importante dimensão presente na avaliação da efetividade é a **equidade**, que se destina a apurar se o programa contribuiu para uma distribuição mais justa dos recursos públicos.

No campo da avaliação de programas sociais — onde o TCU vem envidando crescentes esforços de atuação —, a avaliação de efeitos e de impacto dos programas públicos é muito adequada às necessidades do Tribunal. Tal modalidade de avaliação, que tem como premissa a audição das populações beneficiárias, dirige-se a averiguar se o programa estaria contribuindo para a melhoria das condições ou da qualidade de vida da comunidade onde atua. O fundamento é que a consolidação da democracia passa inevitavelmente pela valorização do cidadão e requer a substituição do favor concedido pelo direito conquistado.

## 2. AS POLÍTICAS PÚBLICAS, A PARTICIPAÇÃO E A AVALIAÇÃO

360

O Estado é instrumento essencial de transformação socioeconômica, principalmente em países em desenvolvimento. A promoção do bem de todos é que justifica a existência do Estado. O desenvolvimento nacional — um dos objetivos primordiais do país<sup>1</sup> — pressupõe um aparelho administrativo moderno e eficiente, capaz de bem executar os planos e as políticas de governo.

No entanto, as políticas públicas não devem simplesmente ser impostas de cima para baixo, sem qualquer tipo de consulta aos beneficiários. Bahia (1994, p. 5) vê na descentralização do poder político uma forma possível de minorar a situação de desigualdade social. Afirma o autor:

Não é preciso dizer que a igualdade existe como direito e a desigualdade como realidade. O direito permanecerá distante da realidade enquanto as oligarquias políticas barrarem o caminho das reformas propostas pela engenharia democrática, que objetivam um processo decisório de governo menos fechado e mais aberto às correntes de representação e participação potenciais da sociedade sem voz.

De fato, a participação é um processo que leva os cidadãos a se tornarem seus próprios agentes de mudanças e a evoluírem do estado de apatia social para o de plena atividade, com assunção de direitos e responsabilidades. É cada vez mais verdadeira a afirmativa de que a ação política do cidadão-eleitor pode ser decisiva na adoção de determinadas políticas de governo.

Para que a democracia se consolide é imperioso que se substitua o favor concedido pelos direitos conquistados. Demo (1991, p. 45), discorrendo sobre a questão do controle democrático, afirma que a sociedade tem o dever de organizar-se no sentido de exigir do



Estado (a criatura) o cumprimento de suas funções históricas e constitucionais perante o povo (o criador).

A mobilização da sociedade é condição necessária para a instauração de uma ordem pública democrática. É preciso acreditar numa nova relação entre os cidadãos e os governantes, onde todos se disponham a cooperar responsabilmente na construção de ideais comuns. Almeja-se que as classes populares participem não apenas como simples espectadoras, mas também como sujeitos ativos. É esse o modo de garantir uma organização civil e politicamente autônoma que, a partir desse pressuposto, possa lutar por mudanças nas condições socioeconômicas.

Pease e Mujica (1992, p. 32) compartilham do mesmo pensamento, e assim se referem à democracia participativa:

Supõe [...] a abertura de canais diretos ao cidadão, não só em termos individuais mas também em termos comunitários ou associativos. Exige, ainda, transparência no processo político; e requer um tecido social consistente, uma sociedade civil forte, cujas instituições logrem penetrar no âmbito estatal com suas iniciativas, seus questionamentos da gestão pública e seu interesse pela participação.

A atitude participativa apresenta vantagens inquestionáveis, como, por exemplo, a redução das resistências às mudanças propostas pelos programas públicos (em razão da prévia discussão e do maior comprometimento daqueles diretamente alcançados pela ação governamental). Além disso, a participação — que pressupõe uma maior abertura do governo — possui grande relevância no tema avaliação. As boas práticas governamentais não prescindem do respeito às leis e da correta administração do orçamento. O cuidado perene com a probidade, a integridade e a honestidade é inseparável de uma administração pública íntegra. Todos esses aspectos são pontos considerados na prática avaliativa.

361

Como a avaliação é um aspecto invariavelmente presente na política pública, é preciso contar — na construção de técnicas ou modelos de avaliação de programas públicos — com o envolvimento dos cidadãos. A esse respeito é didática a lição de Kondo (2002, p. 12):

Fortalecer as relações com os cidadãos é um bom investimento para melhorar a formulação de políticas públicas e um elemento central da boa governança. Investir na participação permite que os governos aproveitem novas fontes de idéias, informações e recursos políticos ao tomarem decisões. Igualmente importante, contribui para a construção da confiança pública no governo, aumentando a qualidade da democracia e fortalecendo a capacidade cívica.

A elaboração de políticas públicas — vista pelo ângulo da participação — remete, de imediato, ao tema da cidadania. É que a cidadania também pressupõe uma organização ativa e descentralizada, exercida nos diversos campos de atuação da vida comum. Embora se perceba uma contínua evolução, ainda é muito tímido o exercício dos poderes fiscalizatórios da sociedade brasileira sobre os atos da Administração. O efetivo engajamento da sociedade na realização de políticas públicas pressupõe a existência de instituições sólidas. Como componente do espectro de instituições políticas do Estado brasileiro, o TCU é, sem dúvida, um dos agentes nesse processo.

É importante observar que a avaliação de programas públicos deve acompanhar o grau de desenvolvimento alcançado pelos programas objeto do estudo avaliativo. Nesse ponto é necessário que se verifique não apenas as transformações quantitativas,

mas também as qualitativas. O progresso material há de vir acompanhado do progresso das pessoas como cidadãos. Os trabalhos avaliativos conduzidos pelo TCU precisam, portanto, observar esses dois aspectos. E mais: a avaliação das ações governamentais há de ter uma abrangência que contenha em seu bojo a análise da própria participação social.

A partir do conhecimento dessa realidade, o Tribunal não pode descartar a parceria da sociedade na condução da atividade avaliativa das políticas e programas públicos. Isto é, nas metodologias a serem desenvolvidas, é de todo conveniente que sejam inseridas etapas que permitam a audição dos beneficiários dos programas públicos, sobretudo nas avaliações de efeitos e de impacto.

### 3. DIMENSÕES E OBJETIVOS DA AVALIAÇÃO

Apesar da grande quantidade de livros e de artigos publicados em revistas especializadas, ainda há muito a ser aprendido no campo da avaliação de programas, principalmente em relação a desenhos de pesquisas aptos a isolar adequadamente padrões de causa e efeito. Outro aspecto a ser aprimorado é o da criação de métodos apropriados a cada caso específico, evitando-se cópias de trabalhos elaborados em contextos sociais diversos. Ademais, a própria dinâmica da vida produz alterações contínuas e significativas na realidade social, com conseqüentes modificações nos objetos de estudo.

Mesmo diante dessas dificuldades, os esforços da ação governamental precisam ser monitorados. Os resultados da atividade avaliativa possibilitam a análise do desempenho dos programas públicos e, como decorrência, municiam os gestores com informações necessárias ao processo decisório.

362

A linha teórica de uma avaliação de programas governamentais não deve ficar restrita tão-somente aos aspectos estritamente econômicos. Também não é recomendável que a avaliação de programas públicos privilegie somente a análise estatística de dados passados, muitas vezes ... ultrapassados. Tampouco é prudente que o estudo avaliativo esteja limitado apenas a comparar o resultado obtido com a implantação do programa público com a situação anteriormente diagnosticada. Ao revés, devem ter relevo especial as variáveis teleológicas, ou seja, aquelas direcionadas para a consecução dos objetivos gerais do programa, comumente verificáveis pela via do contato direto com o público-alvo.

Há de se ter cuidado também com a adoção de métodos avaliativos padronizados. Cada programa possui as suas particularidades. E como todo modelo é uma simplificação da realidade, é imperioso que se encontre um método adequado ao programa em estudo.

Relevante mencionar o alerta de Graham e Hays (1994, p. 243):

O trabalho de avaliação é feito através do estudo dos programas de uma organização, associando-se os resultados da atividade do programa com metas e objetivos que o programa devia realizar. Entretanto, como as características dos programas variam, é lógico que as abordagens de avaliação também têm de variar. Entre as características que contribuem para a distinção de um programa, estão o âmbito, o tamanho, a duração, a clareza das metas, complexidade das operações e grau de inovação.

A tarefa de estabelecer, no campo social, relações exatas entre variáveis, ainda que desafiadora, não deve se constituir em fator impeditivo que leve ao desestímulo do uso de medidas de resultado. O dispêndio dos escassos recursos públicos impõe a obrigação de que se avalie o retorno social dos programas.

A execução dos programas públicos comporta várias dimensões, e diferentes modelos avaliativos colocam-se à disposição do estudioso. A avaliação pode referir-se a diversos aspectos de um programa, tais como à sua estrutura, ao seu funcionamento, às suas atividades, aos seus beneficiários ou a todos esse fatores em conjunto. Devido a limitações de tempo e de recursos, os responsáveis pela avaliação têm a obrigação de definir com precisão o que pretendem avaliar.

Uma metodologia bastante utilizada consiste em elaborar um instrumento de avaliação que comece por definir as dimensões que serão abrangidas pelo instrumento avaliativo, para, em seguida, determinar as variáveis para cada uma dessas dimensões, e por fim, fixar os indicadores de desempenho.

Um ponto fundamental orienta a elaboração de modelos avaliativos: os instrumentos de pesquisa adotados devem permitir a realização de inferências causais entre as mudanças ocorridas no ambiente de atuação e as ações desenvolvidas pelo programa, de tal modo que se possa avaliar os efeitos e o impacto do programa. Essa é a sistemática comumente utilizada nos desenhos avaliativos de programas direcionados ao desenvolvimento comunitário.

Sobretudo quando os objetivos do programa enfatizam as variáveis relacionadas aos processos participativos — destinados ao aperfeiçoamento da cidadania —, a avaliação de impacto possui uma relevância maior. Em última instância, essa modalidade de avaliação mede os resultados de natureza social, isto é, a contribuição do programa para o aprimoramento da prática participante e, como decorrência, para o aperfeiçoamento do processo democrático.

Ao promover estudos avaliativos voltados para a análise de programas públicos, o TCU precisa estar atento aos objetivos fundamentais da avaliação, que podem ser resumidos em três: estabelecimento do grau de pertinência, eficiência, eficácia ou efetividade de um programa; determinação das razões do seu sucesso ou insucesso; e facilitação do processo de tomada de decisões.

O alcance do primeiro objetivo relaciona-se diretamente com a essência do programa avaliado. Dirige-se, fundamentalmente, a conhecer o grau de êxito do programa em cada aspecto particular eleito pelo pesquisador, tais como: capacidade do programa de resolver a situação ou problema a que se destina; coerência das atividades desenvolvidas com os objetivos propostos; nível de alcance das metas estabelecidas; medição da rentabilidade ou da eficiência do programa.

A respeito da determinação do sucesso ou insucesso, Aguilar e Ander-Egg (1994, p. 63) fazem a seguinte ponderação:

Uma pesquisa avaliativa não pode limitar-se a estabelecer quais foram os “êxitos” ou “fracassos” de um programa. Deve tratar de averiguar por que certas conquistas foram atingidas e por que ocorreram determinados fracassos. Isto permitirá, além do mais, tirar lições da avaliação para outros programas de natureza semelhante.

Por fim, quanto ao objetivo de facilitar o processo de tomada de decisões em relação ao programa público avaliado, podem ser destacadas as seguintes conseqüências, entre muitas outras: realizar modificações ou interromper o programa; alterar a estratégia de desenvolvimento do programa; aprimorar a metodologia adotada; sugerir inovações na estrutura da organização, no que diz respeito à condução do programa; propor o aumento, a manutenção ou a redução dos recursos públicos destinados ao programa.

Cabe enfatizar que não se deve diminuir a importância da participação ativa de todos os atores de um programa quando de sua avaliação, sobretudo porque, segundo Sandoval (1988, p. 67),

São eles que, a partir de uma experiência determinada e concreta, vivida em tempos precisos, têm elementos de conhecimento, explicação e valorização da influência de fatores internos e externos sobre os programas e projetos, êxitos, limitações e desafios enfrentados. Por meio da ativa participação dos atores inseridos na ação se busca chegar à valorização dos processos, atividades e resultados alcançados. São principalmente eles que definem os objetivos, métodos e técnicas de avaliação.

Há, assim, de se considerar os depoimentos e as contribuições do público-meta do programa. É essa a forma de trazer os principais agentes do processo à participação, não os alijando desta importante fase de qualquer programa público: a avaliação.

## 4. O TCU E A AVALIAÇÃO DE PROGRAMAS PÚBLICOS

364

### 4.1 A inserção do tcu no campo da avaliação de programas

A importância do Tribunal de Contas da União em relação às políticas públicas é inquestionável. Em sua missão de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo da União e das entidades da administração direta e indireta, o TCU desempenha o relevante papel de promotor da democracia, uma vez que sua atuação está voltada para a fiscalização do uso dos recursos públicos. Esses recursos, oriundos dos cidadãos e das empresas, representam as fontes financeiras que dão sustentação aos programas governamentais.

A Constituição Federal de 1988 destinou à Corte de Contas um amplíssimo rol de atribuições, alargando consideravelmente o seu campo de atuação. Entre as competências atribuídas ao TCU — listadas nos arts. 33, § 2º, 70, 71, 72, §§ 1º e 2º, 74, § 2º e 161, parágrafo único, da Carta Magna —, quase todas possuem, em maior ou menor grau, relação com o tema da avaliação de programas públicos, não sendo necessário maiores esforços para comprovar essa assertiva. A apreciação das contas anualmente prestadas pelo Presidente da República<sup>2</sup>, por exemplo, exige do Tribunal um extraordinário trabalho de avaliação de políticas públicas, sendo talvez a competência onde mais amplamente o TCU esmiuça as atividades governamentais.

Outros exemplos de competências conferidas ao Tribunal — nas quais se insere perfeitamente a temática da avaliação de programas públicos — podem ser mencionados: a) realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional; b) fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal ou a Municípios; e c) prestar informações ao Congresso Nacional sobre fiscalizações realizadas.

No exercício de sua missão fiscalizadora, o TCU observa não apenas o aspecto da legalidade, mas também o da legitimidade e economicidade, o que alarga em muito a possibilidade de conduzir avaliações de amplo alcance. Acerca desse ponto, cabe destacar o poder conferido à Corte de Contas de realizar fiscalizações de natureza operacional. Tal instrumento de trabalho permite ao TCU não somente apreciar a legalidade do gerenciamento financeiro e patrimonial dos recursos públicos, mas também a efetividade na concepção, implementação e avaliação dos programas gerenciados pelo governo.

Ressalte-se que as cinco modalidades de fiscalização previstas na art. 70 da Constituição — contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial — não devem ser vistas de maneira estanque. Tais modalidades de fiscalização não só se comunicam, mas quase sempre se sobrepõem. A intenção do constituinte certamente foi a de não deixar fora da fiscalização do Congresso Nacional (com o imprescindível auxílio do TCU) qualquer forma de atuação das esferas administrativas, não admitindo lacunas na atividade de fiscalização e controle.

O TCU se caracteriza, em última instância, como órgão essencial às comunidades destinatárias das políticas públicas. Por decorrência, exerce papel de alto relevo na democracia social (representativa e participativa), bastando citar, para confirmar essa assertiva o conteúdo do art. 74, § 2º, da Constituição Federal: “Qualquer cidadão, o partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

O dispêndio das finanças públicas de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da Constituição) não está obrigado a sujeitar apenas ao exame formal de legalidade, mas também ao controle de gestão — que engloba, entre outros aspectos, a análise de resultados das despesas públicas e a verificação da relação custo/benefício —, de tal forma que se possa verificar se o cidadão-contribuinte é recompensado pelo sacrifício econômico decorrente da tributação.

Nesse ponto, há de se observar que a responsabilização (isto é, a possibilidade de identificar e responsabilizar os agentes públicos por suas ações) não se resume unicamente à verificação do cumprimento de leis e normas. Faz-se necessário — e esse ponto é relevantíssimo para a melhor compreensão do presente estudo — ir além, para averiguar o atendimento das expectativas geradas na sociedade, especialmente no que se refere ao comportamento moralmente aceitável dos gestores públicos.

O cumprimento das normas jurídicas atende ao princípio da legalidade; as respostas aos anseios da sociedade, ao princípio da legitimidade. Um e outro devem ser devidamente tomados em conta nos trabalhos avaliativos conduzidos pelo TCU.

## 4.2 A elaboração e a análise de modelos avaliativos

As políticas públicas, principalmente as voltadas para a área social, não podem deixar de considerar a população a que é dirigida. Tem sido muito comum, no Brasil, que os sujeitos sociais sejam vistos como simples pacientes, receptores das políticas e dos programas de governo.

Se os beneficiários de programas públicos não devem tão-só receber passivamente as ações governamentais — mas, sempre que possível, participar da sua formulação e implementação —, com maior razão também deveriam participar do processo avaliativo. É a participação ativa dos beneficiários que permite saber se o programa alcançou

efetividade, isto é, se a população foi atingida de tal modo que uma diferença significativa e positiva possa ser percebida.

No entanto, na elaboração de modelos avaliativos, particularmente os direcionados para programas governamentais, não se deve desconhecer o aspecto político que permeia os órgãos gestores. Graham e Hays (1994, p. 241), reportando-se a estudo de Weiss<sup>3</sup>, afirmam que:

As questões de avaliação estão ligadas à política pelo menos de três maneiras: 1) Os programas a serem avaliados são “instrumentos de decisão política” e portanto representam os interesses de seus patrocinadores políticos. 2) Os relatórios de avaliação competem com outras formas de informação pela atenção dos líderes políticos. 3) Os estudos de avaliação fazem “declarações políticas implícitas.”

De qualquer modo, embora a maior parte das políticas públicas e programas sociais possa ser caracterizada como autocentrados, gerenciados de forma hierarquicamente bem definida no âmbito do aparelho do Estado, o fato concreto é que há uma onda de descentralização administrativa, como faz prova a proliferação de conselhos municipais, nos quais se começa a verificar uma maior transparência no acompanhamento dos programas públicos.

Sobre o tema, é relevante a seguinte afirmação de Siqueira (1990, p. 66):

A responsabilidade social característica da administração pública deve impor-lhe, mais do que às organizações privadas, especialmente em países com escassos recursos como o nosso, compromisso com resultados eficazes da “coisa pública”. Evidentemente, resultados eficazes na administração pública significam democratizar o acesso em todos os níveis; ser permeável ao controle da sociedade; melhorar a qualidade dos serviços prestados e aumentar o grau de resolutividade dos problemas. Nenhum desses objetivos pode prescindir da avaliação.

Consideradas essas premissas, importante passo a ser dado na montagem de instrumentos de avaliação é colher informações detalhadas — sobretudo por meio de consulta aos documentos oficiais — acerca do programa a ser avaliado, especialmente quanto à sua filosofia, objetivos, operacionalização, abrangência e resultados pretendidos. A consulta à literatura especializada e a orientação de especialistas também são imprescindíveis.

A coleta de subsídios para a elaboração do modelo avaliativo tem como objetivo central encontrar as variáveis capazes de explicar o sucesso ou o fracasso do programa. Daí a importância de se obter, nas comunidades beneficiadas, informações sobre os resultados do programa (nada impede que o próprio público-alvo venha a ser o principal fornecedor das variáveis de avaliação). Obviamente que as dimensões a serem avaliadas e a construção de indicadores devem ser coerentes com as metas definidas para o programa.

O TCU, como órgão de controle — e, portanto, envolvido com questões de natureza avaliativa —, não pode cair na armadilha de adotar, sem criteriosa análise, modelos empacotados de avaliação de programas. É necessário que o Tribunal, a partir das peculiaridades de cada programa, elabore instrumentos avaliativos específicos. Dessa forma, melhor exercerá o seu papel perante a sociedade e, ao mesmo tempo, subsidiará adequadamente os gestores do programa.

Um bom instrumento avaliativo não se aplica apenas à dimensão objetiva, mas também — e talvez principalmente — à dimensão subjetiva. Apesar da maior carência metodológica, a ênfase há de residir na avaliação qualitativa. A esse respeito, pode-se fazer um paralelo com a previsão constitucional, outorgada ao TCU, de realizar fiscalizações quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade: a dimensão objetiva mais se aproximaria do aspecto da legalidade e economicidade, enquanto a dimensão subjetiva se vincularia mais à legitimidade.

Entre os indicadores que podem revelar o grau de efetividade do programa, destacam-se aqueles que se voltam para identificar as melhorias na qualidade de vida da população, objetivo último de quase todos os programas governamentais. Atente-se que a desgastada expressão “qualidade de vida” não se reporta exclusivamente a melhores condições de alimentação, saúde ou habitação. Qualidade de vida deve significar também a participação do homem nos destinos de sua comunidade e no seu próprio destino. De qualquer forma, o grande desafio na avaliação de programas governamentais é perceber se as mudanças ocorridas no ambiente onde implementados são, de fato, deles decorrentes.

Não se deve minimizar os ganhos secundários ou indiretos do processo de avaliação de programas públicos. A construção de dimensões, parâmetros, indicadores e variáveis voltados para a análise de desempenho, produtividade, eficiência, eficácia, efetividade, efeitos e impactos, ao se difundir e multiplicar, cria uma benéfica cultura de envolvimento da sociedade com os problemas sociais que deflagram as ações do governo.

Alerte-se, por fim, que a melhoria das condições de vida não deve ser passivamente esperada e simplesmente recebida. O processo de elaboração, condução e avaliação das políticas públicas reclama pelo envolvimento, cada vez maior, das camadas populares delas destinatárias. Enquanto não for alcançado o nível que conduz à auto-sustentação (capacidade de reivindicação e de construção do próprio destino), provavelmente o público-alvo não estará pronto para caminhar sozinho e o programa público não terá atingido o seu principal propósito.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSTAS DE AÇÃO

### 5.1 Importância da avaliação externa para a administração pública

Os estudos avaliativos globais, realizados de forma sistemática — adequados ao exercício do controle externo pelo TCU —, podem contribuir significativamente para a moderna gestão pública. As avaliações conduzidas pelo Tribunal não devem ficar restritas, porém, a mensurações de natureza técnica-quantitativa. Valendo-se de uma visão mais ampla, precisam preocupar-se com os importantes ingredientes sociais que circundam os programas públicos, inquirindo, por exemplo, sobre a utilidade das ações previstas nos programas, bem como sobre as soluções por eles preconizadas.

Como o TCU realiza avaliação externa ao órgão público gestor do programa, possui a vantagem de, teoricamente, ser mais objetivo, embora seus técnicos não disponham da mesma familiaridade que o pessoal interno à organização possui com o programa (vantagem que pode, no entanto, ser eliminada em razão da menor objetividade com um programa com qual se está envolvido).

Pela sua importância, o Tribunal deve caminhar no sentido da avaliação de impacto. Como já se afirmou neste estudo, a avaliação de impacto volta-se para as medições dos

efeitos globais do programa, procurando avaliar o que teria acontecido se o programa não tivesse sido implantado. Aqui o ponto crucial a ser respondido é qual a diferença que o programa fez, isto é, se os cidadãos por ele atingidos estão em melhor situação, como consequência da atividade desenvolvida pela ação de governo.

Os dados da avaliação, por sua vez, não de ser fidedignos e válidos. A fidedignidade relaciona-se com a consistência dos dados, o que se verifica pela observação de que a medida produz o mesmo resultado quando utilizada numa mesma situação e de forma idêntica (reprodutibilidade). Quanto mais específica for a medida maior a probabilidade de ser fidedigna. Dados válidos, por sua vez, decorrem de medidas que produzam resultados consistentes e necessários para a avaliação em estudo. Convém registrar, por fim, que se um estudo avaliativo é composto por conceitos de difícil compreensão (a qualidade de um programa, por exemplo), pode-se reforçar a sua validade por meio da utilização de indicadores múltiplos.

## 5.2 Aplicação dos resultados da avaliação

Apesar do notável desenvolvimento dos estudos avaliativos, ainda é pequena a influência das avaliações na política de formulação e condução dos programas públicos. Na prática, nem sempre os resultados e as recomendações do processo avaliativo são aplicados. Aguilar e Ander-Egg (1994, p.131) chegam a afirmar que “do mesmo modo que no estudo dos problemas sociais existem um superávit de pesquisas e um déficit de execução, nos estudos avaliativos ocorre algo semelhante”. Tal realidade realça a necessidade de que os resultados do processo avaliativo sejam obtidos e fornecidos adequadamente a seus destinatários, de modo a aumentar as chances de sua utilização.

368

A avaliação não se destina a outra coisa senão à introdução de medidas de ajuste, atividade corriqueira na prática administrativa, por meio da função controle. Não atingido esse estágio, o processo avaliativo não terá obtido êxito, não terá tido serventia na formulação de propostas de correção de rumos para futuras ações.

Para que a avaliação seja bem sucedida exige-se que os pesquisadores esmerem-se em produzir modelos práticos e úteis e que os gestores dos programas dêem a devida importância ao trabalho realizado. No caso das organizações governamentais, uma advertência a mais se impõe: que os interesses internos da organização não se sobreponham aos da coletividade.

O trabalho desenvolvido pelo Tribunal possui inegável potencial de contribuir significativamente para que os gestores dos programas auditados possam somar, às suas próprias observações, informações adicionais, de modo a permitir ou facilitar o processo de tomada de decisões. Isso se verifica especialmente em relação à viabilidade da manutenção do programa e à necessidade de modificações em qualquer das fases operacionais ou mesmo nos objetivos do programa.

A análise dos dados obtidos com a aplicação do modelo avaliativo não deve, por óbvio, ficar circunscrita aos trabalhos desenvolvidos no TCU. É importante que os estudos empreendidos orientem ações práticas visando o aperfeiçoamento do programa e, por decorrência, da Administração Pública. E mais, que por meio deles se possa verificar a necessidade ou a possibilidade de expansão da pesquisa para outras localidades onde o programa atua. Cada avaliação realizada pelo Tribunal deve ser encarada como um estudo pontual de gestão pública.



Ao se valer de estudos específicos, a avaliação verifica a consistência dos programas governamentais, bem como a capacidade de eles atingirem os objetivos propostos. As conclusões e recomendações dos estudos avaliativos devem ser encaminhadas aos órgãos gestores e ao Congresso Nacional, como subsídios ao processo de tomada de decisões.

Swiss (1991, p. 187) defende a necessidade de que os estudiosos do processo avaliativo interajam com os sistemas de administração, fornecendo aos gestores do programa não informações genéricas e inúteis do tipo “o programa não funciona”, mas sim informações objetivas que indiquem os aspectos do programa que não funcionam e porque não. Segundo o autor tal atitude traz vantagens para ambas as partes:

O relacionamento entre as duas partes é simples: os avaliadores devem focar sua avaliação nas categorias desenvolvidas e utilizadas pela administração e os gestores dos programas devem considerar atentamente os dados dos avaliadores para redesenhar seus programas. A conexão deve ser formal, contínua e ampla. Os resultados são menos incertezas e, por consequência, maior exatidão para os gestores públicos, e, por sua vez, programas avaliativos mais focados e úteis. A vinculação entre as duas abordagens contribui para que ambas atinjam plenamente seus objetivos.

Não se avalia por puro diletantismo ou apenas como exercício intelectual de revelar o que estava oculto, mas, sobretudo, porque dela poderá decorrer melhorias na condução do programa público ou, no outro extremo, a necessidade de sua eliminação (caso essa seja a medida mais razoável). Agir ao contrário seria a defesa inócua do academicismo. É preciso que se entenda que a avaliação não tem um fim em si mesma.

Verifica-se, como uma tendência atual, que os estudiosos dos processos e métodos avaliativos adotam técnicas de pesquisa de amplo escopo, maior plasticidade funcional (estudos múltiplos em preferência aos simples). Shadish *et al.* (1995, p. 470), após afirmar que a lógica positivista é uma epistemologia inadequada e praticamente descartada por todos os atuais pesquisadores da área social, complementa:

Conhecimento de diferentes espécies (...) devem ser construídos na maior parte das avaliações, mas a ênfase relativa dada a cada um deles difere de estudo para estudo. Nenhum método em ciência social pode ser descartado do repertório do avaliador. Para a construção de conhecimentos válidos e confiáveis, resumos de estudos mais amplos são preferíveis a estudos isolados.

## CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

As fiscalizações realizadas pelo TCU aperfeiçoam-se cada vez mais. Deixam de focalizar apenas e pobremente a execução do cronograma físico-financeiro dos programas e a comprovação dos bens adquiridos ou das obras realizadas (aspectos que evidenciam somente o cumprimento das obrigações contratuais e a obtenção de informações quantitativas). Caminham — e ainda há muito terreno a ser conquistado — em direção à análise crítica das repercussões dos programas públicos no meio em que atuam.

É recomendável que as avaliações de programas públicos que venham a ser conduzidas pelo Tribunal não sejam pequenas pela limitação, mesmo porque a Constituição brasileira dá ao TCU a competência de estender-se de modo amplo no exercício de suas atribuições, consoante se percebe pela utilização dos termos “legalidade, legitimidade e economicidade”, carregados de amplo espectro.

As avaliações devem ser efetivas, ampliando sempre o seu escopo para alcançar os efeitos e o impacto gerados pelo programa específico em estudo. Tal posicionamento, ao tempo em que busca esgotar as possibilidades proporcionadas pela atividade avaliativa, também favorece o real aperfeiçoamento do programa. Não é demais repetir que uma avaliação eficiente, que alcança os seus propósitos, é aquela que se mostra útil, isto é, que traz respostas para as perguntas relevantes acerca do programa. Uma avaliação, ainda que interessante, pode ser inútil.

Os modelos de avaliação — sempre que possível ou adequado à natureza do programa — devem prever a realização de pesquisas exploratórias nas comunidades atendidas, para que, a partir daí, possa ser confeccionado o desenho mais adequado. Isto significa não só dar prioridade aos cidadãos-beneficiários, mas, sobretudo, reconhecer neles melhores condições de fornecer elementos indispensáveis à montagem do instrumento avaliativo.

De igual modo, a participação do público-alvo no processo avaliativo necessita ser buscada e estimulada. É uma contribuição não só para o amadurecimento das coletividades, mas também para o monitoramento da ação governamental. O compromisso, por parte das autoridades governamentais, com as camadas mais carentes da sociedade, é, a um só tempo, opção de governo — preocupado com a adoção da cidadania plena e do respeito aos direitos sociais — e caminho para a construção de uma sociedade mais justa.

O pleno exercício da democracia deve caminhar em direção a uma real redemocratização do país, onde a sociedade passe a cobrar dos governos políticas públicas adequadas e modernas dirigidas ao interesse da maioria. A atuação livre de cada cidadão é o caminho das mudanças efetivas e necessárias.

O papel a ser desempenhado pelo TCU não deve ignorar essa evolução e, ainda, as novas abordagens (não tradicionais) de gestão pública, tais como as formas alternativas de prestação de serviços públicos e as parcerias público-privadas. Como se dará a avaliação de programas públicos nesse novo ambiente? Cabe aos estudos avaliativos encontrar resposta para essa indagação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, Maria José e ANDER-EGG, Ezequiel. **Avaliação de Serviços e Programas Sociais**. Tradução: Jaime A. Clasen e Lúcia Mathilde E. Orth. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

BAHIA, Luiz Alberto. Democracia ignorada. Folha de São Paulo, São Paulo, 11 set. 1994. Caderno especial A-3, p. 5.

DEMO, Pedro. Participação e planejamento: arranjo preliminar. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 31-54, jul./set. 1991.

GARCÍA-LONGORIA, Isabel, JORDANA, Gloria Urrutia. Evaluación de programas sociales. Federación Española de Universidades Populares, 1992.

GRAHAM, Cole Blease e HAYS, Steven W. Para administrar a organização pública. Tradução: Britta Lemos de Freitas. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

HAYES, Samuel Perkins. Avaliação de projetos de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

KONDO, Seiichi. Promovendo o diálogo para fortalecer a boa governança. In: *Transparência e responsabilização no Setor Público: fazendo acontecer*. Seiichi Kondo et al. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Gestão, 2002.

PEASE, Henry, MUJICA B., Elías. La participación de la sociedade civil en el desarrollo económico social del municipio. In: *Democracia Local*, IULA/CELCADDEL, n. 35, abr./jun. 1992.

SANDOVAL, Z., Godofredo. Organizaciones no gubernamentales de desarrollo: planificación y evaluación. 2. ed. Unitas, 1988.

SCHNEIDER, Anne Larason. The evolution of a policy orientation for evaluation research: a guide to practice. *Public Administration Review*, Washington, v. 46, July/Aug. 1986.

SHADISH, William R. et al. *Foundations of program evaluation: theories of practice*. Califórnia: SAGE Publications, 1995.

SIQUEIRA, Moema Miranda. Eficácia da Administração Pública: imposição democrática. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 65-72, jan./mar. 1990.

SWISS, James Edwin. *Public management systems: monitoring and managing government performance*. New Jersey: Prentice-Hall, 1991.

TENÓRIO, Fernando Guilherme, ALVES, Francisco Antonio Lopes. *Manual de coordenação e gerência de projetos de desenvolvimento rural: seu enfoque no PAPP*. Recife: SUDENE/PNUD/Banco Mundial, 1986.

## NOTAS

<sup>1</sup> Entre os objetivos fundamentais da República brasileira, insere-se o de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3.º, III, da Constituição).

<sup>2</sup> Embora o julgamento das contas anuais da presidência da República caiba ao Congresso Nacional, o TCU tem a incumbência constitucional de apreciá-las, mediante a elaboração de parecer prévio (arts. 49, inciso IX, e 71, inciso I, da Constituição Federal).

<sup>3</sup> In: WEISS, Carol H. Where Politics and Evaluation Meet. *Evaluation* 1: 37-45, 1973.



## PROCEDIMENTO E INSTRUMENTALIDADE NO CONTROLE EXTERNO



ARIDES LEITE SANTOS

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESCRITIBILIDADE; 2. FUNDAMENTOS E EFEITOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA; 3. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO PROCESSO DE CONTAS; 4. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO *VERSUS* AÇÃO DE RESSARCIMENTO; 5. CONSOLIDAÇÃO DO PRAZO DE CINCO ANOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA; 6. LACUNA NA LEI ORGÂNICA *VERSUS* REGRA GERAL DE PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL; 7. ELIMINAÇÃO DA LACUNA EXISTENTE NA LEI 8.443/1992; 8. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; 8.1 IMPUTAÇÃO DE DÉBITO; 8.2 APLICAÇÃO DE MULTA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o propósito de analisar o reconhecimento da prescrição pelo Tribunal de Contas da União - TCU, tendo em vista a lacuna existente em sua lei orgânica em relação ao instituto [Lei 8.443/1992], o princípio da prescritibilidade adotado pela Constituição de 1988 e a regra geral de prescrição estabelecida no Código Civil [artigo 205], bem como apresentar uma análise crítica da jurisprudência do TCU acerca da matéria. A negativa do registro de atos de aposentadorias, reformas e pensões, enquanto possível objeto de regra de prescrição/decadência, não integra o escopo deste estudo.

Nos últimos anos, os agentes responsáveis têm argüido freqüentemente a prescrição ou a decadência do direito do TCU de imputar débito e multa, invocando a aplicação de regras legais vigentes no direito administrativo e tributário, fixadoras do prazo prescricional ou decadencial de **cinco anos**.

## 1. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESCRITIBILIDADE

A Constituição de 1988 adotou a prescritibilidade como regra, e o fez no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitando as exceções, que são os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático [artigo 5º, incisos XLII e XLIV]. Também ressaltou as “ações de ressarcimento” por prejuízos causados ao erário [artigo 37, § 5º].

Se somente tais crimes e tais “ações” são imprescritíveis, há que se admitir a prescrição da pretensão punitiva exercida pelo Estado contra o responsável pela prática de ilícitos administrativo, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

Ocorre que a lei reguladora do processo no qual essa pretensão é exercida, Lei 8.443/1992, com mais de cem artigos, é omissa quanto ao instituto da prescrição/decadência.

## 2. FUNDAMENTOS E EFEITOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Câmara Leal perscrutou o tema a fundo, legando-nos as seguintes lições:

[...] devemos reconhecer que o único fundamento aceitável da prescrição é o interesse jurídico-social.

Tendo por fim extinguir as ações, ela foi criada como medida de ordem pública, para que a instabilidade do direito não viesse a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social, que é a base fundamental do equilíbrio sobre que se assenta a ordem pública.

O não cumprimento de uma obrigação, a ameaça ou violação de um direito são estados antijurídicos que perturbam a harmonia social, e a ação [direito público subjetivo abstrato de se invocar a tutela jurisdicional do Estado para atuar no caso concreto]<sup>1</sup> foi instituída como meio reintegratório dessa harmonia social, fazendo cessar o desequilíbrio provocado pela ofensa ao direito. Se o titular deste, porém, se conserva inativo, deixando de protegê-lo pela ação, e cooperando, assim, para a permanência do desequilíbrio antijurídico, ao Estado compete remover essa situação e restabelecer o equilíbrio, por uma providência que corrija a inércia do titular do direito. E essa providência de ordem pública foi que o Estado teve em vista e procurou realizar pela prescrição, tornando a ação inoperante, declarando-a extinta, e privando o titular, por essa forma, de seu direito, como justa conseqüência de sua prolongada inércia, e, por esse meio, restabelecendo a estabilidade do direito, pela cessação de sua incerteza.

Não deixa de haver, portanto, na prescrição, uma certa penalidade indireta à negligência do titular, e muito justificável essa pena, que o priva de seu direito, porque, **com a sua inércia obstinada, ele faltou ao dever de cooperação social permitindo que sua negligência concorresse para a procrastinação de um estado antijurídico, lesivo à harmonia social** [negrito inexistente no original].

[...] Ai estão os três fundamentos romanos da prescrição: o interesse público, a estabilização do direito, o castigo à negligência [...]<sup>2</sup>

De acordo com Câmara Leal, a decadência e a prescrição se assemelham num ponto: “ambas se fundam na inércia continuada do titular durante um certo lapso de tempo, e têm, portanto, como fatores operantes a inércia e o tempo”<sup>3</sup>.

No Direito brasileiro, sob a vigência do Código Civil de 1916, predominou o entendimento de que a prescrição extingue a ação e não o direito que ela protege, ao passo que a decadência fulmina o próprio direito, e só por via reflexa, a ação respectiva. Mas não havia clareza, no âmbito do Código, quanto à distinção entre os casos de prescrição e os de decadência.

Para Câmara Leal, o prazo decadencial inicia-se no momento em que o direito nasce. Já o prazo prescricional começa a fluir no momento em que a ação nasce, ou seja, no momento em que o direito é violado, ameaçado ou desrespeitado<sup>4</sup>.

Segundo Giuseppe Chiovenda, citado por Agnelo Amorim Filho, os direitos subjetivos se dividem em duas grandes categorias: a dos **direitos a uma prestação** - direitos relativos a um bem da vida obtido mediante uma **prestação** positiva ou negativa de outrem, e a dos **direitos potestativos** - poderes conferidos pela lei a determinadas pessoas de influírem, com uma declaração de vontade, sobre o patrimônio jurídico de outras, sem o concurso da vontade destas. Na primeira categoria, a obrigação correlativa ao direito denomina-se **prestação**. Na segunda, o que há é uma situação



jurídica denominada **sujeição**, situação em que o sujeito passivo, independentemente da sua vontade, ou mesmo contra ela, sofre uma alteração em seu patrimônio jurídico, em virtude do poder exercido por outrem<sup>5</sup>.

Com base na classificação dos direitos formulada por Chiovenda, Amorim chegou à seguinte conclusão, dentre outras:

Só os direitos da primeira categoria [isto é, os “direitos a uma prestação”], conduzem à prescrição, pois somente eles são suscetíveis de lesão ou de violação. Por outro lado, os da segunda categoria, isto é, os direitos potestativos [que são, por definição, “direitos sem pretensão”, ou “direitos sem prestação”, e que se caracterizam, exatamente, pelo fato de serem insuscetíveis de lesão ou violação], não podem jamais, por isso mesmo, dar origem a um prazo prescricional<sup>6</sup>.

Norberto Bobbio alude à relação entre **poder** e **sujeição**, observando que, em regra, a relação ocorre entre o **poder** conferido pelo ordenamento jurídico a um sujeito e a **obrigação** de outrem submetido àquele poder. “Às vezes pode haver poder sem nenhuma obrigação correspondente: trata-se do caso em que ao poder não corresponde uma obrigação, mas uma sujeição [os chamados direitos potestativos].”<sup>7</sup>

No Código Civil de 2002, o legislador procurou solucionar o antigo problema pertinente à identificação dos casos de prescrição e decadência. Segundo Miguel Reale, citado por Ricardo Ribeiro Campos, todos os casos de prescrição estão previstos na Parte Geral do Código, precisamente no rol taxativo do artigo 206 [além da regra geral prevista no artigo 205]. Por exclusão, os casos de decadência não figuram naquela Parte, a não ser em cinco ou seis hipóteses em que era conveniente prevê-los ali<sup>8</sup>.

Em relação ao objeto da prescrição e da decadência, José Carlos Moreira Alves, responsável pela elaboração da Parte Geral do Anteprojeto do Código Civil, apresentou a seguinte exposição a respeito da posição adotada:

Pelo sistema do Projeto, há direitos e poderes que dão margem à violação, em decorrência da qual – foi a posição doutrinária que se adotou – surge esse instituto da pretensão. Surge uma pretensão material que Pontes de Miranda chama de ação civil, e que ainda é material porque não está no terreno processual, entre o que violou o direito e aquele que teve seu direito violado. Apenas nesse caso em que poderá vir a haver necessidade da utilização do Poder Judiciário para o efeito de essa pretensão ser satisfeita é que se está diante do terreno em que ocorre a prescrição. Com relação àqueles poderes que são despidos de pretensão, a doutrina dos países de língua latina geralmente denomina direitos potestativos. O contrário ocorre no Direito alemão, em que esses direitos são chamados de direitos formativos, onde não há pretensão justamente porque são direitos não susceptíveis de violação, mas pode haver a necessidade de prazo para o exercício deles, e mais, de prazo para o seu exercício por via judicial, a fim de que se demonstre neles não a sua violação, mas a sua existência para o efeito de seu exercício, como é o caso, por exemplo, da anulação de casamento e, em face do Projeto, da anulação de negócio jurídico. Nesses casos, o que ocorre é a decadência<sup>9</sup>.

Na verdade, como observou Ricardo Ribeiro Campos, a prescrição não tem o condão de extinguir a ação, pois uma vez reconhecida judicialmente, ainda assim terá havido exercício regular do direito de ação [artigo 269, inciso IV, do Código de Processo Civil]. O que restará extinto é o direito de exigir a prestação, ou seja, a **pretensão**<sup>10</sup>.

### 3. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO PROCESSO DE CONTAS

O processo conduzido pelo Tribunal de Contas da União não é um simples processo administrativo [relação Administração-administrado] e não chega a ser um processo judicial [relação triangular autor-juiz-réu], até porque nele não há exercício do direito de ação. Daí a importância de se buscar a identificação dos sujeitos que participam da relação jurídica nele desenvolvida, quais sejam, o Tribunal enquanto titular do direito de imputar débito/multa, o responsável como sujeito à imputação, e a Fazenda Pública [ou um ente paraestatal, v.g., o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac] como interessada na constituição do crédito decorrente da imputação. Ademais, há que se ter presente a natureza jurídica do ato que constitui tal crédito, que é a de título executivo extrajudicial. Também impende observar que essa relação jurídica, em regra, não é original, mas deriva de uma anterior, desenvolvida no processo administrativo comum, tendo, de um lado, o órgão/entidade afetado pelo ilícito praticado, e, de outro, o agente acusado de ser o responsável. Essa realidade deveria ser considerada na fixação do termo *a quo* do prazo da prescrição argüida no processo de contas, bem como na identificação do ato que a suspende.

Cabe enfatizar que o dever de prestar contas, exigível dos gestores de recursos públicos, ou de qualquer pessoa acusada de ter causado prejuízo ao erário federal, tem assento na Constituição, artigo 70, parágrafo único, e artigo 71, II. Os primeiros devem cumpri-lo ordinariamente, na periodicidade anual, ao passo que as demais pessoas, quando acusadas de causarem prejuízo ao erário, submetem-se à tomada de contas especial. O poder conferido ao Tribunal para imputar débito/multa também emana da Constituição, artigo 71, VIII e § 3º.

Na tomada/prestação de contas **ordinária**, a hipótese de o gestor vir a argüir a prescrição/decadência é remota, pois há prazos prefixados tanto para o encaminhamento dos processos, quanto para o julgamento a cargo do TCU. E na prática eles têm sido cumpridos. Ao contrário, no processo de tomada de contas especial [TCE] ocorre a quase totalidade dos casos de argüição de prescrição e decadência. Esse processo é instaurado para a apuração de ilícitos e conseqüente imputação de débito/multa contra pessoas não arroladas em processos de contas ordinárias. Em alguns casos, no âmbito do próprio Tribunal, mediante conversão de processo de denúncia, representação, auditoria, inspeção etc. Mas, em regra, é instaurado pela autoridade competente, no órgão/entidade onde praticado o ilícito, diante da omissão no dever de prestar contas, falta de comprovação [pelo acusado] da aplicação de recursos repassados pela União, prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico que venha a ser considerado como causa de dano ao erário, e, ainda, desfalque ou desvio de recursos públicos.

No caso de TCE instaurada no órgão de origem, envolvendo recursos repassados pela União, com cláusula que obrigue a apresentação de prestação de contas ao órgão concedente, o termo inicial de uma eventual contagem de prazo prescricional é a data de repasse do dinheiro. Porém, quanto ao ato que suspende o curso desse prazo, há controvérsias. Seria a notificação do órgão concedente dando ciência ao responsável da não-aprovação das contas [ou da sua omissão em prestá-las]? Ou seria a citação promovida bem depois, no âmbito do Tribunal, para que o responsável apresente defesa ou pague a quantia apurada?

### 4. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO VERSUS AÇÃO DE RESSARCIMENTO

O artigo 16, inciso III, combinado com o artigo 19 da Lei 8.443/92, constitui o fundamento legal para a imputação de débito pelo TCU. O problema é que, nestes

dispositivos, o legislador explicitou as hipóteses em que as contas serão julgadas irregulares, e, em termos pouco precisos, cuidou da imputação de débito, senão vejamos:

Art. 16. As contas serão julgadas:

III – irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

- a) omissão no dever de prestar contas;
- b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
- c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico;
- d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Art. 19. Quando julgar as contas irregulares, **havendo débito**, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida dos juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe a multa prevista no art. 57 desta Lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva ação de execução [negrito inexistente no original].

Observe-se, na redação do artigo 19, a expressão “havendo débito”. Ocorre que débito, ou dívida, é figura normativa, inexistente na natureza, ao contrário de dano, prejuízo. O débito em foco aparece somente quando o TCU o constitui em título, imputando-o a alguém.

Com efeito, a lei utiliza o binômio **débito–pagamento**, em vez daquele mais preciso - adotado no § 5º do artigo 37 da Constituição, e de uso corrente no processo judicial, qual seja, – **prejuízo–ressarcimento**. Ocorre que a condenação em débito é mais abrangente do que a condenação em ressarcimento. A diferença é que a imputação de débito pode se dar em razão da **presunção** de prejuízo, como ocorre na condenação do responsável por omissão no dever de prestar contas [Lei 8.443/1992, artigo 16, III, a], por falta de comprovação da aplicação de recursos repassados pela União [artigo 8º] e, ainda, por falta de comprovação do “bom e regular” emprego dos recursos públicos [Decreto-lei 200/1967, artigo 93]. Aí se opera a inversão do ônus da prova, característica do processo de prestação/tomada de contas, autorizando a **presunção** de ocorrência de prejuízo, e, por consequência, a imputação do débito.

Quanto aos atos tipificados como ilegítimos ou antieconômicos [artigo 16, III, b e c], trata-se de tipos abertos, conceitos pertencentes àquela categoria que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina **conceitos fluidos**<sup>11</sup>, de sorte que sempre haverá para o intérprete certa liberdade para ajuizar sobre a ocorrência de situações assim qualificáveis, ao contrário, v.g., do prejuízo que é causa de pedir daquela ação regressiva, preconizada no artigo 37, § 6º, da Constituição, e disciplinada na Lei 4.619/1965, para a recomposição do erário.

Observe-se, nas hipóteses acima enfocadas, que a citação do acusado feita anos depois da prática do ato reputado ilícito, além de subjugar o princípio da segurança jurídica, ofende o princípio da ampla defesa, pois, inegavelmente, seu direito de defesa restará limitado, devido à maior dificuldade de produção de prova documental [de longe,

a mais valorada no processo do TCU], fazendo com que os ônus da inércia dos agentes da Administração, tais como juros de mora e correção monetária - encargos financeiros cuja incidência ocorre *pro rata tempore* no período da inércia estatal – sejam suportados exclusivamente pelo acusado.

A questão que se põe é: o processo instaurado para a imputação de débito pode ser equiparado, para efeito de prescrição, à ação de ressarcimento de que fala o § 5º do artigo 37 da Constituição? Por conveniência, concentrarei a análise da questão no tópico da jurisprudência do TCU, adiante.

## 5. CONSOLIDAÇÃO DO PRAZO DE CINCO ANOS NA ESFERA ADMINISTRATIVA

A Lei 8.443/1992 não impõe limite temporal para o exercício do direito de imputar débito e multa, o que permite ao TCU vir a exercer tal direito, em tese, a qualquer tempo. O caso Amarante/PI é indicativo dessa realidade<sup>12</sup>.

No entanto, o legislador estabeleceu regras de prescrição e de decadência para o exercício de **atividades administrativas específicas**, adotando o **prazo de cinco anos** como lapso temporal a partir do qual prescrevem/decaem certas pretensões/direitos da Administração exercitáveis contra seus agentes e/ou administrados, conforme pode ser verificado nos seguintes casos, citados a título de exemplo:

- “ação disciplinar”<sup>13</sup> para a punição de servidor com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão [Lei 8.112/1990, artigo 142, I: a];
- “ação punitiva”<sup>14</sup> da Administração Pública Federal no exercício do poder de polícia [Lei 9.873/1999, artigo 1º];
- sanções administrativas por infrações cometidas no exercício de atividades de abastecimento de combustíveis [Lei 9.847/1999, artigo 13, § 1º];
- direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário [Lei 5.172/1966, artigo 173];
- direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários [Lei 9.784/99, artigo 54].

Em todos esses casos, exemplificativos, o legislador fixou o prazo de cinco anos para a prescrição/decadência de direitos/pretenções exercitáveis pela Administração **na esfera administrativa**.

## 6. LACUNA NA LEI ORGÂNICA VERSUS REGRA GERAL DE PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO CIVIL

O TCU tem decidido no sentido de rechaçar as regras de prescrição ou decadência quinquenal sistematicamente invocadas contra si, admitindo, todavia, reconhecer a prescrição **vintenária** “sobre as dívidas **ativas** da União”<sup>15</sup>, quando for o caso, com fulcro no artigo 177 do Código Civil de 1916. Com a edição do novo Código Civil [Lei 10.406, de 10/01/2002], cuja vigência teve início em 11/01/2003, passou a admitir a prescrição

da cobrança de tais dívidas no prazo de **dez anos**, com base no artigo 205, tanto para a imputação de débito quanto para a aplicação de multa<sup>16</sup>.

Entretanto, no caso de débito - cuja natureza é de reparação civil, segundo entendimento consolidado - há uma corrente no Tribunal que sustenta sua imprescritibilidade, apoiando-se na ressalva contida no multicitado § 5º, artigo 37 da Constituição.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, a pretensão de ressarcimento da Administração decorrente de prejuízo causado por ato ilícito é insuscetível de prescrição, ante o disposto no aludido parágrafo quinto. Mas ele propõe a evolução desse entendimento no sentido de se restringir tal imprescritibilidade aos casos de dano intencional. Assim, no caso de dano causado por ato culposo, em sentido estrito, seria aplicada a regra geral civilística de prescrição<sup>17</sup>.

No tocante à aplicação de multa, Jorge Ulisses enxerga uma lacuna na lei orgânica do Tribunal de Contas da União, propondo o recurso à analogia para dirimi-la, mediante a seguinte ordem preferencial de normas aplicáveis: normas de direito administrativo, tributário, penal e, por último, de direito privado. O ilustre administrativista leciona que:

Dentre as várias normas, a que guarda maior identidade com as situações do controle externo e com a matéria de direito público, notadamente administrativo, é a lei que estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, por regular norma bastante semelhante, pertinente à prescrição da ação punitiva diante do poder de polícia [...].<sup>18</sup>

Ocorre que em matéria de prescrição/decadência, compete ao julgador verificar se a hipótese prevista na regra legal invocada incide na situação concreta. Em caso positivo, cumpre-lhe reconhecer e declarar extinta a pretensão ou o direito. Em caso negativo, isto é, se o suporte fático da situação concreta não corresponde ao objeto da regra prescricional/decadencial, a solução normal é não reconhecê-la. Quanto à norma específica de prescrição a que alude Jorge Ulisses, prevista no artigo 1º da Lei 9.873/1999, cujo objeto é a pretensão punitiva da administração pública federal, **no exercício do poder de polícia**, os responsáveis a têm invocado contra a aplicação de multa, no que não têm logrado êxito, uma vez que o TCU não a reconhece, forte no argumento de que tal sanção não decorre do exercício do poder de polícia, mas do poder de controle de contas públicas<sup>19</sup>.

A questão é que vigora no Direito Privado a tradicional regra genérica de prescrição, aplicável a todos os casos não-regulamentados com prazo inferior a dez anos, em contraste com a multiplicidade de regras que fixam o prazo prescricional e decadencial de cinco anos, para objetos específicos, próprios do direito administrativo, campo no qual o TCU exerce suas competências.

## 7. ELIMINAÇÃO DA LACUNA EXISTENTE NA LEI 8.443/1992

Norberto Bobbio, estudando o problema das lacunas no ordenamento jurídico, trabalha a idéia de uma **norma geral exclusiva** e de uma **norma geral inclusiva**. A primeira caracteriza-se por regular todos os casos não-compreendidos numa dada norma particular de maneira oposta ao caso desta. Ao passo que a norma geral inclusiva atua regulando de maneira idêntica todos os casos não-compreendidos na norma particular, mas semelhantes aos desta. Exemplo deste segundo tipo seria a norma contida no artigo

4º da Lei de Introdução ao Código Civil [Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942], que autoriza o juiz a decidir o caso, quando a lei for omissa, valendo-se da analogia, costumes e princípios gerais de direito<sup>20</sup>.

Bobbio tem por lacuna propriamente dita a falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva ou a inclusiva, deva ser aplicada num caso não regulado<sup>21</sup>.

A par destas, há também as chamadas lacunas impróprias ou ideológicas. Nestas, verifica-se a incompletude do ordenamento **legislativo** ao ser confrontado com o ordenamento jurídico como um todo no qual ele está inserido. A lacuna então surge da incongruência entre aquilo que a lei diz e aquilo que deveria dizer para guardar harmonia com o espírito de todo o sistema<sup>22</sup>.

Quanto à consideração das lacunas próprias e impróprias, no que têm de traços comuns e distintos, e suas respectivas formas de eliminação, Bobbio leciona o seguinte:

O que têm em comum os dois tipos de lacunas é que designam um caso não-regulamentado pelas leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as distingue é a forma pela qual podem ser eliminadas: a lacuna imprópria somente através da formulação de novas normas, e a própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias são completáveis somente pelo legislador; as lacunas próprias são completáveis por obra do intérprete<sup>23</sup>.

No caso em estudo, o ordenamento legislativo atribui ao Tribunal de Contas da União o direito de imputar débito e multa [artigos 16, III, e 19, combinado com os artigos 57 e 58, todos da Lei 8.443/1992], mas não estabelece regra de prescrição ou decadência para a hipótese de sua inércia continuada, ou seja, do não exercício desse direito durante certo lapso de tempo. A par dessa lacuna, coexistem a imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento da Fazenda Pública [artigo 37, § 5º da Constituição], o prazo de **dez anos** fixado para a prescrição de todas as pretensões que não sejam reguladas com prazo inferior [artigo 205 do Código Civil de 2002] e o prazo de cinco anos fixado para a prescrição e decadência de direitos exercitáveis pela Fazenda Pública, que se assemelham ao direito não-regulado em questão [artigos 173 e 174 da Lei 5.172/1966; artigo 1º da Lei 9.873/1999].

A propósito do contraste entre o extenso prazo de vinte anos [dez, somente a partir de 11/01/2008], fixado na regra genérica de prescrição, e a segurança jurídica visada por esse instituto, dois aspectos devem ser aqui explicitados: de um lado, a aplicação dessa regra, no caso em análise, impõe aos agentes a obrigação de manter documentos arquivados durante todos esses anos, pois enquanto não escoado tal prazo, estarão sujeitos a ser demandados e poderão ser condenados em processo de tomada de contas especial. Por outro lado, é inegável que a Administração dispõe de instrumentos e mecanismos adequados para exercer o acompanhamento e controle dos atos que afetam o patrimônio público. Para começar, tais atos são regidos pelo princípio da publicidade. No âmbito interno, todo servidor tem o dever de informar aos seus superiores qualquer ilegalidade de que tenha conhecimento. Os órgãos de controle interno [Controladoria Geral da União] são estruturados para atuar na prevenção e apuração de ocorrências irregulares. No âmbito do Tribunal, os atos e contratos são alvos de acompanhamento, seja via Siafi - Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal, seja via diário oficial, seja por meio de auditorias e inspeções. Além disso, qualquer cidadão pode encaminhar-lhe denúncia sobre fatos com indícios de irregularidade envolvendo recursos públicos federais. Daí a indagação: sendo o objeto da regra de prescrição alvo de acompanhamento sistemático, como o é neste caso,

é razoável tolerar a inércia continuada da Administração, do Controle Interno e do TCU por vinte/dez anos? Essa regra de prescrição cumpre a sua função de concretizar o princípio da segurança jurídica nesta relação?

Para nós, a incerteza decorrente dessa realidade só será dirimida, no **âmbito do Controle Externo [fora do Judiciário]**, mediante a eliminação da lacuna existente na lei orgânica, isso porque o reconhecimento da prescrição, no caso concreto, compete ao Tribunal de Contas da União, que, ao mesmo tempo, é o titular do direito subjetivo de imputar o débito/multa, direito cujo exercício restará obstado se o reconhecimento eventualmente vier a ocorrer.

## 8. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

### 8.1 Imputação de débito

A jurisprudência do TCU tem evoluído na apreciação do tema, havendo atualmente dois posicionamentos distintos. Uma corrente sustenta o entendimento de que **as dívidas ativas da União** regem-se pela prescrição vintenária, com base no artigo 177 do Código Civil de 1916. Entretanto, com a edição do novo Código Civil [Lei 10.406, de 10/01/2002] e o início de sua vigência em 11/01/2003, a regra geral passou a ser o prazo prescricional de dez anos [artigo 205]. Para esta corrente, majoritária, tal regra deve ser aplicada às **dívidas ativas**<sup>24</sup>.

Outra corrente tem-se posicionado no sentido da **imprescritibilidade das ações de ressarcimento em favor do erário**, com base na ressalva contida no § 5º, artigo 37, da Constituição<sup>25</sup>.

Em relação ao entendimento pela prescrição vintenária/decenal, cabe observar que as dívidas ativas da Fazenda Pública compreendem a tributária e a não-tributária [Lei 6.830/1980, artigo 2º], sendo a cobrança da primeira regida pela prescrição quinquenal [artigo 174 do CTN]. Daí que só se pode cogitar a aplicação daqueles longos prazos prescricionais em relação às dívidas ativas **não-tributárias**. A primeira objeção que se faz, com todo respeito, é que essa disparidade de tratamento gera incongruência no sistema de cobrança judicial da dívida ativa da União, organizado pela Lei 6.830, de 22/09/1980. Esta é omissa quanto à prescrição da **pretensão executória**. Sendo assim, aplica-se a regra de prescrição da ação [Súmula 150 do Supremo Tribunal Federal]. Daí o prazo prescricional da pretensão executória da dívida ativa tributária ser de cinco anos, ou seja, o mesmo fixado para a prescrição da pretensão de cobrança dessa dívida [artigo 174 do CTN]. Diferentemente, a pretensão executória da dívida ativa inscrita em título produzido pelo Tribunal de Contas da União, em tese, é imprescritível, porquanto a Lei 8.443/1992 é omissa quanto à prescrição da pretensão de sua cobrança. Ou prescreverá no prazo de vinte/dez anos, caso o juiz da execução entenda como o TCU [artigo 177 do Código Civil anterior; artigo 205 do atual], o que evidencia a incongruência do sistema de cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública. A segunda objeção reside no fato de se considerar a dívida ativa como o objeto da prescrição no processo de tomada/prestação de contas. A questão reconduz ao conceito de dívida ativa. Esta é constituída como tal somente após a apuração da liquidez e certeza do crédito e sua inscrição em registro próprio, assim definido pela Lei 4.320/1964, artigo 39, § 1º. No caso do crédito apurado em processo de contas, ele adquire *status* de dívida ativa, ou seja, é inscrito no título próprio, tornando-se líquido e certo, quando o Tribunal profere a decisão imputando débito ou multa, cuja eficácia é a de título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 24 da Lei 8.443/1992.

Ora, a citação que se dirige ao acusado neste processo não é para pagar dívida ativa da União; antes, é para exercer o contraditório em face da acusação. E ao arguir a prescrição/decadência em sua defesa, ele o faz tendo por objeto não a pretensão de cobrança dessa dívida, mas o direito à constituição dela. Assim é porque, nesta fase processual, a dívida ativa ainda não se constituiu, está no devir, e existirá como tal, se houver imputação de débito, somente após o trânsito em julgado do acórdão condenatório [artigo 24 combinado com o artigo 33 da Lei 8.443/1992]. Daí porque, *data venia*, no meu entendimento, não se pode considerar a dívida ativa da União como objeto da prescrição vintenária/decenal do Estatuto Civil para aplicação no processo de tomada de contas.

Por último, não se pode olvidar o princípio da segurança jurídica que informa o instituto da prescrição. Ora, se no processo de tomada/prestação de contas considera-se a cobrança das dívidas ativas da União como o objeto da prescrição, para a qual não há prazo legal fixado, então, pela lógica do princípio que informa esse instituto, deve-se aplicar o prazo prescricional fixado para a cobrança das dívidas passivas da União, que é de cinco anos, nos termos do artigo 1º do Decreto 20.910, de 06/01/1932. No entanto, esta também não é uma interpretação conforme a Constituição, pois encontra óbice na imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento do erário, erigida no § 5º, artigo 37, da *Lex Legum*.

Em relação ao entendimento pela imprescritibilidade, a questão reconduz à análise da ressalva contida na parte final do § 5º do artigo 37 da Constituição:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Observe que a norma estabelece uma relação de causalidade entre o prejuízo sofrido pelo erário e a ação de ressarcimento, ou seja, esta ação, gozando do privilégio da imprescritibilidade, necessariamente deve ter como *causa petendi* o prejuízo causado ao patrimônio de uma pessoa jurídica de direito público. Prejuízo, neste contexto, significa subtração ilícita do patrimônio público, fato que se concretiza ou pela via da perda de valores do ativo [bens e direitos], ou pela via do acréscimo de valores do passivo.

Ocorre que no processo e julgamento de contas, os fundamentos legais que autorizam a imputação de débito contemplam fatos típicos que se identificam, sim, com prejuízo causado ao erário, mas não se limitam a este. Em outras palavras, a condenação em débito pode ocorrer - e na prática ocorre - com base na **presunção** de ocorrência de dano ao erário [omissão no dever de prestar contas; falta de comprovação da regular aplicação de recursos transferidos], ou com base na prática de ato reputado ilegítimo ou antieconômico. Por outro lado, a ressalva do artigo 37, § 5º, *in fine*, por se tratar de exceção ao princípio da prescritibilidade, interpreta-se restritivamente. Dessa forma, a aludida **presunção de dano**, no meu entender, é inadmissível como causa de pedir da ação de ressarcimento ali tratada, vale dizer, não basta à Fazenda Pública provar a autoria do ilícito cometido, cumpre-lhe provar a materialidade do suposto prejuízo. No caso em estudo, salvo melhor juízo, a imputação de débito está protegida pelo manto da imprescritibilidade somente nos casos de desfalque ou desvio de recursos, ou seja,



quando fundamentada na hipótese da alínea *d*, inciso III, artigo 16, da Lei 8.443/1992. Quanto à imputação baseada nas demais hipóteses [alíneas *a* a *c*], deveria ser objeto de decadência prevista em norma específica introduzida no corpo dessa lei.

## 8.2 Aplicação de multa

O responsável pode ser sancionado com multa nas seguintes hipóteses: quando for julgado em débito, podendo o seu valor ser fixado em até cem por cento do valor deste [Lei 8.443/1992, artigo 57]; tiver suas contas julgadas irregulares, mas sem débito; houver praticado infração legal ou regulamentar considerada grave, ou ato reputado ilegítimo ou antieconômico, além de outras condutas tipificadas no artigo 58 da referida lei.

Como se vê, a aplicação de **multa**, na primeira hipótese, **depende** da condenação do responsável em **débito**. Aliás, diga-se de passagem, é nesta situação que se observa a maior incidência de argüição de prescrição no processo de contas. Ao contrário, nas demais hipóteses, todas elas previstas no artigo 58 da referida lei, a aplicação de multa opera-se em razão de condutas típicas autônomas, isto é, independente de haver condenação em débito.

Uma outra diferença marcante entre débito e multa diz respeito ao destino dado à quantia da condenação, quando recolhida. No caso de multa, o recolhimento deve ser feito sempre à conta única do Tesouro Nacional. Já no tocante ao débito, o destino do valor a ser recolhido varia conforme o ente afetado pelo ilícito que o ensejou. Se for órgão da Administração direta, a execução judicial do acórdão condenatório incumbe à Advocacia Geral da União, e o dinheiro recolhido será creditado à conta única do Tesouro Nacional. Se autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista, ente paraestatal, v.g., Sesi, Senac, Senai etc., a ação de execução incumbe às respectivas procuradorias jurídicas, devendo o valor ser recolhido às suas tesourarias.

Todavia, a jurisprudência do TCU não faz acepção entre imputação de débito e aplicação de multa, para efeito do reconhecimento da prescrição/decadência suscitada no processo de contas, tratando esta última, também, como objeto da regra genérica de prescrição prevista no Código Civil [artigo 177 do anterior; 205 do atual]. Ocorre que, segundo entendimento consensual no Tribunal, a natureza dessa multa é de sanção administrativa, ao passo que a imputação de débito tem natureza de reparação civil, daí porque a dupla condenação do responsável, em débito e em multa, num único título [acórdão], não configura *bis in idem*. Por ser a multa uma sanção, a lei que autoriza o TCU a aplicá-la deveria estabelecer prazo de prescrição para fazê-lo, em obediência ao comando emanado do artigo 37, § 5º, 1ª parte, da Constituição. Aliás, como visto, o Direito Administrativo está repleto de regras de prescrição da pretensão punitiva da Administração, no prazo de cinco anos. Dentre elas, como bem observou Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, aquela cujo objeto mais se assemelha à aplicação de multa no exercício do controle externo é a do artigo 1º da Lei 9.873/1999.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 8.443/1992 regula o processo e julgamento de contas públicas, dispondo sobre as hipóteses em que o Tribunal de Contas da União poderá imputar débito/multa aos agentes responsáveis, mas não estabelece regra de prescrição/decadência para o caso de haver inércia continuada em relação ao exercício desse direito.

Os sujeitos da relação jurídica estabelecida nesse processo são, de um lado, o TCU, como titular do direito de imputar débito/multa; de outro, o agente sujeito à imputação, e, ainda, a Fazenda Pública [ou um ente paraestatal, v.g., o Senac] como interessada na constituição do crédito que daí provém. Essa mesma relação, em regra, tem origem num anterior processo administrativo, neste ausente o TCU, fato que repercute no processo de contas e deveria ser observado, para efeito de fixação do termo *a quo* de uma eventual contagem de prazo prescricional, bem como para a identificação do ato que o suspende.

A par da lacuna existente na referida lei, coexistem a imprescritibilidade das “ações” de ressarcimento ao erário [artigo 37, § 5º, da Constituição], a regra geral do Código Civil, que fixa o prazo de vinte anos [artigo 177 do Código anterior], ou de dez anos [artigo 205 do atual], para a prescrição de todas as pretensões não-reguladas com prazo inferior, além do prazo de cinco anos, fixado para a prescrição/decadência de direitos exercitáveis pela Fazenda Pública, os quais se assemelham ao direito não-regulado em questão [artigos 173 e 174 da Lei 5.172/1966; artigo 1º da Lei 9.873/1999].

As ações imunes à prescrição de que fala o artigo 37, § 5º, da Constituição, têm como *causa petendi* algum prejuízo sofrido pelo erário. No processo de tomada/prestação de contas, a imputação de débito em razão da prática de **desfalque ou desvio** de recursos públicos, a nosso ver, equipara-se àquelas ações, sendo, pois, imune a regras legais de prescrição ou decadência. O contrário ocorre com a imputação de débito lastreada na **presunção** de ocorrência de dano ao erário [Lei 8.433/1992, artigo 16, inciso III, alíneas a, b, c], podendo vir a ser objeto de regra legal de decadência.

A jurisprudência predominante do TCU tem-se afirmado no sentido de admitir como passível de reconhecimento a prescrição da “cobrança das dívidas ativas da União”, no prazo de vinte anos, se o fato que as ensejou tiver ocorrido na vigência do Código Civil de 1916 [artigo 177], ou dez anos, se ocorrido na vigência do Código atual [artigo 205], observada a regra de transição do artigo 2.028. No entanto, a citação do acusado neste processo não é feita para pagamento da dívida ativa da União; antes, é para exercício do contraditório. Ao argüir a prescrição/decadência em sua defesa, o responsável o faz tendo por objeto não a cobrança dessa dívida, mas o direito à constituição dela, que poderá ocorrer somente após o trânsito em julgado de um eventual acórdão condenatório, consoante o disposto no artigo 24 combinado com o artigo 33 da Lei 8.443/1992, e no artigo 39, § 1º, da Lei 4.320/1964. Daí porque, *data venia*, não se pode tomá-la como objeto da regra genérica de prescrição vintenária/decenal, prevista no Estatuto Civil, para aplicação no processo de contas.

Os atos e contratos que afetam o patrimônio público são alvo de acompanhamento sistemático, daí indagar-se: é razoável tolerar a inércia continuada da Administração, do Controle Interno e do Tribunal de Contas da União por vinte anos [ou dez anos, a partir de 11/01/2008]? As regras de prescrição fixadoras de tais prazos, cuja aplicação no processo de contas é admitida hipoteticamente, terão cumprido sua função de concretizar o princípio da segurança jurídica, caso venham a ser de fato aplicadas?

Para nós, a incerteza decorrente dessa realidade só será dirimida, no **âmbito do Controle Externo [fora do Judiciário]**, mediante a eliminação da lacuna existente na lei orgânica, isso porque o reconhecimento da prescrição/decadência, no caso concreto, compete ao Tribunal de Contas da União, que, ao mesmo tempo, é o titular do direito subjetivo de imputar o débito/multa, direito cujo exercício restará obstado se o reconhecimento eventualmente vier a ocorrer.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. **A parte geral do projeto do Código Civil**. Obtido via internet. <<http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo1.htm>>. Acesso em: 06/09/2005.

AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis**. In Revista dos Tribunais, [s.l.], vol. 300, out. de 1960.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Traduzido por Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de jul. de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 17 jul. 1992.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Convênio. Fundo Nacional de Saúde. Prefeitura Municipal de Chalé/MG. Falta da documentação cadastral dos licitantes. Pagamento antecipado, sem a exigência de garantias. Execução incompleta da obra e em estado de abandono. Elementos de defesa insuficientes para afastar as irregularidades. Contas irregulares. Débito. Multa. Remessa de cópia ao MPU. Prescrição vintenária. Artigo 205 do Código Civil atual. Considerações. Acórdão nº 1.727/2003 – Primeira Câmara. Relator: Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. 05 ago. 2003. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 ago. 2003, p. 0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação formulada pela Fundacentro. Possíveis irregularidades praticadas no âmbito do Centro Estadual de Santa Catarina. Pedido de reexame de acórdão que aplicou multa aos responsáveis em decorrência da violação aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa e de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração em procedimentos licitatórios. Ausência de fatos novos. Conhecimento. Negado provimento. Prazo prescricional para atuação do TCU. Prazo previsto no novo Código Civil. Análise da matéria. Acórdão nº 510/2005 – Plenário. Relator: Min. Substituto Marcos Bemquerer Costa. 04 mai. 2005. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 12 mai. 2005, p. 0.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. **Decadência e prescrição no novo Código Civil**. Obtido via internet. <[www.editoraimpetus.com.br](http://www.editoraimpetus.com.br)> Acesso em: 06/10/2005, 21h40min.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e Competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

## NOTAS

- <sup>1</sup> CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 1994, p. 245.
- <sup>2</sup> LEAL, 1978, p. 15 e 16.
- <sup>3</sup> *Op. cit.*, p. 100.
- <sup>4</sup> LEAL, 1978, p. 100/101.
- <sup>5</sup> CHIOVENDA *apud* AMORIM FILHO, 1960, p. 10.
- <sup>6</sup> *Op. cit.*, p. 19 e 20.
- <sup>7</sup> BOBBIO, 1999, p. 51, 52.
- <sup>8</sup> REALE *apud* CAMPOS, 2005, p. 3.
- <sup>9</sup> ALVES, 2005, p. 8 e 9.
- <sup>10</sup> CAMPOS, 2005, p. 3.
- <sup>11</sup> Mello, 1997, p. 270.
- <sup>12</sup> Acórdão 1.498/2005 – 1ª Câmara [<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>].
- <sup>13</sup> Não se trata de **ação** – direito público subjetivo abstrato de se invocar a tutela jurisdicional em face do Estado – mas de **pretensão punitiva**.
- <sup>14</sup> Não se trata de **ação**, *vide* nota 13.
- <sup>15</sup> Cf. Acórdão 8/1997 – 2ª Câmara [<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>].
- <sup>16</sup> Cf. Acórdão 1.727/2003 - 1ª Câmara [*idem*].
- <sup>17</sup> Fernandes, 2003, p. 218 e 219.
- <sup>18</sup> *Op. cit.*, p. 561 e 563.
- <sup>19</sup> Julgados no sentido da rejeição, dentre muitos outros: Acórdão 157/2004-2ª Câmara; 751/2004-1ª Câmara; 1.475/2004-Plenário; 1.538/2005-1ª Câmara; 53/2005-2ª Câmara e 1.652/2005-Plenário [<http://www.tcu.gov.br/Normas e Jurisprudência/Jurisprudência>].
- <sup>20</sup> Bobbio, 1999, p. 135 e 136.
- <sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 137.
- <sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 143.
- <sup>23</sup> *Op. cit.*, 1999, p. 143 e 144.
- <sup>24</sup> Neste sentido, os seguintes acórdãos, dentre muitos outros: Acórdão 1.727/2003 – 1ª Câmara; 5/2003 – 2ª Câmara; 596/2004 – 2ª Câmara; 83/2005 – 1ª Câmara; 475/2005 – 1ª Câmara; 111/2005 – Plenário [<http://www.tcu.gov.br/Normas e jurisprudência/Jurisprudência>].
- <sup>25</sup> Neste sentido: Acórdão 510/2005 – Plenário; 208/2005 – 1ª Câmara; 511/2005 – 1ª Câmara [*idem*].

# A SÚMULA VINCULANTE COMO INSTRUMENTO DE RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA JUDICIAL

---

ANTÔNIO PEREIRA DE SOUZA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO; 2. O DIREITO SUMULAR; 3. O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO DE RESULTADOS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 foi introduzida a adoção de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo 103-A foi incorporado ao texto constitucional conferindo poderes ao STF para aprovar súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

O efeito vinculante tem por objetivo evitar que uma demanda judicial - cujo conteúdo substancial já tenha sido objeto de discussão e julgamento por parte do judiciário em várias outras demandas - seja novamente submetido ao órgão julgador. Referido instrumento mostra-se de grande eficácia para tornar mais célere o julgamento dos milhares de processos que se amontoam nos tribunais, retardando a prestação jurisdicional.

Todavia, a existência do efeito vinculante das súmulas do STF para os juízes e tribunais inferiores é algo passível de controvérsias, ensejando argumentos contrários e a favor. Além de outras razões, os opositores argumentam que o instrumento em questão cercearia a liberdade de criação dos juízes ou sua independência; por outro lado, os defensores alegam não ser mais possível que cada juiz julgue questões idênticas em sentidos diferentes, desencadeando a autuação de milhares de recursos junto aos tribunais.

A despeito das ponderações que se mostram contrárias à eficácia do novel instrumento constitucional, por intermédio do presente artigo pretende-se discorrer sobre as principais razões que credenciam a Súmula Vinculante como mecanismo de racionalização do sistema judicial, diante da lentidão da prestação jurisdicional.

Para tal desiderato, o texto a seguir aborda a chamada crise do Poder Judiciário, discorre sobre aspectos conceituais atinentes ao Direito Sumular, expondo também opiniões desfavoráveis à decisão vinculativa, seguidas de considerações acerca do efeito vinculante das súmulas como garantia de um processo de resultados, contendo, ainda, comentários conclusivos, além de informações relativas às referências bibliográficas.

## 1. A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição de 1988 ampliou significativamente os inúmeros mecanismos jurídico-institucionais de proteção e garantia aos direitos das pessoas, de forma a assegurar-lhes melhores instrumentos de exercício de sua cidadania no regime democrático restabelecido.

A Carta Magna tornou-se documento modelar no que se refere à declaração de direitos e garantias individuais e coletivos, sobressaindo também os direitos sociais. A partir de então foi conferida legitimação extraordinária ao Ministério Público, sindicatos, associações de classe, vendo-se a expansão da jurisdição à medida em que, não apenas a lesão de direito poderia ser levada ao Judiciário, mas a mera ameaça de lesão.

Além do grande aumento da população nos últimos anos, paralelamente deve ser somada a demanda reprimida em consequência de sucessivos anos de regime totalitário, que emergiu com todo o ímpeto, desaguando na porta de um Poder Judiciário despreparado para atender convenientemente esse despertar da cidadania.

Em contrapartida, consoante afirma Antonio Carlos de A. Diniz,<sup>1</sup> as estruturas do Judiciário brasileiro, em seu eixo essencial, persistem profundamente arcaicas e defasadas, sendo algumas pertencentes ao século passado.

Desse modo, essa antiga e solene instituição, em plena era digital, deparou-se subitamente com as exigências crescentes de uma prestação jurisdicional célere, eficaz, sem que, por si mesma, pudesse em seu ritmo lento acompanhar, com a velocidade exigida, as transformações sociais então advindas.

Grande defensor da implantação da Súmula Vinculante, Carlos Mário da Silva Velloso sempre demonstrou que o mal maior da Justiça é a lentidão. Em seus debates, repetidas vezes apresentou propostas no sentido de elidir essa mazela que tanto desconforto traz aos jurisdicionados, tornando, em determinadas situações, ineficiente a prestação jurisdicional, redundando em preocupação para os magistrados.

390

De fato, não há como compreender que uma demanda se arraste por intermináveis anos, gerando verdadeira descrença na Justiça.

Ao abordar o assunto, lembra Alcenir José Demo<sup>2</sup> que “a morosidade da Justiça é um problema que remonta décadas em nossa história, tanto que Rui Barbosa, nos idos de 1920, em um de seus memoráveis discursos (Oração aos Moços), já dizia: Justiça atrasada não é Justiça senão injustiça qualificada e manifesta”.

O aumento do número de processos, motivado pelo encorajamento do acesso à Justiça, despertando, portanto, as pessoas para o exercício da cidadania, desponta como uma das principais causas para o emperramento da morosidade da processo jurisdicional.

O reconhecimento, em sede constitucional, de interesses difusos e coletivos e o credenciamento aos respectivos entes para defesa em juízo desses interesses, os direitos conferidos ao consumidor, o aumento do raio de proteção da ação popular, tudo isso resultou em crescente número de processos.

Observa-se, portanto, que houve um vertiginoso aumento das ações ajuizadas, sobressaindo a compreensão de que o cidadão, bem como os órgãos e entidades devem proteger a *res pública*.

À medida em que as pessoas conscientizam-se da cidadania, concluindo que o Estado-Juiz tem a obrigação de solucionar os conflitos individuais, cresce o número das demandas na Justiça, observando-se uma verdadeira explosão de processos.

Outro fato que contribui para que a Justiça seja lenta diz respeito ao quadro reduzido de juízes em nosso país, verificando-se nos últimos anos, um déficit ainda maior nesse aspecto,

no cenário da magistratura nacional. A cada ano avolumam-se os cargos não preenchidos, sendo bastante reduzido o número de cargos em relação ao número de habitantes.

Tem-se a informação de que nos países do chamado primeiro mundo existe um juiz para cada mil habitantes, enquanto no Brasil existe um juiz para cerca de trinta mil habitantes.

Entre as causas que contribuem para o retardamento dos processos sobressai também o desaparecimento do apoio administrativo no âmbito da primeira instância.

Outro motivo é a forma inadequada de recrutamento de juízes, muitos dos quais bacharéis sem vocação para a magistratura ou candidatos mal preparados.

Causa também que concorre em muito para o emperramento da Justiça é o formalismo das leis processuais e sistema irracional de recursos, os quais postergam indefinidamente o encerramento da lide.

O Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário-BNDPJ, constante do *site* do STF, revela o quadro preocupante alusivo ao número de processos recebidos por aquele órgão, diante do quantitativo de processos julgados.

Em 1988 o Supremo Tribunal Federal, com apenas 11 magistrados, recebeu 21.328 processos e julgou apenas 16.313; em 1998 o número de processos encaminhados àquele órgão saltou para 52.636 com 51.307 decisões. Durante o ano de 2000 houve um grande incremento em relação aos processos recebidos com a marca de 105.307, observando-se, no entanto, que as deliberações limitaram-se ao total de 86.138; em 2001 o STF recebeu 110.771 processos, verificando-se, contudo, que os julgamentos alcançaram a marca de 109.692.

Em 2003 e em 2004 o quantitativo de processos enviados ao Supremo baixou para 87.186 e 83.667, respectivamente, elevando-se significativamente, em termos comparativos, o número de decisões prolatadas, as quais alcançaram as marcas de 107.867 e 101.690, respectivamente.

Malgrado o volume fabuloso de processos ajuizados junto à corte de elite do ordenamento jurídico, que tem a função maior de guardar a Constituição, impende esclarecer que aproximadamente 80% são causas repetidas, onde são corroborados entendimentos propostos.

Por outro lado, desde a sua criação, o Superior Tribunal da Justiça, com a missão maior, entre outras, de uniformizar o direito infraconstitucional, vem recebendo volume de processo com crescimento vertiginoso. Em 1990 recebeu 14.087 feitos, julgando 11.742; em 1993 pela primeira vez o Superior Tribunal da Justiça julgou mais processos (35.105) do que o total recebido (33.336).

Nos anos seguintes os números apresentaram-se desproporcionais, devendo ser dito que em 2001 foram autuados naquele órgão 184.478 processos e adotadas 198.613 deliberações.

Em 2003 o STJ recebeu o espantoso número de 226.440, julgando 216.999, com o mesmo número de ministros que em 1989 julgaram 3.711 processos.

Resumidamente, durante o período compreendido entre os anos de 1989 até 2003 o Superior Tribunal da Justiça recebeu o alarmante número de 1.320.119 processos tendo proferido 1.357.565 deliberações.

A situação não é diferente no Tribunal Superior do Trabalho onde foram autuadas 20.276 causas em 1990, tendo o número saltado para 93.484 cinco anos depois.

Comparativamente, importa dizer que a Suprema Corte americana possui nove juízes que apreciam cerca de 160 recursos por ano, uma vez que aqueles magistrados gozam da chamada argüição de relevância, representada pela prerrogativa de selecionar, entre cerca de 6.000 propostas de recursos a eles submetidos, algo em torno de 300 feitos considerados mais importantes para exame e posterior decisão.

O sistema recursal precisa ser racionalizado. Os intermináveis recursos, agravos, medidas cautelares abarrotam a Justiça de causas eternizando as demandas. A problemática resultante do excesso de recursos acerca de assuntos já sumulados integra e está na base da chamada crise dos tribunais superiores.

Os pleitos são repetidos e curiosamente o recorrente quase sempre é o Poder Público. Quase 61% dos recursos ajuizados junto ao Supremo Tribunal Federal partem da União, acompanhada do INSS com cerca de 21%, seguindo-se o Estado de São Paulo com aproximadamente 11 por cento, entre outros.

A grande maioria das ações aborda matérias já decididas anteriormente, podendo-se defluir que, sendo o Poder Público o maior "cliente" dos tribunais superiores, esta repetição irracional e inútil de ações nessas instâncias se dá por insistência dos entes públicos em não se submeterem à jurisprudência dominante então existente, onde em muitos casos as decisões lhe são desfavoráveis, sendo mínima a probabilidade de êxito. Desse modo, os interessados se valem dos permissivos legais, cujo desdobramento inevitavelmente é a procrastinação inútil e desgastante dos feitos, prolongando ao máximo a tardia derrota até esses desembocarem nos tribunais superiores.

392

Como exemplo podem ser citadas questões atinentes à devolução dos empréstimos compulsórios, aplicação da correção monetária dos salários de contribuição para o cálculo das aposentadorias, discussão sobre índices da inflação na caderneta da poupança, bem como no Plano Collor, inconstitucionalidade parcial das leis do FINSOCIAL, a inconstitucionalidade das contribuições sociais dos autônomos, correção monetária do FGTS, etc.

Conforme dito, sabe-se que em torno de 80% dessas questões apresentadas ao foro, e resistidas pela administração pública, são decisões maturadas e meditadas e que as prerrogativas recursais então utilizadas, muitas vezes com o objetivo de resolver problemas de caixa, cria entraves à entrega da prestação jurisdicional à qual o cidadão tem direito.

Portanto, diante do quadro descrito, a Súmula Vinculante desponta como um importante instrumento de desembaraço do sistema judicial, criando a possibilidade de definição célere do processo, autorizando o manejo da reclamação contra qualquer decisão, encerrando rapidamente a ação.

## 2. O DIREITO SUMULAR

Para Lincoln Magalhães da Rocha<sup>3</sup> o Direito Sumular consiste em uma nova metodologia de aplicação do Direito ou de nova técnica de jurisprudência, sendo irrecusável o seu caráter de norma geral com âmbito de validade restrito ao tribunal, sendo



na sua vigência assegurada e sua eficácia patente pelos efeitos, sobretudo processuais que determina.

Lembra que,<sup>4</sup> à semelhança da regra do *stare decisis*, próprio do sistema anglo-saxão, e por inspiração do ministro Victor Nunes Leal, do Supremo Tribunal Federal, a súmula surgiu em 1963, de maneira autônoma e autóctone, sem que tivesse prevista especificamente na Constituição e nas leis. Para Lincoln, a idéia original do criador da Súmula da Jurisprudência Dominante do STF, Victor Nunes Leal, constitui a mais evidente afirmação da importância do precedente no Direito Brasileiro.

À época, a criação de súmula representou uma inovação objetivando introduzir uma metodologia de julgamento nos processos que abarrotavam o STF já naquela ocasião, proporcionando maior estabilidade à jurisprudência do Tribunal, à medida em que o novo instituto uniformizaria decisões que se repetiam reiteradamente em julgados semelhantes.

Referido instrumento tem autoridade persuasiva para os demais órgãos do Poder Judiciário, podendo ser revisto pelo próprio Tribunal. Após a sua implantação no âmbito do Supremo, os demais órgãos adotariam igual procedimento formulando suas próprias súmulas, a partir da repetição das deliberações, conexão e convergência com outros julgados, redundando em jurisprudência.

Daí a razão de Roberto Rosas<sup>5</sup> conceituar Direito Sumular como sendo o reflexo do Direito emanado de súmulas de um Tribunal, argumentando, ainda, *verbis*:

Não importa o nome quando o tribunal fixa entendimento e diretriz. É a chamada força vinculante da decisão, pouco importa o nome – orientação precedente, jurisprudência, súmula. Como afirma Calmon de Passos – seja o que for, obriga (Revista do TRF da 1ª Região, v. 9, nº 1, p. 163), porque repugnam decisões diversas, baseadas em interpretações diversas, sobre a mesma regra jurídica. Como observa a Ministra Ellen Gracie Northfleet, a maioria das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma ('Ainda sobre o efeito vinculante', Revista de Informação Legislativa, n. 132, p. 133). Há conteúdo compulsório em tudo isso e, portanto, a obediência a essas decisões, por todos os níveis.

Afirma Ivan Lira de Carvalho<sup>6</sup> que Direito Sumular é a elevação da jurisprudência esparsa, através do amalgamamento dos julgados ao patamar de ramo da árvore do Direito.

Ao discorrer sobre o precedente judicial, afirma Hans Kelsen que um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar não só normas individuais vinculadas, mas também normas gerais, ou seja, quando a decisão judicial cria o precedente judicial e quando a decisão judicial, do caso concreto, é vinculante para a decisão de casos idênticos. Acentua o mestre de Viena que a função criadora dos tribunais realça quando lhe é dado formular regras com força de precedente.

Assim, o Direito Sumular vem conquistando prestígio a partir da segurança jurídica que lhe é própria e a partir da complexidade do processo legislativo brasileiro, tendo como nascedouro as mais repetidas posições dos tribunais, que julgam as causas em última instância.

### 3. O EFEITO VINCULANTE DAS SÚMULAS COMO GARANTIA DE UM PROCESSO DE RESULTADOS

Há muito o efeito vinculante integra o ordenamento jurídico no nosso país. A Emenda Constitucional nº 07, de 1977, estabelecia que “a partir da data da publicação da ementa do acórdão no Diário Oficial da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante implicando sua não-observância negativa de vigência do texto interpretado”.

Ao disciplinar a representação interpretativa, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 187, previa que “a partir da publicação do acórdão, por suas conclusões e ementa, no Diário da Justiça da União, a interpretação nele fixada terá força vinculante para todos os efeitos”.

O efeito vinculante propriamente dito foi formalmente instituído no ordenamento jurídico pátrio quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 03/1993, cujo artigo 1º alterou o artigo 102 da Carta Magna para incluir o parágrafo 2º, criando a Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou de ato normativo, dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

O modelo está associado à regra do *stare decisis* ou precedente judicial vinculativo próprio do sistema *commow law*, embora sobressaem relevantes discrepâncias entre o mencionado sistema e o nosso, de tradição romano-germânica.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (artigo 103-A), exsurge a Súmula Vinculante como um instrumento capaz de dotar de agilidade a máquina emperrada da Justiça, evitando repetição inútil de demandas, assim como divergências de vários órgãos julgadores no contexto de instâncias inferiores, diante de decisão pacificadora no âmbito do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria.

Todavia, o tema é polêmico e divide opiniões, tendo despertado enorme interesse, suscitando debates por meio dos quais afloram-se duas correntes. A que aponta as virtudes do novo mecanismo constitucional, bem como a que advoga os vícios, restrições e até mesmo a inconstitucionalidade do instrumento.

Muito se discute sobre a influência que a obrigatoriedade de seguir a jurisprudência sumulada poderia exercer sobre os juízes das instâncias inferiores que, na visão de alguns, perderiam a oportunidade de desenvolver sua criatividade e liberdade de interpretação das normas jurídicas.

Afirma-se que a restrição então imposta poderia cristalizar a jurisprudência ocasionando o engessamento da ciência jurídica, reduzindo as garantias dos direitos dos cidadãos. Com isso, o Direito não se adaptaria às necessidades sociais, em sua evolução, mas ficaria estancado no tempo e no Supremo Tribunal Federal.

Ao discorrer sobre o tema, Evandro Lins e Silva narra uma defesa, empreendida por Rui Barbosa, de um Juiz de Direito do Rio Grande do Sul que havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça por um pseudo crime de hermenêutica, por não haver seguido a jurisprudência da corte, tendo Rui Barbosa dito que defendia também “dois elementos que no seio das nações modernas constituem a alma e o nervo da liberdade: o júri e a independência da magistratura”.

Quando da segunda parte da defesa, Rui Barbosa, com sutil ironia, deu-lhe o título de “*novum crimen* e o crime de hermenêutica”, sustentando a tese da autonomia

intelectual do juiz para que não se converta em “espelho inerte dos tribunais superiores”, quando a sua existência seria “um curso intolerável de humilhações”.

Em que pese Evandro Lins e Silva defender o caráter persuasivo da súmula como importante instrumento do trabalho de juízes e advogados, bem como da própria Suprema Corte, são suas as seguintes afirmações:

Penso que todos nós, como advogados e cidadãos, devemos pôr a imaginação a funcionar, ajudando a debelar a crise do Poder Judiciário para que este possa atender às necessidades e aos reclamos da sociedade. Súmulas, sim, mas não vinculantes, e outras providências que dêem aos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores os meios de tornar possível e viável o seu funcionamento normal sem sacrifício dos seus juízes. A solução surgirá e ela será encontrada, de modo a impedir o excesso de causas que lhes são afetas em consequência da estrutura anacrônica do poder judiciário, a partir de sua base. Os juizados especiais, agora criados, poderão ser o embrião dessa reforma, tornando expeditas as soluções da maior parte das questões contenciosas, sem sacrificar a cúpula do sistema. Novas súmulas poderão atenuar em muito a aguda crise criada com a repetitividade de questões que estão entulhando as prateleiras e os gabinetes dos ministros do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores.

Igualmente contrário à Súmula Vinculante, sentenciou João Alberto Medeiros Fernandes,<sup>7</sup> *in verbis*:

O direito do cidadão de ver o seu caso concreto examinado pelo seu advogado e pelo seu Juiz é inalienável, decorre de princípio constitucional, mas jamais de aplicações de decisões preconcebidas, também chamadas de *stare decises* [...] ‘Criada a referida súmula de aplicação obrigatória é possível fechar os escritórios de advocacia, as comarcas, calar a Ordem dos Advogados do Brasil e aposentar juízes, mas, é certo que antes, o cidadão morrerá de injustiça. A Súmula Vinculante é uma maneira de oprimir o povo porque ele não tem consultoria jurídica em Brasília, nem força econômica para contratar os maiores juristas do país, ao passo que o governo, os bancos e as multinacionais, pelos caminhos certos, estabelecerão a imutabilidade futura das decisões que lhe favoreçam.’

Após extensa e fundamentada exposição sobre a matéria, conclui Sílvio Nazareno Costa,<sup>8</sup> afirmando que “... por restringir, ainda que apenas em determinados casos, a independência de que se deve desfrutar o juiz para o exercício da atividade jurisdicional, é materialmente inconstitucional” a proposta (à época), de emenda que atribui força vinculante a súmulas jurisprudenciais.

Ao criticar de forma contundente a então proposta de Emenda Constitucional, Carmen Lúcia Antunes Rocha,<sup>9</sup> assegurou que o Supremo Tribunal Federal terá sido erigido à condição de órgão reformador da Constituição, com a possibilidade de criar normas constitucionais, sem qualquer participação do cidadão, sem qualquer possibilidade sequer de sua mudança pelo processo legislativo infraconstitucional.

Na oportunidade, afirmou textualmente, que:

A adoção de Súmula Vinculante rompe a tradição constitucional republicana brasileira, princípios constitucionais atuais brasileiros; tolhe direitos dos cidadãos; compromete o princípio da legitimidade democrática e o princípio da separação dos poderes, segundo o modelo adotado na Lei Fundamental da República;

afronta o princípio da independência do Juiz, sem o qual o direito fundamental à jurisdição vê-se restringido e não é dado como certo para a correção de rumos na eficiente e tempestiva prestação jurisdicional que é buscada.

Igualmente rebelde quanto à aprovação da Súmula Vinculante, Lúcia Valle Figueiredo<sup>10</sup> compreende que o juiz de primeira instância é quem realmente começa a dialogicidade da norma, é quem leva ao tribunal a primeira intelecção da norma, a fim de que a corte de apelação mantenha ou reforme sua decisão, não havendo possibilidade, destarte, de a jurisprudência ser formada de cima para baixo.

Por intermédio de artigo veiculado pela internet, Antonio Carlos Diniz<sup>11</sup> sustenta que o juiz se tornaria repetidor burocrata das súmulas dos tribunais superiores, que, dotando de tal efeito as súmulas, estar-se-ia violando a separação de poderes e, por fim, defende que não se estaria respeitando o princípio do duplo grau de jurisdição.

Freqüentemente depara-se também com a argumentação de operadores do Direito no sentido de que a vinculação de decisões é característica da família do *commow law*, não se podendo adotar tal sistema em ordenamento jurídico filiado ao *civil law*.

Todavia, a despeito da censura atinente ao caráter vinculante das decisões, acabou por predominar a corrente de pensamento que enxerga no instituto em questão mais benefícios e virtudes do que vícios e defeitos.

Da inflamada resistência ao novo instrumento jurídico, sobressaem críticas sobretudo no tocante ao possível engessamento do Direito, à vista da restrição à liberdade de julgar dos demais magistrados.

396

Contudo, tomando as palavras de Waldemar Cláudio de Carvalho,<sup>12</sup> observa-se que no exercício do seu mister de dizer o Direito, o juiz, antes de interpretá-lo, precisará imprimir o efetivo conteúdo e alcance da norma a ser aplicada no respectivo caso a ele submetido a julgamento.

Vê-se então que, pela própria natureza do fenômeno hermenêutico, somente o magistrado estará apto a dizer se, efetivamente, determinado precedente mostrar-se-á ou não, adequado à solução daquela demanda e em que extensão.

Conforme anota o mencionado jurista, situação bem diferente seria se no modelo brasileiro não houvesse possibilidade de revisão de tais enunciados, se eles fossem ditados por um outro poder que não o próprio Judiciário, ou se o magistrado estivesse sujeito à punição ou compelido a aplicar a súmula (ao arrepio de sua convicção), ainda que tal decisão viesse a ser cassada pelo STF em decorrência do provimento de reclamação interposta pela parte interessada.

Prossegue o expositor ressaltando, *in litteris*:

A falta de liberdade também existiria, com a devida vênia daquelas abalizadas autoridades que defenderam o projeto inicial, se o instituto viesse a adotar o mesmo processo concentrado de controle de constitucionalidade, de caráter antecipatório, previsto no artigo 102, 2º, da Constituição, uma vez que, por um lado, poderia até ganhar presteza na definição da controvérsia, mas, por outro, precipitaria o debate ainda não prudentemente amadurecido pela jurisprudência, transformando os magistrados de primeiro e segundo graus de jurisdição em meros chanceladores de teses jurídicas já definidas pelas instâncias superiores.

Acertadamente aduz o articulista que, o que se pode verificar foi o extremo cuidado tomado pelo Congresso Nacional ao introduzir no ordenamento brasileiro esse peculiar instrumento anglo-saxônico de racionalização da prestação jurisdicional, submetendo-o aos cuidados de uma instituição que, ao longo de mais de um século de experiência republicana, soube enfrentar e superar as maiores intempéries, políticas e sociais, por que passou a nação brasileira, daí se pode esperar do STF a dignificação que o instituto merece, a regular apenas aquelas matérias reconhecidamente relevantes à harmonização da exegese constitucional, a fim de que confira maior segurança às relações jurídicas, tão desejável ao progresso e à paz social.

Com propriedade, arremata Waldemar Cláudio de Carvalho,<sup>13</sup> sustentando que a Súmula Vinculante constituirá, *in verbis*:

Valioso instrumento de libertação dos juízes – liberando-os daqueles processos repetitivos e massificantes, sem questionamentos maiores, que os impedem, quase sempre, de aprofundarem o estudo e, por conseqüência, a compreensão dos principais problemas que afligem o jurisdicionado brasileiro. Donde se pode concluir esse breve ensaio com a seguinte reflexão do professor Roberto Rosas: ‘Dirão, mas há liberdade do juiz em decidir! Verdade. Mas o verbete de uma súmula somente será decisivo, depois de muito debate – por isso foi sumulado. A liberdade judicial, apanágio do Estado Democrático, dirige-se às novas questões, a novas leis, aos temas em aberto. Aí, sim, o juiz, com sua livre decisão, prestará notável serviço à Justiça’.

Ao discorrer sobre o assunto, espera Maurício Corrêa<sup>14</sup> que essa providência seja o primeiro passo na busca da aspirada celeridade dos procedimentos judiciais, saudando-a como inteligente instrumento de racionalização das atividades pertinentes, asseverando que a sociedade não pode conviver mais com a avalanche de processos repetitivos, tomando tempo dos juízes com reanálise de teses já consolidadas pela jurisprudência. No seu pensar, o grande eureka da Súmula Vinculante é a garantia da efetividade dos princípios da igualdade, segurança jurídica e amplo acesso ao Judiciário, acentuando, ainda:

A par, entretanto, de toda essa economia e racionalidade, está outra conquista, que temos como mais importante, que é a garantia da efetividade dos princípios da igualdade, da segurança jurídica e do amplo acesso à Justiça. É muito comum hoje, especialmente nesses chamados casos de massa, ocorrer a uma pessoa ganhar a causa e a outra, na mesmíssima situação, perdê-la. Tal decorre da simples circunstância, muitas vezes, de que o perdedor não teve condições financeiras de levar seu processo adiante, até os tribunais superiores, para assegurar-lhe tratamento isonômico. Essa situação de desequilíbrio social perante a Justiça, em questões idênticas e estritamente de direito, não pode mais prevalecer.

Por outro lado, e é bom que isso fique claro, o juiz continuará plenamente a exercer o seu papel. Quem analisará o caso, colherá as provas e decidirá se está ou não enquadrado naquela hipótese é o próprio magistrado. O que acontecerá é que, uma vez definido que a situação é aquela sumulada, a interpretação do direito será a mesma para todos, de norte a sul do país, para pobres ou ricos, devendo cumpri-la também todos os órgãos da administração pública.

Enaltecendo o novo instrumento que doravante passou a integrar a Lei Maior, Maurício Corrêa assevera que foram assegurados rígidos mecanismos de controle, desde a exigência do voto de dois terços dos ministros do STF para edição de uma Súmula Vinculante, até a fixação de mecanismos procedimentais que assegurem sua revisão, tendo

declarado, em outra oportunidade, (doc. 3, f. 7) que a implementação do precedente judicial vinculativo traria uma economia da ordem de R\$ 20 bilhões por ano.

De fato, o texto objeto do artigo 103-A da Constituição da República representa um avanço no que concerne à adoção do sistema do precedente obrigatório, reclamado há muito em diversas manifestações doutrinárias, cuja implementação reduzirá substancialmente a carga de processos que emperra a máquina judiciária e sufoca os órgãos jurisdicionais.

O grande número de ações existente congestionava o Poder Judiciário, tornando inviável o funcionamento da sua máquina a contento, gerando um estado de desilusão do cidadão, cômico dos seus direitos, sabendo-se que todos os meios são empregados pelo Estado, que tem o dever de proteger esse direito, impedindo a sua não efetivação.

Argumenta José Augusto Delgado<sup>15</sup> que não há razão jurídica a sustentar esse estado de resistência, o qual, além de se constituir em forte atentado ao direito da cidadania, em nada contribui para o aperfeiçoamento da ciência jurídica e para a efetividade da Justiça e da paz social.

A atuação administrativa nesses moldes, não acatando e cumprindo o direito do administrado, previamente reconhecido em reiteradas decisões pelo Poder Judiciário, gera mais ônus para a administração, provocando-lhe despesas excepcionais ao próprio reconhecimento e cumprimento da pretensão que lhe é apresentada.

Segundo relata José Augusto Delgado,<sup>16</sup> conforme levantamento feito pela Secretaria da Receita Federal, a administração gasta mais em manter o funcionamento do Poder Judiciário do que pagar o direito reclamado.

398

Desse modo, exsurge um sentimento de angústia, indignação e de revolta por parte das pessoas que querem ver as suas lides solucionadas de forma célere e efetiva. De outra parte, o órgão julgador não fica imune a esses sentimentos, sendo para ele igualmente angustiante, após ter presidido e impulsionado o processo, até a prolação da sentença definitiva, deparar-se com a parte sucumbente impetrando documento recursal, quase sempre com efeito suspensivo, devendo a parte vencedora ter que esperar para nova deliberação.

Nas palavras de Teotônio Negrão<sup>17</sup> é verdadeiramente inacreditável que o Poder Público, a quem compete a tutela do Direito, seja o mais renitente e, às vezes, o mais chicanista de todos os réus, interpondo uma plethora de recursos infundados, com a manifesta e pouco honesta intenção de adiar, indefinidamente, o cumprimento de suas mais elementares obrigações.

O novel instituto da Súmula Vinculante surge como mecanismo hábil para desafogar a situação embaraçosa em que se encontra a Justiça nacional, buscando resolver, ainda que parcialmente, o gravíssimo problema dos reiterados desafios à jurisprudência assente de um tribunal por julgamentos e recursos contrários a ela, impondo à corte atividade inútil e onerosa.

Após desenvolver pormenorizado estudo e discussão sobre a natureza jurídica do instituto da Súmula Vinculante, Antônio Souza Prudente<sup>18</sup> sustenta:

A instituição da Súmula Vinculante em nosso ordenamento jurídico, como resultado do tecido celular da jurisprudência construída no controle difuso de constitucionalidade, por nossos tribunais, após reiteradas decisões sobre a

matéria, ali controvertida, contribuirá decisivamente, para a distribuição da justiça adequada a todas as pessoas que dela necessitem, no âmbito judicial e administrativo, assegurando-lhes um sistema jurídico moderno e igualitário, que efetivamente garanta e não apenas proclame o direito de todos, como a melhor e mais civilizada forma de acesso pleno a essa tão almejada justiça, no imaginário do terceiro milênio.

Na linha do pensamento de Zélio Maia da Rocha,<sup>19</sup> importa consignar que em plena era da globalização, a jurisprudência ganha relevante repercussão, tendo sido criada a Súmula Vinculante ao fundamento de imprimir estabilidade às relações sociais, combatida pelos conflitos de manifestações judiciais.

Nesse sentido, impende resgatar a lição de Rodolfo Camargo Mancuso,<sup>20</sup> para quem o Direito Sumular serve ao propósito, justamente, de colocar parâmetros seguros que impeçam o arbítrio e a injustiça ocorrentes quando respostas discrepantes são dadas a casos substancialmente análogos.

Ora, a desigualdade é gerada a partir da interpretação (de maneira diversa), de norma ou situação, diante de casos iguais, estando a doutrina nacional a insistir que tal disparidade na aplicação do Direito traz insegurança jurídica, razão por que, agora com *status* constitucional, emerge a Súmula Vinculante.

Não pode o Direito moderno prescindir das vantagens do sistema judicial de aplicação do direito negando valor ao precedente jurisprudencial, daí a preocupação de ordem pragmática representada pela filosofia dessa medida hoje triunfante no cenário jurídico.

Impende seja feita alusão à visão essencialmente pragmática de Hugo de Brito Machado,<sup>21</sup> que assim escreveu:

Não é razoável admitir-se que o Judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil inteiro, quando o Supremo Tribunal Federal, com uma única decisão, poderia resolver definitivamente a questão, tornando desnecessários milhares de processos.

Ensinam Marcelo Lamy e Luiz Guilherme Arcaro Conci<sup>22</sup> que os autopercedentes e os precedentes hierarquicamente superiores devem possuir efeito vinculante, independentemente de mandamento constitucional ou legal, mas por respeito à igualdade. Realidade essa que não ofende a livre convicção e a independência do julgador, uma vez que esse, entendendo que o caso apresenta circunstâncias diferenciadas, desimpedido estará para decidir diversamente, externando, obviamente, as razões para tal proceder.

Portanto, não há falar em afrontamento do princípio da independência do juiz, cerceando-lhe a liberdade de criação e a independência.

Em favor da adoção do efeito vinculativo para as súmulas, argumentou Paulo Brossard que o princípio da utilidade tem que se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, sendo esse um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo.

Desse modo, apresentam-se como inegáveis as razões pragmáticas advindas da implantação do preceito sumular nos moldes em que foi insculpido na Carta da República, podendo-se citar, entre outras, a unificação ou homogeneização da jurisprudência,

celeridade processual, agilização e eficiência dos recursos, economia, segurança jurídica, previsibilidade do resultado, além da racionalização na prestação jurisdicional.

Uma vez inserida a Súmula Vinculante na Constituição Federal, espera-se sua ligeira consolidação no Direito brasileiro, porquanto trará efeitos benéficos devendo conferir regularidade e segurança às deliberações judiciais que cuidam da mesma matéria.

Importa consignar que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, estuda-se a possibilidade de adoção da sistemática de vinculação de suas decisões aos comandos da jurisprudência sumulada, sendo o Relator do matéria (processo nº TC-018.773/1996-6), ministro Lincoln Magalhães da Rocha, grande entusiasta do assunto.

## CONCLUSÕES

Nos últimos anos tem sido numerosa a proposição de soluções com vistas a satisfazer a crescente demanda pela prestação jurisdicional do Estado.

A Constituição da República surgiu como um marco na efetiva conquista dos direitos sociais e políticos em nosso país. A Carta Magna, precedida que foi pela ditadura militar, ampliou significativamente e deu força imperativa a uma imensa gama de direitos que espelham os anseios e o ideal de um estado democrático de direito fundado na justiça social.

Todavia, problemas de ordens diversas com os quais se depara o Poder Judiciário tem posto à prova, ou, no mínimo, adiado a concretização dessas conquistas.

400

Em razão, em grande parte, da existência de um sistema irracional de recursos previsto em nosso ordenamento jurídico, os tribunais encontram-se abarrotados de processos, objeto de matérias muitas vezes já julgadas, resultando, inclusive, em edição de súmulas, impedindo que os julgadores dispensem a atenção e cautela necessárias a cada caso.

O quadro lastimável em que se encontra o sistema judiciário, sobretudo pelo grande número de feitos, maior responsável pela morosidade na prestação efetiva da tutela jurisdicional, resulta em prejuízos de ordem material, moral, além de gerar descrença na eficácia da lei e do aparelho judicial.

Não é demais lembrar que o número de processos encaminhados ao Supremo Tribunal Federal saltou de 21,3 mil em 1988 para 83,6 mil em 2004, já tendo atingido a marca de 110,7 mil em 2001, e, no caso do Superior Tribunal de Justiça, o número evoluiu de 3,7 mil em 1989 para a alarmante marca de 226,4 mil em 2003.

Nesse contexto, a Súmula Vinculante desponta como remédio alternativo, viável e eficaz, para a minimização do problema do abarrotamento das causas repetitivas nos tribunais, de forma a conferir celeridade e coerência às deliberações.

Entretanto, no âmbito da comunidade jurídica sobressaem opiniões que apregoam a existência de vícios e desvantagens na adoção da decisão vinculante, sob o argumento, sobretudo, de que seria uma afronta ao princípio da independência do juiz, porquanto estar-se-ia cerceando sua liberdade de julgar. Frequentes também são as críticas que dizem respeito ao amordaçamento do Direito, estagnação dos princípios jurídicos, amarração da ciência jurídica, entre outras.



Na verdade, não são desprezíveis os argumentos que militam no sentido da rejeição do precedente vinculativo, devendo-se reconhecer a resistência natural que possa trazer em relação aos demais integrantes do corpo judiciário, mormente os juízes de instâncias inferiores.

A propósito, aderindo à preocupação de Antonio Carlos de A. Diniz,<sup>23</sup> é de se repensar se o nosso sistema jurídico-político, assentado sobre fortes bases legalista-positivistas, estaria suficientemente maturado para recepcionar em seu bojo a súmula revestida do caráter da vinculação, valendo dizer que o assunto clama por reflexões mais aprofundadas, devidamente contextualizadas na realidade de nosso país.

É bem verdade que, a despeito de estar prevista a possibilidade de alteração dos enunciados da Súmula Vinculante, a partir dos casos práticos resultantes de sua implementação poder-se-á melhor aquilatar a possível ossificação que poderia produzir na própria evolução jurisprudencial, conforme as críticas assentes.

Se, por um lado, alguns juristas enxergam o instituto da Súmula Vinculante com certa reserva, por outro, constitui uma esperança plausível de solução (ou pelo menos minimização), do principal entrave dos tribunais, qual seja, o amontoado de causas repetitivas congestionando o sistema. Pode-se dizer que as vantagens do mecanismo constitucional em questão superam suas possíveis deficiências.

Enfim, diante da delonga irracional dos processos, além de outros motivos, a Súmula Vinculante sobressai como mecanismo hábil para tornar mais célere a solução das ações, bem como para conter o fluxo aberrante de julgados pelas cortes de cúpula, contribuindo assim, para que seja debelada a chamada crise que se instalou junto ao Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Carmem Lúcia. Sobre a Súmula Vinculante. **Boletim de Direito Administrativo**, Brasília, setembro, p. 640-652, 2000.

BERMUDES, Sérgio. A Reforma do Judiciário pela Emenda constitucional nº 45. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Ivan Lira de. **Decisões Vinculantes**. Obtida via internet. <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>, 23/09/05, 16h 32min.

CARVALHO, Waldemar Cláudio de. A Súmula Vinculante e a Independência Funcional do Juiz. **Correio Braziliense**. Brasília, 06 dez. 2004.

CORRÊA, Maurício. Saudemos a Súmula Vinculante. **Correio Braziliense**. Brasília, 05 dez. 2004.

COSTA, Sílvio Nazareno. A Constitucionalidade Material da Súmula Vinculante. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 155 (jul/set), p. 175-202, 2002.

DELGADO, José Augusto. Súmula Vinculante e a Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, Brasília (jun), p. 355-359, 1998.

- DEMO, Alcenir José. A Justiça é Cega Mas não é Muda. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano VIII, nº 186, p. 30-33, 2004.
- DINIZ, Antonio Carlos de A. **Efeito Vinculante e Suas Conseqüências para o Ordenamento Jurídico**. Obtida via internet. <http://www1.jus.com.br/doutrinha/texto.asp?id=252>, 25/02/05, 10h 22min.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **O Controle Judicial dos Atos Administrativos e a Súmula Vinculante**. Vitória/ES: Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, 30 out. 2002.
- JUNIOR, Roney Oliveira. **A Solidez da Súmula Vinculante e a Fragilidade da Súmula Impeditiva de Recursos**. Obtida via internet. <http://jus2.uol.com.br/doutrinha/texto.asp?id=6271>, 24/02/06, 15h 40min.
- LAMY, Marcelo; Luiz Guilherme Arcaro Conci. Reflexões Sobre as Súmula Vinculantes. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, p. 296-318, 2005.
- LINHARES, Leonardo de Oliveira. **Efeito Vinculante das Súmulas como Garantia de um Processo de Resultados**. Obtida via internet. <http://jus2.uol.com.br/doutrinha/texto.asp?id=2742>, 24/02/06, 15h 10min.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Efeito Vinculante das Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Processos de Controle Abstrato de Normas**. Obtida via internet. <http://www1.jus.com.br/doutrinha/texto.asp?id=108>, 25/02/05, 17h 20min.
- MENEGATTI, Christiano. **O Efeito Vinculante e a Crise do Judiciário**. Obtida via internet. <http://www1.jus.com.br/doutrinha/texto.asp?id=251>, 25/02/05, 06h 10min.
- OLIVEIRA, Moisés do Socorro. **Poder Judiciário: Morosidade. Causas e Soluções**. Obtida via internet. <http://jus2.uol.com.br/doutrinha/texto.asp?id>, 24/02/06, 10h 16min.
- PRUDENTE, Antonio Souza. A Súmula Vinculante e a Tutela do Controle Difuso de Constitucionalidade. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano IX, nº 195, p. 36-42, 2005.
- ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Sobre a Súmula Vinculante. **Boletim de Direito Administrativo**, Brasília (set), p. 640-652, 2000.
- ROCHA, Lincoln Magalhães da. **Direito Sumular**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Shogun Arte, 1983.
- ROCHA, Zélio Maia da. Súmula Vinculante. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano X, nº 218, p. 52-56, 2005.
- ROSAS, Roberto. **Direito Sumular**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 12-13, 2004.
- SILVA, Bruno Mattos e. **A Súmula Vinculante para a Administração Pública Aprovada pela Reforma do Judiciário**. Obtida via internet. <http://www1.jus.com.br/doutrinha/texto.asp?id=6101>, 25/02/05, 16h 32min.

## NOTAS

- <sup>1</sup> Diniz, 2005.
- <sup>2</sup> Demo, 2004, p. 30.
- <sup>3</sup> Rocha, 1983, p. 105.
- <sup>4</sup> Rocha, 1983, p. 100.
- <sup>5</sup> Rosas, 2004, p. 12.
- <sup>6</sup> Carvalho, 2005.
- <sup>7</sup> Carvalho, 2005.
- <sup>8</sup> Costa, 2002, p. 175.
- <sup>9</sup> Rocha, 2000, p. 640.
- <sup>10</sup> Figueiredo, 2002.
- <sup>11</sup> Diniz, 2005.
- <sup>12</sup> Carvalho, 2004.
- <sup>13</sup> Carvalho, 2004.
- <sup>14</sup> Corrêa, 2004.
- <sup>15</sup> Delgado, 1998, p. 355.
- <sup>16</sup> Delgado, 1998, p. 355.
- <sup>17</sup> Oliveira, 2006.
- <sup>18</sup> Prudente, 2005, p. 42.
- <sup>19</sup> Rocha, 2005, p. 52.
- <sup>20</sup> Lamy, 2005, p. 296.
- <sup>21</sup> Diniz, 2005.
- <sup>22</sup> Lamy, 2005, p. 296.
- <sup>23</sup> Diniz, 2005.



# A INCIDÊNCIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO EM PROCESSOS DE APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL

CARLOS HENRIQUE CALDEIRA JARDIM

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRAXIS. 2. O PAPEL DO ATO ADMINISTRATIVO PERANTE A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. 3. PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGITIMIDADE. 4. A CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA E OS PRINCÍPIOS-GARANTIA COMO MANIFESTAÇÃO EVOLUTIVA DO ESTADO E DA SOCIEDADE. 5. REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM PROCESSOS DE APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Tribunal de Contas da União um notável plexo de competências relacionadas ao exercício do controle externo, como jamais ocorrera em sede de outras Cartas, revelando o caráter preeminente do controle diante da nova concepção de Estado Democrático de Direito. Algumas das tradicionais atribuições experimentaram uma ampliação de seu escopo, a exemplo da apreciação da legalidade, para fins de registro, dos atos de pessoal, ao ser introduzida a admissão de servidores da administração direta e indireta (art. 71, inciso III<sup>1</sup>) .

Filiando-se à tendência contemporânea de processualização da atividade administrativa<sup>2</sup>, a Carta Magna consagrou a incidência dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa no âmbito dos processos judiciais e administrativos (art. 5º, incisos LIV<sup>3</sup> e LV<sup>4</sup>), de sorte a traduzir um extraordinário valor evolutivo destes princípios-garantia.

Embora ainda presente em teoria uma certa indefinição quanto à natureza administrativa ou jurisdicional<sup>5</sup> das atividades exercidas pelo Tribunal de Contas da União, caracteriza-se o processo no âmbito daquela Corte como tipicamente administrativo, de natureza multiforme, que, informado pelos princípios da oficialidade, do formalismo moderado e da verdade material, cinge-se às garantias constitucionais que asseguram às partes processuais o contraditório e a ampla defesa, consoante esclarece Benjamin Zymler<sup>6</sup>.

Não obstante a sistemática procedimental do Tribunal de Contas de União, de uma forma geral, acolha os princípios da ampla defesa e do contraditório, no que diz respeito especificamente à apreciação de atos de admissão e de concessão, em linha de consonância com a regulamentação específica<sup>7</sup>, a teoria e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que nesta hipótese não se configuraria a existência de contraditório.

A questão pertinente à incidência de tais princípios no âmbito dos processos de apreciação dos atos de pessoal (sujeitos a registro) encerra relevantes indagações, sob a ótica da legitimidade da atuação do Estado, por intermédio do Tribunal de Contas, em função dos aspectos quantitativos e qualitativos inerentes aos atos apreciados diante do devido processo legal (substancial e material), mas também sob a perspectiva dos servidores admitidos ou dos beneficiários dos títulos de concessão, haja vista a repercussão da deliberação definitiva sobre a esfera jurídica daqueles<sup>8</sup>.

Tomando por referencial a “processualidade administrativa”<sup>9</sup> como uma necessidade de reação evolutiva do próprio Estado, abordar-se-á o problema posto sob enfoque diverso do consagrado pela dogmática tradicional, na tentativa de vislumbrar horizontes outros que privilegiem a efetividade da incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, de forma mais abrangente, também, nos processos de atos sujeitos a registro.

## 1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRAXIS

De acordo com a legislação pertinente e com a sistemática procedimental estabelecida, ao órgão ou entidade a que se vincula o servidor ou beneficiário cabe emitir o correspondente ato de admissão ou de concessão, em conformidade com o respectivo preceito autorizativo ou fundamento legal, e submetê-lo ao Tribunal de Contas, a quem incumbe proceder à apreciação quanto à adequação jurídica dos atos emitidos, sob os mais variados ângulos (forma, competência, conteúdo etc).

O papel do Tribunal de Contas não se restringe simplesmente a homologar ou não os atos de admissão e de concessão. Previamente à deliberação definitiva, há intensa atividade finalística (de controle, propriamente dito) e processual, sobretudo em caso de diligências, realizadas junto ao órgão ou à entidade de origem, nas situações, *a priori*, passíveis de recusa de registro do ato examinado.

Conforme disposto no artigo 260, § 1º, do Regimento Interno, o Tribunal determinará o registro do ato que considerar legal e recusará o registro do ato considerado ilegal. Nesta hipótese, há duas conseqüências jurídicas relevantes para o presente objeto de estudo: no caso de ilegalidade de admissão, “o órgão de origem deverá adotar as medidas cabíveis, fazendo cessar todo e qualquer pagamento decorrente do ato impugnado” (art. 261, *caput*, do Regimento Interno); no caso de concessão, “o órgão de origem fará cessar todo e qualquer pagamento dos proventos ou benefícios no prazo de quinze dias” (artigo 262, *caput*, do Regimento Interno).

406

Segundo a previsão regulamentar, o servidor admitido e o beneficiário da concessão são qualificados como interessados, ou seja, não integram ordinariamente a relação processual, facultando-se-lhes a possibilidade de se requerer e ser admitido o ingresso no processo, ao se tomar conhecimento da ameaça a direito subjetivo próprio.

A ciência pessoal, por iniciativa da Corte de Contas, dos titulares de tais atos (ou títulos) de admissão ou de concessão ocorre após a prolação do acórdão de ordem definitiva (que determina ou recusa o registro do ato), de tal forma que o ingresso destes tende a se restringir à fase de recursos, em que é facultada a interposição de “pedido de reexame”, com ou sem efeito suspensivo (a depender do aspecto temporal). A *praxis* sugere, portanto, ser apenas parcial a incidência da ampla defesa e do contraditório em sede de tais processos, na medida em que não assegura ao eventual atingido pela deliberação a participação em todo o arco do procedimento.

Benjamin Zymler classifica tal competência como parajudicial<sup>10</sup>, mas ressalta que ela enseja, normalmente, um processo tipicamente gracioso, porquanto “tais procedimentos envolvem a avaliação de atos administrativos marcadamente vinculados, que exigem o preenchimento de pressupostos previstos em lei”<sup>11</sup>. Ou seja, a apreciação levada a efeito incidiria, objetivamente, sobre o ato emanado da autoridade competente.

A atuação do Tribunal de Contas da União privilegia, portanto, a relação jurídica processual junto ao órgão ou entidade de origem dos atos de admissão e de

concessão. O entendimento predominante, no âmbito teórico e jurisprudencial, é o de que se trata de atos complexos<sup>12</sup> que prescindem da observância do contraditório e da ampla defesa<sup>13</sup>. O núcleo do fundamento de diversos precedentes do Supremo Tribunal Federal, francamente acolhidos no âmbito da Corte de Contas, pode ser representado pela seguinte ementa:

“Mandado de Segurança. Pensão por morte de ex-militar. Decisão do Tribunal de Contas da União que considerou legal a concessão de pensão à impetrante e determinou o registro do ato respectivo. Decisão impugnada, no prazo legal, pelo Ministério Público, por meio de Pedido de Reexame. Recurso com efeito suspensivo, que impediu se perfizesse o **ato complexo de registro da pensão militar**. Pedido de Reexame provido para tornar insubsistente a decisão anterior e declarar ilegal a concessão da pensão. Art. 71, III, da Constituição. Tribunal de Contas da União. Controle externo. Julgamento de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. **Inexistência de processo contraditório ou contestatório**. [...]”<sup>14</sup>. (sem grifo no original)

Tal posicionamento, conquanto se sustente em respeitáveis fundamentos teóricos e em consagrada jurisprudência sedimentada ao longo do tempo, assenta-se na dogmática tradicional que atribui ao ato administrativo o papel de elemento central do Direito Administrativo.

## 2. O PAPEL DO ATO ADMINISTRATIVO PERANTE A EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo, que teve como berço o contencioso administrativo, no qual se originou e germinou a noção de decisão jurídico-pública, como expressão prática do princípio da separação entre Administração e Justiça<sup>15</sup>, representava, no contexto do Estado Liberal, o momento de exteriorização da vontade de uma Administração Pública autoritária e unilateral<sup>16</sup>, baseado na premissa de que a lei, na democracia representativa, porquanto constituía expressão da vontade geral, vinculava e legitimava a atuação administrativa, num primeiro momento como garantia da administração e num momento posterior, como garantia dos particulares.

Santa Maria Pastor<sup>17</sup> indica o aparente paradoxo do desenvolvimento do Direito Administrativo na medida em que os princípios gerais contribuíram de forma mais determinante que as próprias normas escritas para a sua construção (v.g., o prolapado binômio princípio da presunção da legitimidade dos atos administrativos e o da supremacia do interesse público sobre o particular), tendo contudo se afastado dos valores ínsitos às constituições democráticas, fenômeno que perdurou mesmo após o advento do Estado Social, por questões várias, quer se examine o ato administrativo sob a ótica de Hauriou (“declaração de vontade dotada de força jurídica própria”), de Giannini (“negócio jurídico para a prossecução de interesses públicos concretos e pontuais”), ou ainda de Otto Mayer (“manifestação da administração autoritária que determina o direito aplicável ao súdito no caso concreto”) <sup>18</sup>.

Mas as modificações experimentadas pelo Estado Social, marcado pela administração prestadora e constitutiva (mediante atos favoráveis ou mesmo constitutivos de direitos), num cenário em que boa parte dos direitos subjetivos resulta de uma determinada relação jurídica com a Administração, desembocam inexoravelmente num modelo participativo. Neste contexto, é nítida, nos tempos mais recentes, a evolução do princípio da legalidade, outrora centrado na vinculação positiva à lei, para um cenário

em que a atuação administrativa assenta-se em bases valorativas emanadas de todo o ordenamento, notadamente dos princípios e preceitos constitucionais, ganhando assim a conotação de um princípio da juridicidade<sup>19</sup>.

No início dos anos 80 do século passado, dentre os teóricos que vislumbravam a transformação em curso, Tércio Sampaio Ferraz Júnior fazia referência explícita à mudança do eixo do princípio da legalidade: “o valor do princípio da legalidade mudou, sendo mais que uma regra do conteúdo da atividade administrativa, uma regra do seu limite, inserindo-se na dialética da autoridade e da liberdade”<sup>20</sup>. Porquanto a dialeticidade não é resultante da positivação em si, mas decorrência de uma verdadeira imposição da sociedade complexa e plural.

A crescente transferência de funções normativas ao Poder Executivo e até mesmo a crise da legalidade, dentre outros fatores, contribuíram decisivamente para abalar a estrutura do Direito Administrativo fundada na decantada presunção de legitimidade do ato administrativo, cedendo terreno a outras formas de materialização do exercício da função administrativa, tais como a contratualização, a via do consenso, além de várias outras exteriorizações jurídicas possíveis daquela atividade<sup>21</sup>.

É bem verdade que não há consenso teórico quanto a *capitis deminutio* do ato administrativo, mas há quase unanimidade quanto ao diagnóstico da crise do ato administrativo clássico, dando ensejo à tendência de o procedimento administrativo e a relação jurídica administrativa convergirem para o centro da dogmática administrativa.

A relação jurídica administrativa corresponde a um esquema relacional, caracterizado pelos vínculos jurídicos que ligam a Administração e os administrados – particulares, servidores, interessados –, assim como as autoridades administrativas, umas às outras. O ato administrativo, neste esquema relacional, é concebido como um dos fatos suscetíveis de criar, modificar ou até mesmo extinguir as relações jurídicas, o que permitiria explicar os vínculos jurídicos existentes entre a Administração e os administrados, inclusive anteriores ou posteriores à prática do ato administrativo.

Em última análise, a noção da relação jurídica como elemento central da dogmática administrativa encerra o reconhecimento dos administrados como titulares de direitos subjetivos perante a Administração, dando ensejo a uma posição de igualdade, fundada na Constituição, entre os sujeitos envolvidos nas relações jurídicas multilaterais<sup>22</sup>.

O reconhecimento da titularidade de direitos subjetivos perante a Administração Pública, como instrumento de proteção jurídica da dignidade da pessoa humana, constituiria um princípio essencial do Estado de Direito Democrático<sup>23</sup>. Vasco Pereira da Silva ressalta, entretanto, que, mesmo diante do contexto de estado pós-social, não se trata de uma evolução contraditória, marcada pelo predomínio da vertente garantista dos direitos individuais, mas de uma certa comunhão desta com a vertente social destes direitos na medida em que se obrigam os Poderes Públicos a atuarem no sentido de facilitar a sua concretização<sup>24</sup>.

Consoante explicitado, segundo a *praxis*, a inexistência de um processo contraditório, no âmbito da apreciação de atos de pessoal sujeitos a registro, assentar-se-ia na natureza complexa ínsita à espécie, vale dizer, somente após a manifestação da Corte de Contas surgiria, se fosse o caso, a contraposição de interesses. Todavia o reconhecimento da existência de uma relação jurídica administrativa e, por conseguinte, da posição de igualdade entre os sujeitos envolvidos revela um cenário em que a discussão acerca dos interesses juridicamente contrapostos devem ser compartilhados pelos sujeitos envolvidos



desde o nascedouro da controvérsia, seja na órbita do órgão de origem, seja no âmbito do órgão de controle.

### 3. PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA E LEGITIMIDADE

Como reconhece Otto Bachof<sup>25</sup>, as ligações jurídicas entre os interessados e a Administração devem ser qualificadas como relações jurídicas e, conseqüentemente, a relação jurídica abrange também o procedimento. Em outros termos, há que se considerar uma relação jurídica procedimental, ao lado da relação jurídica substantiva. Daí ser o processo “o espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas”, de modo a propiciar a recondução das diversas manifestações da atividade administrativa a um elemento comum e, ainda, a de “ensejar a análise da atuação da Administração e de suas relações com os particulares como um fenômeno dinâmico e não meramente estático”<sup>26</sup>. Esta transformação é reconhecida na teoria pátria, entre outros, por Odete Medauar<sup>27</sup> e Benjamin Zymler<sup>28</sup>:

“Observa-se, no mundo e também no Brasil, uma transformação significativa do Direito Administrativo. Este abandona o paradigma do ato administrativo e unilateral como meio de expressão da Administração, porque representante de um interesse coletivo superior aos interesses privados e passa a utilizar o processo administrativo como forma de elaboração prévia de atos administrativos, que defluem de uma interação dialética entre os interesses públicos e privados contrapostos”.

A teoria oferece substrato para sustentar que a mudança do eixo para a processualidade (calcada no reconhecimento da relação jurídica administrativa) pode proporcionar a elevação do patamar de legitimidade e até mesmo da efetividade da atuação administrativa.

409

Niklas Luhmann sustenta não ser função primordial do procedimento (judicial, legislativo e administrativo) a aplicação da justiça incontestável, senão a de conferir legitimidade às decisões e posições tomadas, porquanto o “objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo”<sup>29</sup>. Em outras palavras, a legitimação pelo procedimento não é uma justificação pelo direito processual, mas transformação estrutural da expectativa, por intermédio de um processo efetivo de comunicação, em conformidade com a regulamentação jurídica.

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui, segundo o autor, os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos de consenso, de modo que os procedimentos encontram um reconhecimento generalizado independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, arrastando consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias. Trata-se, assim, de um acontecimento real, mas não de uma relação mental normativa. Representaria o processo uma aquisição evolucionária, posição também partilhada por Talcott Parsons<sup>30</sup>.

Jürgen Habermas<sup>31</sup> ressalta a necessidade de dois possíveis filtros de legitimação para a Administração: a orientação pelos princípios constitucionais e a via procedimental<sup>32</sup>. O argumento decisivo para a função legitimadora dos processos reside, num contexto de plena comunicação participativa, na ampliação das chances de que os pontos de vista relevantes venham à tona e aumentem a probabilidade de uma justificação racional da decisão<sup>33</sup>.

Não se perca de vista que Habermas substituiu a razão prática pela razão comunicativa, acoplando o conceito de racionalidade ao “médium linguístico” e introduzindo ainda o conceito de validade falível. Na esfera processual de entendimento, o *medium* de integração social caberia aos horizontes de sentidos compartilhados intersubjetivamente, uma vez que na relação discursiva há uma interação que exige a exposição das razões que validem as convicções. A validade precária (falível), por seu turno, afasta o risco de uma socialização totalizante que implicaria perda de identidade. Daí se falar em uma racionalidade processual que supera os limites factuais históricos, porquanto transcenderia a partir de dentro<sup>34</sup>.

Peter Häberle, numa abordagem que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, toma a participação no processo como influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão, um verdadeiro aprendizado destinado aos Tribunais<sup>35</sup>. Essa visão pode ser transportada para o âmbito da Administração, mesmo porque, para esse autor, o processo administrativo é um veículo de realização dos direitos fundamentais junto ao estado-prestador<sup>36</sup>.

Constata-se, enfim, uma verdadeira extrapolação do perfil do processo administrativo, ao se transmutar de um plano eminentemente interno para perspectivas sociais e políticas da processualidade administrativa, conduzida não apenas pelo contraditório e ampla defesa, vistos do ângulo do indivíduo, mas também com o intento de sopesar os vários interesses<sup>37</sup>, na medida em que “o processo, enquanto situação – em movimento – dá origem a expectativas, perspectivas, chances, cargas [probatórias e argumentativas] e liberação de cargas”<sup>38</sup>. O que pode ser traduzido pela contundente afirmação de Adolf Merkl: “a mais eficaz das garantias é realizada pela colaboração no procedimento administrativo daquelas pessoas cujos direitos e obrigações vão restar por ele afetados”<sup>39</sup>.

410

O grande desafio para a atividade administrativa, calcada nos valores democráticos, dentre os quais se insere a processualidade administrativa, reside, portanto, em conciliar abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos pela via participativa<sup>40</sup>, tendo por norte assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, aos direitos fundamentais e à observância dos chamados direitos-garantia, marcha aparentemente irreversível num ambiente caracterizado por uma sociedade plural e complexa. Neste contexto, exerce a Constituição papel primordial, ao fundar e nortear a processualidade.

#### 4. A CONSTITUIÇÃO COMO AQUISIÇÃO EVOLUTIVA E OS PRINCÍPIOS-GARANTIA COMO MANIFESTAÇÃO EVOLUTIVA DO ESTADO E DA SOCIEDADE

O referencial teórico do sistema social autopoiético, proposto por Niklas Luhmann<sup>41</sup>, fornece os substratos para a compreensão de que as constituições adotadas pelos estados modernos representam verdadeiramente uma aquisição evolutiva<sup>42</sup>, na medida em que é a constituição que dá fechamento ao sistema jurídico, constituindo uma reação à diferenciação entre direito e política, à total separação de ambos os sistemas de funções e à conseqüente necessidade de religação entre eles por meio do acoplamento estrutural. É ela, portanto, que autonomiza o Direito.

A Constituição, portanto, torna possível uma solução jurídica para o problema da autoreferenciabilidade do sistema político (mediante a submissão ao Estado Constitucional e a um instituto jurídico de conteúdos indeterminados: o poder constituinte do povo) e uma

solução política para o problema da referenciabilidade do sistema jurídico (mediante a subordinação das normas à lei constitucional).

Quanto a esse acoplamento estrutural entre o direito e a política realizado pela Constituição, é de se destacar que entre as principais reivindicações levadas a termo na luta pela independência norte-americana estava a pretensão de estabelecer um governo limitado. Ainda que tal premissa conste da versão inglesa do liberalismo político, na realidade norte-americana ela assume uma dimensão mais alargada.

É em sede da Declaração de Independência da América de 1776 que o texto escrito, sob a forma de Constituição, proporciona uma espetacular inovação no mundo jurídico: uma lei que funda todo o direito e até o legislativo e o governo: “no passado, havia claramente a idéia de leis particularmente importantes e fundamentais, mas não a idéia de que existisse uma lei utilizável como critério de legitimidade ou ilegitimidade de todas as outras leis e atos jurídicos”<sup>43</sup>.

No âmbito da semântica histórica, verifica-se, ainda, que o conceito de constituição insere razão intencional e não-intencional. Intencional, pelo fato de as controvérsias com a Coroa Britânica terem ensejado um ordenamento autônomo do poder de governo. Não intencional, porque, por motivos somente esclarecidos na prática, redundou na divisão do direito em constitucional e nos demais ramos (àquele submetidos) e, ainda, numa constituição autológica que interpreta a si mesma. Neste sentido, Luhmann descreve a constituição como “resultado de um desenvolvimento evolutivo, uma aquisição evolutiva que nenhuma intenção pode apreender com precisão”.

Dentro desse processo evolutivo, salienta-se a incorporação da cláusula do devido processo legal (*due process of law*), a reafirmação do *rule of law* e a grande contribuição da *Petition of Right*, na medida em que inaugura uma estratégia perseguida ao longo dos tempos: a positivação dos direitos subjetivos mediante cartas de direitos<sup>44</sup>.

A abertura às interpretações que encerra, implicitamente, a transferência de poder do constituinte para os intérpretes (um risco necessário em face da complexidade e da dinâmica da sociedade pós-moderna) envolve, segundo Luhmann, uma atividade “parcialmente autológica”, tendo em vista que a “própria constituição estabelece como os observadores devem observar e o que devem considerar válido ou inválido”.

Sob hipótese, deve-se ignorar o componente intencional presente na revisão ou na interpretação da constituição, contexto em que sobressai o papel fundamental dos princípios constitucionais<sup>45</sup>, os quais constituem o norte e, de certo modo, o limite<sup>46</sup> para a construção de uma hermenêutica legítima perante a Constituição.

Carmen Lúcia Antunes Rocha ressalta que são os princípios que permitem a evolução do sistema constitucional pela criação ou recriação do sentido e da aplicação de suas normas, sem necessidade de modificação de sua letra, porquanto a sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica<sup>47</sup>.

Em uma abordagem mais orientada para a aplicação, é bem-vinda a visão teórica de Clémerson Merlin Cléve no sentido de que os princípios cimentam a unidade da constituição e experimentam uma eficácia mínima: se não podem sofrer aplicação direta e imediata, pelo menos cumprem eficácia derogatória da legislação posterior, o que não corresponde ao caso dos princípios-garantia, os quais gozariam de maior efetividade<sup>48</sup>.

Com efeito, os princípios-garantia, como sustenta Canotilho, apresentam maior densidade normativa (e menor grau de vagueza), o que os aproxima com maior intensidade da regra, permitindo o imediato estabelecimento direto de garantias para os cidadãos<sup>49</sup>.

Sob a perspectiva histórica, há de se ver que os princípios processuais nos sistemas constitucionais positivos surgiram, inicialmente, em face de aspectos de natureza civil e penal. Posteriormente, consoante anota Cármem Lúcia Antunes Rocha<sup>50</sup>, o reconhecimento de que também o processo administrativo poderia provocar ablação a direitos, inclusive direitos fundamentais, como aqueles relativos ao patrimônio jurídico e à própria liberdade do indivíduo, fez com que a matéria tivesse assento constitucional.

A participação dos atingidos por ações administrativas, com as devidas reservas, assemelha-se, no direito inglês ao chamado *right to a fair hearing* (que contempla o direito à adequada notificação e oitiva pela Administração) que, por sua vez, assemelha-se à faceta procedimental do *due process of law*, denominado *procedural due process* americano<sup>51</sup>.

O regime das garantias constitucionais condiciona a atividade administrativa, ao prescrever normas que procuram dar efetiva consistência ao princípio da legalidade na órbita da atividade estatal, o que requer a passagem pela afirmação dos princípios do devido processo legal do e do contraditório em processo administrativo<sup>52</sup>, com a inegável ascendência do *due process of law*, do *rule of law* e da *petition of right*.

A incorporação destes princípios-garantia no âmbito do processo administrativo no ordenamento pátrio encerra, assim, uma extraordinária evolução, quer como mecanismo de ampliação da incidência *due process of law* (que em seu sentido mais amplo encerra um dos princípios vetores que orientaram a consolidação das constituições modernas e democráticas ocidentais, exercendo um peso decisivo para a autonomia do sistema jurídico, na medida em instrumentalizou uma das formas de limitação do governo e de garantia de manifestação e de participação dos sujeitos interessados na preservação da sua esfera de direito), quer como via de legitimidade do processo administrativo, numa realidade sócio-jurídica que o toma como “espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas”<sup>53</sup>.

412

## 5. REFLEXÕES SOBRE A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA EM PROCESSOS DE APRECIÇÃO DE ATOS DE PESSOAL

A exigência da atuação administrativa mediante a ampla defesa e o contraditório, previstos no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, vincula-se profundamente à cláusula do devido processo legal, prevista no inciso LIV do mesmo dispositivo: “o devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do contraditório e ampla defesa, aplicadas ao processo administrativo”, revelando a sua face substantiva<sup>54</sup>.

Ada Pellegrini Grinover observa que a previsão da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo não é casual nem aleatória, mas obedece à profunda transformação operada pela Constituição, ao estender o caráter democrático do Estado à configuração da Administração Pública. Neste ensejo, a introdução do termo “litigantes” no comando constitucional conferiu aos princípios em tela novo e amplo alcance, de modo a abarcar as situações em que presentes interesses contrapostos<sup>55</sup>.

Contornos igualmente abrangentes ao princípio da ampla defesa são atribuídos por Sérgio Ferraz e Adilson Dallari: assegurar essa garantia a todos aqueles contra qual

se faça uma irrogação, na qual se estabeleça uma apreciação desfavorável, ainda que implícita, de tal sorte que até mesmo o poder-dever de revisão do ato ilegal há de ser meditado à luz da processualística administrativa, com seu escudo de garantias<sup>56</sup>.

Entretanto, conforme enunciado anteriormente, o Supremo Tribunal Federal tem firmado a posição de que o Tribunal de Contas, no julgamento da legalidade das aposentadorias, não está submetido a um processo contraditório ou contencioso. Dentre os julgados que refletem a reiterada jurisprudência, sobressai o seguinte, cujo excerto do voto revela uma visão predominantemente objetivista da relação administrado x administração:

“o registro das concessões de pensões, como de aposentadorias e reformas, e ainda o dos atos de admissão de pessoal (art. 71, III, da Constituição) é uma atividade de auditoria, assinada pelo caráter exaustivo do controle de legalidade. Desenrola-se o respectivo procedimento, entre os órgãos de fiscalização e de gestão, sem margem para a participação ativa de eventuais credores da Fazenda, que possam vir a sofrer efeitos das glosas ou correções impostas”<sup>57</sup>.

O excerto do voto seguinte revela que fatores outros extraídos da realidade fática encerram significativo valor na ponderação do problema concernente à feição objetiva da apuração levada a efeito no âmbito daquela Corte de Contas:

“Não cabe ao Tribunal, portanto, provocar a participação de interessados na relação processual, a despeito de a decisão a se proferir ser capaz de, por via reflexa, trazer-lhes algum ônus. Exceção se verifica na hipótese de o chamamento de interessado não obstruir o exercício do controle, a exemplo da anulação de contratos administrativos, relativamente às empresas contratadas, facilmente identificáveis e cujos interesses, em tese, não serão defendidos pela entidade (...)”<sup>58</sup>.

Todavia, em uma sociedade plural e complexa, perde aderência o paradigma da objetividade dos atos apreciados e, por conseguinte, das normas incidentes (que permeia a construção teórica e jurisprudencial dominante), uma vez que “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada na medida em que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”<sup>59</sup>.

Não se perca de vista que os requisitos para admissão ou concessão, no plano fático são constituídos pelo próprio servidor ou beneficiário da concessão (v.g., a investidura, o tempo de serviço público e em outros regimes, vantagens individuais variadas, dependência econômica, sentença declarativa de um direito, união estável, adoção etc), mas não pela Administração.

Constata-se, em primeiro plano, a existência de uma relação jurídica entre o interessado e a competente pessoa jurídica que os remunera (União ou entidade da administração indireta), mas, também, segundo a abordagem de Otto Bachoff, uma relação jurídica administrativa para com as autoridades administrativas competentes. Em segundo plano, evidencia-se a relação processual administrativa entre o servidor/beneficiário e os órgãos da administração que concretizam (ou não) o direito subjetivo, evidentemente, ao longo de todo o arco do procedimento.

Os bens jurídicos envolvidos (remuneração, vínculo funcional, proventos, benefícios e vínculo previdenciário etc) são absolutamente relevantes, o que certamente legitimaria a atuação concreta dos interessados a partir do momento em que configurada a possibilidade

de recusa de registro do ato de admissão ou de concessão, previamente, portanto, à deliberação definitiva que importe, potencialmente, deletérios prejuízos ao interessado no plano material: a cessação do pagamento da remuneração, provento ou benefício.

Se há interesses contrapostos, há, certamente, litígio. Este é o norte de um dos raros julgados do Excelso Pretório que privilegiam a ampla defesa e o contraditório em curso de processos da espécie, cuja ementa apresenta-se:

“O Tribunal, por maioria, concedeu mandado de segurança impetrado contra ato do TCU, que indeferira o registro de pensão vitalícia concedida à impetrante e determinara a devolução das quantias recebidas, sob o fundamento de má-fé, ante a inexistência de provas da sua condição de companheira do instituidor do benefício [...]. Quanto ao mérito, tendo em conta o longo período em que a pensão vinha sendo concedida (4 anos) e o resultado gravoso do ato impugnado, entendeu-se que a impetrante tinha o direito líquido e certo de ser ouvida, no procedimento administrativo, por força dos princípios do contraditório e da ampla defesa, antes de a autoridade decidir ou não sobre a legalidade ou não da pensão percebida.[...]. *Writ* deferido para suspender a ordem de cancelamento do pagamento do benefício até que, com observância do contraditório e da ampla defesa, seja ouvida a impetrante no processo administrativo, ficando cassada a decisão impugnada”<sup>60</sup>.

Na linha deste precedente, verifica-se a existência de outros julgados, a exemplo da decisão proferida em sede do MS nº 24.268/MG<sup>61</sup>, em que o Supremo Tribunal enfatizou que os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se a todos os procedimentos administrativos, o que não se limitaria à alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, por parte do atingido, mas implicaria a possibilidade de ser ouvido, também, em matéria jurídica, vale dizer, o direito do interessado de ver seus argumentos fáticos e jurídicos contemplados pelo órgão julgador.

414

Por outro lado, a negação do direito de participação por motivo do caráter exaustivo da fiscalização distancia-se dos fundamentos da processualidade e da legitimidade da atividade administrativa, até mesmo porque não funda a jurisprudência, pelo menos expressamente, em suposta colisão entre princípios ou normas constitucionais.

Ainda que em tese se admita um suposto choque entre os princípios da ampla defesa e do contraditório diante do princípio da eficiência, não há fundamento apriorístico para a prevalência deste último, que há de ser aplicado em equilíbrio e harmonia com os demais princípios informativos da processualidade administrativa.

Igualmente, não se vislumbra a ocorrência de colisão com o princípio da celeridade processual, agora expresso no inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal<sup>62</sup>. Embora a celeridade tenha de se harmonizar com a eficiência e a efetividade da prestação jurisdicional e administrativa, aquela garantia de celeridade (duração razoável do processo) destina-se, num primeiro momento, ao demandante do Estado prestador, de sorte que não se legitimaria uma construção exegética orientada pela supressão dos outros direitos-garantia (devido processo legal, ampla defesa e contraditório), igualmente relevantes.

Como ressalta José Afonso da Silva, cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde seja susceptível de execução e o problema reside justamente na determinação desse limite<sup>63</sup>. Tendo em vista o caráter evolutivo e a máxima efetividade que encerram os princípios-garantia, o sacrifício destes somente se justificaria por intermédio de critérios técnico-jurídicos de ponderação de princípios.

Neste ensejo, emerge a importância do referencial teórico de Jorge Miranda<sup>64</sup> acerca do regime geral dos direitos fundamentais (teoria unitária)<sup>65</sup>, embasado nos seguintes postulados<sup>66</sup>: caráter incindível dos direitos fundamentais, decorrente da unidade de sentido constitucional; inexistência de diferenças estruturais entre os distintos tipos de direitos fundamentais, dada a presença das diferentes expectativas (positivas e negativas) em todos eles; interligação sistêmica e dialética entre todas as espécies de direitos fundamentais, contexto em que se insere a chamada “reserva do possível”, em que a medida exata do devido, em concreto, depende das possibilidades reais e jurídicas, elemento este que integra todos os direitos fundamentais, mas não apenas os direitos prestacionais, como quer fazer crer a teoria dualista<sup>67</sup>.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concreta incidência do devido processo legal, guiado pelo contraditório e pela ampla defesa, é uma conquista resultante de um processo evolutivo de uma sociedade plural e complexa e do próprio Estado que se pretende Democrático, que encontra no procedimento uma inquestionável fonte de legitimidade.

Não se ignoram as prováveis dificuldades operacionais decorrentes de uma eventual ampliação da incidência dos princípios-garantia em sede da atuação judicial e administrativa, sobretudo no âmbito do controle, de onde se espera o máximo de efetividade e celeridade. Igualmente, não são desconhecidos os limites e riscos inerentes à participação administrativa (*overintrusion*, *underprotection* e o efeito conservador da participação)<sup>68</sup>.

Ainda no tocante ao risco de comprometimento da efetividade do controle exercido pelo Tribunal de Contas, há de se refletir se a situação se enquadraria na “reserva do possível”, a ponto de inviabilizar o exercício do controle externo, como assentado na jurisprudência<sup>69</sup>.

O caráter exaustivo da apreciação dos atos sujeitos a registro não é um dado desprezível da realidade, contudo a orientação pela instrumentalidade do processo indica que a convocação do interessado só restaria justificada nas hipóteses de litígio, ou seja, perante a existência de potencial prejuízo no plano material do servidor ou beneficiário. Portanto, o chamamento aos autos dos servidores admitidos ou beneficiários das concessões restringir-se-ia às situações em que o ato sob apreciação, segundo a análise preliminar e unilateral do Tribunal, seja passível de impugnação. Nesta hipótese, presume-se factível a conciliação entre os valores em jogo que propugna pela concretização da incidência do contraditório e da ampla defesa, princípios que encerram inegável pretensão de eficácia à luz dos fundamentos teóricos aduzidos.

A pretensão de eficácia da norma constitucional, resultante da força normativa da Constituição, como sugere Konrad Hesse<sup>70</sup>, encerra a idéia de vontade da constituição, que não deve deixar de contemplar as condições naturais, técnicas, econômicas, sociais e o próprio substrato espiritual que se consubstancia na sociedade. As inovações tecnológicas, as modernas técnicas de racionalização administrativa, mas sobretudo a crença na possibilidade de conciliação entre abertura procedimental, apaziguamento dos conflitos e filtragem da relevância dos elementos introduzidos pela via participativa, podem concorrer para um novo panorama em que se insira a concreta incidência da ampla defesa e do contraditório em sede da apreciação de atos de admissão e de concessão, sem prejuízo à instrumentalidade do processo e sem o sacrifício extremo da efetividade do controle externo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETO, Herman Nébias. *A Petition of Right e o Rule of Law*. Dissertação apresentada ao Curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2001 (manuscrito inédito).

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os Princípios na Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. **Cadernos de Soluções Constitucionais**. Vol. I. São Paulo: Malheiros (co-edição com ABCD-Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas), 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CRETELLA JR., José. **Dos atos administrativos Especiais**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio. **Processo Administrativo**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, vol. 61, 1982.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista do Direito Administrativo**. n. 183, 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpr. 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, 2v.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. **A Apreciação pelo Tribunal de Contas da União dos Atos Sujeitos a Registro**. Monografia para conclusão do Curso de Graduação em Direito da AEUDF. Brasília. 2002 (mimeografado).



LOPES JR., Aury. *Processo Penal, Tempo e Risco: quando a urgência atropela as garantias*. In **Processo Penal: leituras constitucionais**. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

LUHMANN, Niklas. "La costituzione come acquisizione evolutiva". In: ZAGREBELSKY, G. Portinaro, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Tradução inédita para uso acadêmico de: Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996.

\_\_\_\_\_. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. 2 v.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. rev. at. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

417

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3. ed., rev., atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. *Estrutura e Função do Direito na Teoria da Sociedade*. **Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Leonel Severo Rocha (Org.). Curitiba: JM, 1997.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro**. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, jul/set. 1997.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 1. ed. 2. tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. **Revista Justitia**, São Paulo, vol. 89. 2º Trimestre, 1975.

ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. **Política e Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

## NOTAS

<sup>1</sup> Segundo o art. 71, III, da Constituição Federal, compete ao Tribunal de Contas da União “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo poder público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório”.

<sup>2</sup> Dentre outras obras, recomenda-se MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

<sup>3</sup> “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

<sup>4</sup> “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

<sup>5</sup> Com efeito, o processo dos órgãos de controle externo, tal qual a natureza de suas atividades, encerra peculiaridades *sui generis*, o que sugere uma ontologia própria. A jurisprudência e a teoria têm empregado a expressão jurisdição constitucional de controle ou de sentido equivalente. A questão, não obstante seja de importância secundária para a abordagem presente, pode ser aprofundada *in* ZYMLER, Benjamin. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte, Fórum, 2005. Recomenda-se, também, o artigo de Carlos Ayres Britto “O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas) *in* **Cadernos de Soluções Constitucionais**. Vol. I. São Paulo: Malheiros (co-edição com ABCD-Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas), 2003, pp. 20-31.

<sup>6</sup> Benjamin Zymler. *Op. cit.*, p. 387.

<sup>7</sup> Os principais dispositivos pertinentes à matéria são: Lei nº 8.443/92, artigos 39, 40, 34, 45, § 1º, e 48; Regimento Interno do TCU (aprovado pela Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2003), artigos 259/263, 282, 286 e 289; Instrução Normativa TCU nº 44, de 02 de outubro de 2002; Resolução nº 152, de 02 de outubro de 2002 e Resolução TCU nº 36, de 30 de agosto de 1995.

<sup>8</sup> Não se deve perder de vista a expressividade numérica das admissões e das concessões no âmbito da Administração Pública Federal, a materialidade da despesa, o interesse sócio-econômico, as inúmeras situações fáticas e jurídicas apreciadas e o interesse jurídico e econômico dos atingidos pela deliberação do Tribunal: dados operacionalmente relevantes da realidade que integram a problemática da incidência do contraditório e da ampla defesa em sede de tais processos.

<sup>9</sup> Conquanto se trate de neologismo, a expressão “**processualidade administrativa**” vem sendo bastante empregada na teoria, dentre outros aspectos, para refletir um ponto diferencial em relação à visão clássica burocrática e unilateral, comumente reservada à figura do procedimento administrativo.

<sup>10</sup> Benjamin Zymler. *Op. cit.*, p. 268.

<sup>11</sup> Benjamin Zymler. *Op. cit.*, pp. 424-5

- <sup>12</sup> Para o estudo dos atos complexos, recomendam-se as seguintes fontes: CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002; e STEIN, Joachim Wolfgang. Ato Administrativo Complexo. **Revista Justiça**, São Paulo, vol. 89, 2º Trimestre, 1975.
- <sup>13</sup> Em monografia de nossa autoria, houve a oportunidade de abordar a natureza destes atos e algumas implicações. In JARDIM, Carlos Henrique Caldeira. **A Apreciação pelo Tribunal de Contas da União dos Atos Sujeitos a Registro**. Monografia para conclusão do Curso de Graduação em Direito da AEUDF. Brasília, 2002.
- <sup>14</sup> MS 24728-RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 03/08/2005, Tribunal Pleno, DJ 09/09/2005. Ementa disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).
- <sup>15</sup> SILVA, Vasco Manuel P. D. Pereira da. **Em Busca do Acto Administrativo Perdido**. 1. ed. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 12 e 43.
- <sup>16</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 228-30.
- <sup>17</sup> *Apud* Vasco Manuel Pascoal da Silva. Op. cit., p. 38
- <sup>18</sup> Procurou-se sintetizar a idéia central dos consagrados autores, cuja importância para a consolidação da teoria sobre o ato administrativo e da própria ciência do Direito Administrativo é incontestável.
- <sup>19</sup> Neste sentido, posiciona-se, entre outros: Patrícia Baptista, op. cit. e Cármen Lúcia Antunes in **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- <sup>20</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo. **Revista de Direito Público**, vol. 61, 1982, p.27.
- <sup>21</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 108-11 e 232.
- <sup>22</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 234-6.
- <sup>23</sup> Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 213
- <sup>24</sup> Vasco Pereira da Silva. Op. cit., pp. 178-9.
- <sup>25</sup> *Apud* Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 209.
- <sup>26</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 237-242.
- <sup>27</sup> Recomenda-se a obra da autora: **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- <sup>28</sup> ZYMLER, Benjamin. **Política e Direito: uma visão autopoietica**. 1. ed., 2. tir., Curitiba: Juruá, 2003, p. 108.
- <sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 26-27 e 31-32. Sobre legitimidade e processo, recomenda-se também o trabalho do mesmo autor in **Sociologia do Direito**, trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. 2 v., p. 177 e s. (vol. I) e pp. 61-70 (vol. II).
- <sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Op. Cit., p. 31-2
- <sup>31</sup> neste ensejo, vem a propósito marcar a posição de M. Kriele, citado por Habermas, em contraponto a Luhmann: “parece que Luhmann desconhece o argumento decisivo para a função legitimadora dos processos: ... Eles aumentam a chance de que todos os pontos de vista relevantes venham à tona e de que a ordem temporal e objetiva de prioridades seja discutida da melhor maneira; e, por isso, eles aumentam a chance de uma justificação racional da decisão. A institucionalização continuada de processos aumenta as chances de que as decisões do poder do Estado tenham sido justificadas no passado e venham a ser justificadas no futuro”. (in HABERMAS, Jürgen, **Direito e Democracia entre Facticidade e Validade**, vol. II. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 278).
- <sup>32</sup> *Apud* Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 115-6. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
- <sup>33</sup> *Apud* Benjamin Zymler. **Política e Direito: uma visão autopoietica**. Op. cit., pp. 117-8.
- <sup>34</sup> MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do Direito em Habermas**. 3ª ed., ver., atual. e amp. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 128-9.
- <sup>35</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, Reimpr. 2002, p. 31.

- <sup>36</sup> *Apud* Vasco Pereira da Silva. Op. cit., p. 334.
- <sup>37</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 62-9.
- <sup>38</sup> LOPES JÚNIOR, Aury. Processo Penal, Tempo e Risco: quando a urgência atropela as garantias. **Processo Penal: leituras constitucionais**. Gilson Bonato (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 16.
- <sup>39</sup> *Apud* Patrícia Baptista. Op. cit., p. 248.
- <sup>40</sup> Cf. David Duarte *apud* Patrícia Baptista. Op. cit., p. 247.
- <sup>41</sup> Segundo Luhmann, o Direito é um sistema operativamente fechado e cognitivamente aberto: “a auto-referência de base do sistema comporta auto-referência no que se refere às normas, e hetero-referência no que tange aos fatos”, in NICOLA. Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do Direito na Teoria da Sociedade. **Paradoxos da Auto-Observação: percursos da teoria jurídica contemporânea**. Leonel Severo Rocha (Org.). Curitiba: JM, 1997, p. 236 .
- <sup>42</sup> LUHMANN, Niklas. “La costituzione come acquisizione evolutiva”. In: ZAGREBELSKY, G. PORTINARO, P. P. LUTHER, J. (Org.). *Il futuro della costituzione*. Tradução inédita para uso acadêmico de: Menelick de Carvalho Netto. Torino: Einaudi, 1996.
- <sup>43</sup> As citações presentes neste capítulo extraídas da obra citada (com as adaptações consideradas apropriadas) não fazem referência à localização (página), tendo em vista o objetivo puramente acadêmico da tradução.
- <sup>44</sup> BARRETO, Herman Nébias. *A Petition of Right e o Rule of Law*. Dissertação apresentada ao Curso de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2001 (manuscrito inédito), p. 188-191.
- <sup>45</sup> A questão sempre em voga e em estado aberto da teoria dos princípios comporta, como é cediço, um infinito universo de reflexão e prospecção. Neste trabalho, as principais fontes de consulta foram: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003; BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 1ª ed. 2ª tir. (com acréscimos). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003; e BERBERI, Marco Antonio Lima. **Os Princípios na Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- <sup>46</sup> A noção de limite não comporta, evidentemente, a idéia de clausura dos princípios. Ao contrário, reconhece-se a estrutura aberta e o estado de virtualidade que eles encerram, conforme, dentre outros, Jean Boulanger, citado in Paulo Bonavides. Op. cit., pp. 266-9.
- <sup>47</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp.22-3.
- <sup>48</sup> *Apud* ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. 1. ed. 2 tir. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 45.
- <sup>49</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 170 e s.
- <sup>50</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, outubro-dezembro de 1997, pp. 5-28.
- <sup>51</sup> Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 149-50.
- <sup>52</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 407.
- <sup>53</sup> Cf. Patrícia Baptista. Op cit., p. 252.
- <sup>54</sup> Odete Medauar in **A Processualidade no Direito Administrativo**. Op. cit., pp. 77-83.
- <sup>55</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. **Revista do Direito Administrativo**. n. 183, 1991, p. 10.
- <sup>56</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 46 e 71.
- <sup>57</sup> Voto proferido em sede do MS 21.449/SP, relator para o acórdão Ministro Octavio Gallotti, em Sessão de 27/09/95, DJ 17/11/1995. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12.01.2006. Brasília: STF, 2006.
- <sup>58</sup> Decisão nº 864/2002–TCU–Plenário, Relator Ministro Marcos Vileça, DOU 26/07/2002. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br).. Acesso em 12/01/2006. Brasília: TCU, 2006.
- <sup>59</sup> Gilmar Mendes in Prefácio de Peter Häberle in **Hermenêutica Constitucional [...]**. Op cit, pp. 9-10.

- <sup>60</sup> MS 24927/RO, relator Ministro Cezar Peluzo, 28/09/2005, disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12.01.2006. Brasília: STF, 2006.
- <sup>61</sup> MS 24268/MG, Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, 05/02/2004, in DJ de 17/09/2004. Disponível em [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em 12/01/2003. Brasília: STF, 2006.
- <sup>62</sup> “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.
- <sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 76.
- <sup>64</sup> Para maior aprofundamento, são recomendáveis as seguintes obras do autor in **Teoria do Estado e da Constituição**. 1. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2003; **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, além de outros artigos de sua autoria orientados para o tema.
- <sup>65</sup> Em abreviada consideração, a concepção da teoria unitária compreende os direitos fundamentais de modo unitário, como caminho para a ampliação da dimensão pragmática de concretização social e jurisdicional (em sentido lato) destes direitos.
- <sup>66</sup> Cf. SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, pp. 51-67.
- <sup>67</sup> A teoria dualista, que encontra em Robert Alexy um dos seus principais expoentes, em síntese apertada, sustenta que os direitos a ações negativas do Estado (direitos de defesa, como “não-impedimento de ações” e “não-afetação de propriedades”) encerram maior eficácia, ao passo que os direitos a ações positivas do Estado (direitos prestacionais, como os direitos à proteção e os de organização e de procedimento) apresentam inferior grau de eficácia, na medida em que a Constituição ordena os fins, mas não necessariamente garante os meios ou determina os modos de ação apropriados. Neste sentido: Jairo Schäfer. Op. cit., pp. 41-50.
- <sup>68</sup> Para a melhor compreensão deste tópico, recomenda-se Patrícia Baptista. Op. cit., pp. 156-67
- <sup>69</sup> Em 2002, foram apreciados 101.853 atos, dos quais 1.028 (cerca de 1,0%) foram julgados ilegais; em 2003, foram apreciados 87.345 atos, dos quais 1.108 (cerca de 1,3%) foram julgados ilegais; e, finalmente, em 2004, foram apreciados 53.015 atos, dos quais 4.932 (cerca de 9,3 %) foram julgados ilegais, ressalvando-se, neste caso, a prioridade conferida ao exame de atos com indícios de ilegalidade (Fonte: Relatório de Atividades do TCU–2004. Disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br). Acesso em 13/01/2006).
- <sup>70</sup> HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.



# A CITAÇÃO NO PROCESSO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: SUAS PECULIARIDADES

JORGE LUIZ CARVALHO LUGÃO

SUMÁRIO: RESUMO; INTRODUÇÃO; 1. A COMUNICAÇÃO PROCESSUAL; 1.1 A CITAÇÃO; 1.2 SITUAÇÕES BÁSICAS NA CITAÇÃO; 2. PROCESSO NO TCU; 2.1 A RELAÇÃO PROCESSUAL; 2.2 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES; 2.3 A AUDIÊNCIA E A CITAÇÃO NO PROCESSO DO TCU; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## RESUMO

Este artigo procura fazer uma breve discussão da comunicação processual no processo do TCU, mais especificamente da citação, mostrando as peculiaridades que lhe são próprias. Esse processo normalmente não é estudado nas faculdades de direito brasileiras, o que o torna desconhecido da maioria dos operadores de direito. Neste artigo, procurou-se discutir algumas diferenças existentes no processo do TCU, enfatizando suas peculiaridades, sem que se tivesse a pretensão de esgotar o assunto. Trabalhou-se, de forma sucinta, os princípios do interesse público, da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal e da razoável duração do processo, de forma a conciliar e estabelecer paradigmas para os direitos e interesses envolvidos na relação estabelecida para os julgamentos da Corte de Contas. A base para tal estudo foi a hermenêutica-concretizadora de Friedrich Müller, que se utiliza de elementos dogmáticos, procurando garantir que as soluções encontradas devam ser aceitas como justas, não apenas nos meios jurídicos, mas também pelos jurisdicionados, afastando-se qualquer presunção de autoritarismo para com o responsável ou de lesividade para com o patrimônio público. Por fim, complementarmente, propôs-se o estudo para a implantação de uma nova modalidade de citação que, embora possa receber críticas abalizadas, deve ser encarada como resultado das novas tecnologias de comunicação e que servirá para tornar mais ágil e barato o processo, melhor atendendo aos anseios da população e dos jurisdicionados. Assim, apresentou-se a possibilidade da citação por meio de correio eletrônico, que, se sua implantação deve ser antecedida de estudo e período razoável de transição, não se deve ter receio de enfrentar a questão, adotando-a ou não.

Palavras-chave: comunicação processual – citação – processo do TCU – independência – peculiaridades.

## INTRODUÇÃO

A expedição britânica enviada para a cidade de Sobral, no Ceará, com a finalidade de observar o eclipse do sol de 29 de maio de 1919, logrou confirmar a esquisita teoria da relatividade geral de Albert Einstein, que explica como a matéria e a energia do universo afetam a distância entre os pontos e afirma a existência real de um espaço não-euclidiano.<sup>1</sup> Talvez por influência do físico austríaco e a divulgação para os leigos de sua Teoria da Relatividade, nos tempos atuais, há a percepção de que o relativo é absoluto. No Direito essa absolutização da relatividade conduz à percepção de que a interpretação das leis pode levar a qualquer resultado, desde que bem defendido e com a retórica adequada. Porém, um processo de desdogmatização do Direito, onde a lei deve ser entendida sob diversas angularizações, conforme os

interesses envolvidos, não significa excluir do direito a construção de parâmetros que orientem a ação e a interpretação. Este artigo pretende lançar ancoras que norteiem o procedimento de comunicação processual no processo administrativo do Tribunal de Contas da União (TCU) e combater essa percepção de relativismo quase absoluto neste assunto, além de enfatizar atributos que o distinguem dos demais tipos de processos e que têm reflexo sobre a citação.

Assim sendo, pretende-se discutir neste artigo a comunicação de atos processuais aos responsáveis nos processos do Tribunal de Contas da União. Cogita-se mostrar aspectos e características que dissociam a comunicação processual do TCU daquela existente no processo civil, que lhe confere independência de ser parte de um processo maduro e sofisticado e que tem vida própria.

Na Corte de Contas, a comunicação processual se dá por meio de audiência ou citação. A audiência do responsável acontece nos casos em que seja verificada a ocorrência de irregularidade, quanto a legitimidade ou economicidade, para que o responsável apresente razões de justificativa no prazo de 15 dias. Já a citação é realizada nos casos em que seja identificada irregularidade em que haja débito para que o responsável apresente defesa ou recolha a quantia devida.

O assunto se reveste de importância porque a legislação impõe a nulidade processual em caso de invalidade do ato de comunicação, o que torna a arguição da invalidade das citações um freqüentemente argumento preliminar de defesa<sup>2</sup>. Além disso, os responsáveis pelo gasto de dinheiro público federal, arrolados por possíveis irregularidades, alegam, com certa freqüência, em sede recursal, a nulidade processual decorrente de não terem sido citados pessoalmente, entendimento esse que decorre normalmente da analogia com o processo civil.

Porém, essa analogia não pode ser feita sem levar em conta as peculiaridades do processo no TCU, que ainda não é estudado na imensa maioria das faculdades de direito do país, e é, pois, desconhecido para a grande parte dos operadores do direito. Além disso, a reflexão sobre esse tema ainda não foi sistematizada, encontrando-se dispersas em instruções e decisões. O Regimento Interno do Tribunal até pouco tempo determinava que as audiências e citações fossem realizadas por meio de cartas registradas com aviso de recebimento pessoal. Essa regra mudou e o regime vigente, instituído pela Resolução-TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002, já não determina dessa maneira, como se verá adiante. Assim mesmo, advogados e outros profissionais, em certas ocasiões, ainda defendem a posição anterior. Julgou-se conveniente, assim, reunir neste artigo uma análise do pensamento atual da doutrina e de decisões, juntando uma reflexão própria que possa auxiliar o entendimento da interessante questão à luz da contemporaneidade do direito. Em virtude de nossa lotação na Diretoria da Secretaria de Recursos, nos propusemos a elaborar este trabalho perquirindo sobre o instituto da audiência e da citação no processo administrativo no TCU e a necessidade dela ser pessoal ou não. Seria a citação não-pessoal uma afronta ao princípio constitucional da ampla defesa? É a comunicação pessoal uma afronta ao direito da coletividade, na medida que possibilita ao responsável dela se esquivar e prolongar indevidamente o processo?

Destarte, observa-se que há necessidade de um termo médio em que a comunicação processual se dê de forma adequada, evitando oferecer ao responsável oportunidade de se esquivar do processo, prolongando-o indevidamente. É desejável também evitar que a comunicação não seja realizada de forma imprópria, evitando-se ao máximo a ineficiência do instituto.



Nesse sentido, como preconiza Friedrich Müller, há necessidade de que a solução encontrada, por meio da hermenêutica-concretizadora, que utiliza elementos dogmáticos, seja aceita como justa, não apenas nos meios jurídicos, mas que provoque a adesão dos jurisdicionados.<sup>3</sup> Segundo o mestre alemão, em ensinamento que será usado como base para a presente análise, não é o texto da norma que atinge o caso concreto, mas os operadores do direito que se empenham em interpretar e aplicar a norma. Os fundamentos dessa escola concretista estão na observação do trabalho jurídico tanto sob o ângulo da ciência, como da *praxis*. O texto em si da norma não contém a normatividade, apenas dirige e limita as possibilidades legais da concretização material do Direito. Assim, a norma só toma sentido quando posta numa situação concreta<sup>4</sup>, e é justamente uma interpretação desse tipo que o presente trabalho se propõe a realizar, no tocante à necessidade ou não de citação pessoal nos processos do TCU.

## 1. A COMUNICAÇÃO PROCESSUAL

No processo civil, o mais antigo, a citação aperfeiçoa o processo propriamente dito. Já, no processo da Corte de Contas, nem sempre isso ocorre, embora haja circunstâncias em que a citação tem a finalidade, como no processo civil, de comunicar ao responsável que ele está sendo chamado a se defender da instauração de um processo contra si, há outras em que foi o próprio responsável que deu início ao processo ao apresentar a prestação de contas. Exemplo da primeira situação é o recurso de revisão interposto pelo MP/TCU. Da segunda, as prestações de contas e tomada de contas, que se iniciaram com a apresentação das contas pelos responsáveis para a verificação da regularidade do dispêndio do dinheiro público, num processo já pré-constituído. Nesta última situação, o responsável atuou como agente do Estado e tem plena consciência de que sua responsabilidade só terminará com a apresentação da prestação de contas e seu julgamento pela Corte constitucional.

Assim, enquanto no processo civil a parte questionada toma conhecimento de que está sendo interposta uma lide contra si por meio da citação, no processo do TCU há duas situações distintas. Na primeira, o responsável pelo gasto dá início ao processo ao prestar contas. Isso acontece nas Tomadas de Contas e nas Prestações de Contas. Nesse caso, o responsável já tem conhecimento de que suas contas estão sendo apreciadas pelo Tribunal. Foi o próprio responsável pelo gasto que apresentou à Corte toda a documentação de prestação de contas necessária, conforme exigido legalmente, ou deveria ter sido, no caso de omissão. Na segunda situação isso não ocorre. O processo tem início sem a participação do responsável. Isso se dá nas denúncias, representações e nos processos que se originam de procedimentos investigatórios, como a auditoria. Nessa segunda situação encontra-se também o recurso de revisão interposto pelo MP/TCU, em que a citação, ou a audiência, em contra-razões recursais, servem para comunicar ao responsável que suas contas serão reabertas e que disso poderá advir débitos ou multas. Dessa maneira, a análise dos argumentos em face de ausência de citação, adiante proposta, deverá considerar a diferença existente nos processos em que o responsável está envolvido, se tomada ou prestação de contas, recurso de revisão do MP, auditoria, denúncia etc.

Há que se enfatizar que a cultura do processo civilista, que originou-se em Roma, é muito forte e poderosa e que acaba influenciando os demais processos, servindo-lhes, mesmo, de referência. No entanto, é necessário desenvolver e firmar a cultura do processo do TCU, enfatizando-se as diferenças do processo civil, buscando-se desenvolver uma teoria apropriada deste tipo de processo. O princípio da igualdade, por exemplo, ele deve ser aplicado na relação entre os particulares, mas nunca igualando o Estado ao particular.<sup>5</sup> Nesse sentido, no processo do TCU vigora o princípio da desigualdade,

em que, na maioria das vezes, o interesse público supera o interesse particular. Porém, o princípio da primazia do interesse público não significa que o processo do TCU possa ser realizado para além das limitações constitucionais, que impõem o devido processo legal como regra para qualquer tipo de processo. Esse princípio não pode servir para respaldar um caráter autoritário do Estado.<sup>6</sup> É preciso, portanto, definir em que medida pode haver um tratamento diverso da comunicação processual nos dois tipos de processo, sem que seja afrontado o princípio do devido processo legal, o que nos força a investigar: em que medida o chamamento dos responsáveis ao processo do TCU se assemelha aos demais processos judiciais.

## 1.1 A citação

Etimologicamente, a palavra citar indica uma ordem, remete para uma injunção de comparecer perante a justiça para depor ou testemunhar. A citação é nos seus primórdios um ato lingüístico de testemunho.<sup>7</sup>

Citação, nos termos do art. 213 do CPC, é “o ato pelo qual se chama a juízo o réu, ou o interessado, a fim de se defender”. Todavia, nos diversos tipos de processo, como o civil, o trabalhista, o do TCU, ela nem sempre é empregada com essa delimitação de conceito. Assim, temos que no processo trabalhista se chama o reclamado por meio de notificação, mas encontra-se costumeiramente, na jurisprudência, a palavra citação. O próprio CPC, no art. 999, emprega a palavra citar para pessoas e órgãos, como o MP, que não tem que se defender no processo de inventário.

A citação tem duas modalidades<sup>8</sup>: a real e a ficta. A real é feita diretamente ao responsável ou seu procurador legal. A ficta é a feita por edital, ou por hora-certa no processo civil, e, no caso da proposta adiante formulada neste artigo, a por correio eletrônico. Essa segunda modalidade admite prova em contrário, pois não há certeza de que o responsável a recebeu, há tão-somente uma presunção.

Como dito acima, no processo do TCU a palavra citação é empregada nos casos em que seja identificada irregularidade em que haja débito para que o responsável apresente defesa ou recolha a quantia devida, sendo que, muitas vezes, o responsável já faz parte do processo, como na prestação de contas. Se não houver débito identificado, o termo usado será audiência.

Assim, muitas vezes utilizaremos aqui as palavras adotadas em cada tipo de processo e, em outras ocasiões, utilizaremos a expressão comunicação processual.

## 1.2 Situações básicas na citação

Há algumas questões sobre o tema que são básicas e que iremos citá-las aqui, como bem convém a um artigo sobre o chamamento de responsável ao processo.

A comunicação de que o réu, ou o gestor, ou o reclamado deve se defender é requisito de validade de qualquer processo. Todavia, o comparecimento espontâneo ao processo supre a falta da citação, mas os seus efeitos só se produzem a partir do comparecimento do responsável. Se este não for citado e permanecer revel, o processo é nulo.

Além da falta de citação, há a sua nulidade que ocorre quando não se observam as prescrições legais para o instituto, nos termos do art. 22 da Lei 8.443, de 1992, e art.

179 do RITCU. Por exemplo, não se pode citar por edital se o responsável tiver endereço conhecido. Ainda há casos de nulidade quando o responsável comparece aos autos para alegá-la e a Corte ou o Relator assim o decidir, porém a data da notificação dessa decisão valerá como data de citação, nos termos do § 4º do art. 179 do RITCU e art. 214, § 2º e 219, CPC.

Se o responsável comparece para responder sem alegar o vício, preclui a argüição da nulidade, art. 214, § 1º.

Por fim, a situação de citação de pessoa natural falecida por edital é inexistente.<sup>9</sup> Também inexistente é a citação feita na pessoa de advogado sem poderes expressos. A procuração deve prever poderes expressos ao advogado para receber citação.<sup>10</sup>

## 2. PROCESSO NO TCU

### 2.1 A relação processual

O TCU tem a missão de fiscalizar o dinheiro público federal empregado pelos agentes do Estado. O verdadeiro dono desses recursos, em grande parte recolhidos por meio de tributos, é a população, daí a necessidade de prestar contas, princípio constitucional sensível. Nesse sentido, o julgamento das contas, antes de ser interesse apenas do gestor, é do interesse maior da sociedade, pois o dinheiro que o agente público gasta, como se disse acima, foi arrecadado por intermédio de tributos, tendo sido, pois, subtraído da coletividade. Essa a sua principal dimensão.<sup>11</sup>

O processo no TCU satisfaz a garantia constitucional do devido processo legal em que o gestor público apresenta sua prestação de contas para que seja julgada, nos termos da Lei. Embora sejam partes no processo do TCU apenas o responsável e o terceiro interessado admitido nos autos<sup>12</sup>, o maior interessado e verdadeiro destinatário dele não participa da relação processual propriamente dita, a coletividade.

Neste ponto, vamos aproximar a teoria do processo no TCU, ainda por ser construída, com as ações romanas julgadas pelo pretor. Antes disso, cabe tecer um plano introdutório ao assunto. No judiciário há ações que se revestem de poder de império e outras não. Exemplo das primeiras são as cautelares e mandamentais. As segundas seriam as ações de conhecimento e executivas em que particulares disputam direitos obrigacionais. Essas se assemelham às *actiones*, que eram julgadas por juízes privados - os *iudex*, sem poder de império, e que versavam sobre questões de interesses privados. Nas cautelares e mandamentais o juiz ordena, não julga, muitas vezes até sem ouvir a outra parte. O processo do TCU se aproxima do poder de império conferido ao pretor em Roma, onde são tratadas questões de interesse público. É válido ressaltar que poder de império não se confunde com autoritarismo. Há expressões no Direito que se originam da tradição, como Corte, Palácio da Justiça e até poder de império, mas que devem ser consideradas sob o manto da democracia, não significando que se está a falar de outras formas de governo que não a República. É o Estado que exige que seu agente apresente a maneira como despendeu os recursos públicos, nessa qualidade de seu agente. Nesse ponto, frisa-se, há a inversão do ônus da prova, não como punição ao agente, mas como consequência de que o responsável pelo gasto é quem detém a documentação de comprovação do que fez com o dinheiro público. Nas *actiones*, o *iudex* se substituiu às partes, fazendo o que esta deveria ter feito na relação obrigacional entre particulares. Assim, a jurisdição comum, sendo uma função estatal, se destina a tratar de interesses privados, em algumas situações.<sup>13</sup>

Tal não é o que ocorre no processo do TCU. Este revela uma relação do Estado com o particular que agiu na condição de seu agente e precisa demonstrar o acerto de sua gestão, nos aspectos de legalidade, economicidade, eficiência, mostrando quantitativa e qualitativamente a natureza do gasto.

Destarte, no processo do TCU, o interesse tratado é o público e deve ser atendido tempestivamente como o requer a coletividade.

Assim, essa é uma das peculiaridades que diferenciam a citação do processo no TCU e que deve ser considerada pelos gestores, analistas e julgadores.

## 2.2 Os princípios norteadores

Embora, no exame do caso concreto, haja necessidade de se perquirir sobre todos os princípios, como os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da supremacia do interesse público sobre o privado, da celeridade processual, da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação, do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, da segurança jurídica, das garantias constitucionais, neste artigo só iremos comentar os princípios da supremacia do interesse público, o da ampla defesa e do contraditório, o do devido processo legal e o da razoável duração do processo.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, talvez não muito consensual na doutrina, em virtude da possibilidade de a ação nele respaldada resvalar para o autoritarismo, merece ser examinado, em face da questão acima posta de ser a comunicação pessoal uma afronta, ou não, ao direito da coletividade, na medida em que possibilita ao responsável, mal intencionado, se esquivar e prolongar indevidamente o processo.

428

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que esse princípio deve ser entendido como o interesse resultante do “conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da coletividade e pelo simples fato de o serem.”<sup>14</sup> Esse conceito ressalta que o interesse público ultrapassa o interesse individual de cada parte, mas ele não existe de forma autônoma, desvinculado do interesse de cada uma das partes. Ele não existe de *per si*, autonomamente, como realidade independente e estranha a qualquer interesse da parte. Ele não significa o mal de cada um para o benefício de todos.

Observe-se, concretamente, que um indivíduo que gerencia recursos públicos pode não ter interesse pessoal em prestar contas da aplicação dos recursos que ele utilizou, mas não pode, individualmente, ter interesse que não haja o instituto da prestação de contas dos dinheiros públicos gerenciados por agentes públicos, mesmo que esse venha a ser utilizado contra si. Como integrante da coletividade, terá interesse pessoal que haja controle dos recursos públicos aplicados, que devem ter por finalidade oferecer condições de vida organizada e satisfatória ao bem-estar de cada elemento da coletividade e ao todo, ao mesmo tempo.<sup>15</sup> Assim sendo, embora individualmente o responsável possa ter interesse em se esquivar do processo, protelando-o, na condição de parte da coletividade, ele tem interesse em que todos que gerenciem dinheiro público devem explicar sua aplicação o mais breve possível. Conclui-se que o poder delegado pelo povo a seus representantes não é absoluto, há limitações a seu exercício.

Também o princípio do devido processo legal que tem como decorrência o princípio do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no art. 5º, inc., LIV e LV, da Constituição

Federal, devem ser examinados no tocante à questão da citação não-pessoal, como se disse mais acima. O devido processo legal assegura ao indivíduo a garantia da defesa plena, defesa técnica, publicidade do processo, citação, recursos etc. Por ampla defesa entende-se que ao responsável serão dadas as condições de trazer para os autos os esclarecimentos para clarear os fatos, ou, até mesmo, calar-se.<sup>16</sup>

Já o princípio constitucional da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de tramitação foi introduzido pela EC nº 45 no inciso LXXVIII do art. 5º. Esse princípio procura neutralizar dilações indevidas e retardamentos abusivos na resolução de litígios.<sup>17</sup> Procura enfatizar a necessidade de respostas tempestivas às questões apresentadas a julgamento, sem delongas excessivas e não necessárias.

Importante ressaltar que esses princípios devem ser sopesados na análise da situação de forma equilibrar a resolução do caso, não se permitindo que ela se torne inadequada e possam ser infringidos qualquer um dos princípios acima mencionados. Há momentos em que o interesse público deve ter precedência sobre o do indivíduo, mas há situações que o da legalidade pode ser superado pelo da segurança jurídica.<sup>18</sup>

### 2.3 A audiência e a citação no processo do TCU

Além de enfatizar situações relevantes quanto à citação, procura-se aqui acentuar que a substituição do normativismo jurídico lógico-formal pelo normativismo jurídico concreto, em que se considerem os valores da sociedade, muitas vezes estigmatizada pelas contradições sociais, deve ser enfrentado por uma Corte de Contas consciente de suas responsabilidades e que contemple um processo decisório justo, rápido e eficaz.

Como dissemos na introdução deste artigo, o Regimento Interno-TCU de 2002, mudou a sistemática pela qual são atestadas as comunicações da audiência ou da citação. Mesmo assim, significativa gama de operadores do direito mantém a postura antiga ou até a do processo civil, sem atentar para a evolução do assunto ou de que se trata de questão específica do processo do TCU.

○ antigo Regimento assim versava sobre o assunto:

Art. 164. A citação, a audiência ou a notificação previstas respectivamente nos incisos II e III do art. 153 e no art. 167 deste Regimento, bem como a comunicação de diligência, far-se-á:

I - mediante ciência do responsável ou do interessado, efetivada por intermédio de servidor designado, quando assim determinar o Plenário, qualquer das Câmaras ou o Relator;

II - pelo correio, mediante carta registrada, com aviso de recebimento;

○ atual Regimento, assim pontifica:

Art. 179. A citação, a audiência ou a notificação, bem como a comunicação de diligência, far-se-ão:

I – mediante ciência da parte, efetivada por servidor designado, por meio eletrônico, fac-símile, telegrama ou qualquer outra forma, desde que fique confirmada inequivocamente a entrega da comunicação ao destinatário;

II – mediante carta registrada, com aviso de recebimento que comprove a entrega no endereço do destinatário;

Verifica-se, de plano, que houve mudança no comando normativo. Antes, exigia-se que a correspondência fosse encaminhada por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, o que era freqüentemente entendido que deveria ser com AR/MP. Atualmente, o comando legal esclareceu que o aviso de recebimento deve comprovar tão-somente a entrega no endereço do destinatário. Deixou de ter o caráter de ser entregue pessoalmente ao responsável. Adota-se o critério de ser pessoal a citação mesmo quando esta seja entregue ao procurador da parte. No caso de ser entregue à pessoa da família, a citação é considerada ficta e admite prova em contrário do seu recebimento pelo responsável, nos casos de impedimento.

Para melhor compreensão do assunto, neste momento, é conveniente verificar o fim a que se destina a citação. Nas situações em que o gestor está sendo questionado sobre sua administração, defrontam-se a vontade do indivíduo e a do Estado. Aquele tentando provar que agiu corretamente ou admitindo de pronto a irregularidade. Em relação à citação, muitas vezes há dificuldades de citar o responsável, seja por falta do endereço correto, seja por algum motivo justo, como viagem, doença, por outras razões pessoais, ou até mesmo querendo alongar o processo, em face de não ter como explicar a irregularidade apontada. Assim, há que se estabelecer regras que orientem e ordenem a citação visando a um determinado fim, evitando, ao máximo, que ações inadequadas impeçam, ou dificultem, o julgamento das contas, no interesse de público e do responsável.

Nesse sentido, há que organizar, racionalizar, as ações humanas que representam a vontade do Estado para dirigi-las ao objetivo, estabelecendo um equilíbrio entre o interesse do indivíduo e o da coletividade. Assim, deve-se garantir ao gestor o direito de mostrar que agiu dentro dos parâmetros que dele se esperava, na medida dos meios que lhe eram disponíveis. O devido processo legal é uma garantia para ambas as partes envolvidas no processo administrativo, bem como a ampla defesa e o contraditório.

430

No tocante à questão da personalidade ou não da citação, temos a considerar que, historicamente, a primeira forma de citação foi aquela realizada diretamente por agente público que entregava pessoalmente o documento de citação ao responsável, até mesmo lendo-o, dando por citado a pessoa a quem entregava o documento.

Com o crescimento das populações e das sociedades organizadas e, conseqüentemente, o aumento das demandas e desenvolvimento de instituição encarregada de transportar e entregar correspondências e documentos, a citação por via postal passou a ser a mais empregada, por questões de praticidade, segurança, economicidade e comodidade, pois há serviço confiável e estruturado a realizar essa tarefa, não sendo necessário manter toda uma estrutura paralela com o mesmo propósito. Assim, na entrega da correspondência pelo agente postal ao responsável, há uma presunção legal de que ele leu o documento e cientificou-se do seu conteúdo, mesmo que na prática não o tenha feito. Trata-se de presunção *iure et iure*, ou seja, não se pode alegar que não se tomou conhecimento do conteúdo do documento.

Já na citação realizada nos moldes do TCU, que é feita no endereço do responsável, sem necessidade de que seja estritamente pessoal, há também uma presunção de que ele tomou conhecimento da documentação, pois mesmo que recebida por pessoa da família ou empregado, estes lhe teriam entregue a documentação recebida. É o mesmo que ocorre na citação, efetivada no Poder Judiciário, na citação ao gerente da empresa

que normalmente é deixada na portaria, não tendo o carteiro acesso ao administrador. Todavia, no caso do TCU, essa é uma presunção que admite prova em contrário: o responsável pode comprovar que não teria recebido a documentação. Assim, não há qualquer prejuízo nem infringência aos princípios que resguardam os direitos pessoais, podendo ser provado que o agente não recebeu a documentação pois mudara, ou havia viajado, ou estava no hospital etc.

Contudo, vale assinalar outra peculiaridade no processo do TCU. Como vige nesse tipo de processo o princípio da proteção ao erário, a lei permite, nos casos em que seja reconhecida a boa-fé, que a liquidação tempestiva do débito sanará o processo, caso não tenha sido observada outra irregularidade. Esse o enunciado do §2º do art. 12 da Lei nº 8.443/92. Assim, o agente poderá quitar o débito que lhe foi atribuído, sanando o processo.

Ainda, outra peculiaridade que merece ser ressaltada é quanto ao estabelecimento da regular relação jurídica mesmo ante a ausência de citação, em virtude de falecimento do responsável. Seria legal transferir ao espólio ou aos herdeiros e sucessores a obrigação de responder pelos atos irregulares por ele praticados, ou pelos danos causados ao Erário? Mais uma vez, é conveniente ressaltar a importância da citação para o exercício das garantias processuais e constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Embora a relação processual só se complete com a citação, tratando-se o processo no TCU voltado não só à apuração de responsabilidades, mas também à reparação do dano ao Erário, é lícito, como regra, prosseguir o curso processual, responsabilizando, nos autos, o espólio ou os herdeiros. Nesse caso, a relação processual é aperfeiçoada com a citação dos herdeiros ou do espólio, mesmo nos casos em que não tenha havido a citação em vida do *de cuius*. Esse entendimento deriva da regra constitucional de que as obrigações de cunho patrimonial transmitem-se aos sucessores. Corolário dos princípios da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público que a ausência de citação do responsável em vida não seja determinante para a não recomposição do Erário. Assim sendo, estes devem ser chamados a explicar ou devolver os valores públicos que indevidamente fizeram parte do espólio. Esse entendimento deriva do contido no inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal, de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens serem, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Se não fosse assim, seria admitir a possibilidade de perpetuar, em favor dos sucessores, eventual enriquecimento sem causa, o que acarretaria afronta ao ordenamento jurídico. E a obrigatoriedade constitucional de prestar contas, sob pena de responsabilidade pessoal pelos danos causados, ou mesmo presumidos, ao erário, cria para o gestor uma obrigação potencial, caso seja condenado em débito, o que reforça a transmissibilidade da responsabilidade no processo do TCU.<sup>19</sup> Portanto, é importante o exame caso a caso, dando-se oportunidade de defesa aos sucessores.<sup>20</sup>

Outra peculiaridade importante, de caráter processualístico, é que o atual Regimento Interno adota a praxe de, quando há interposição de recurso, não devem ser enviados os autos integralmente à Secretaria de Recursos, pois tal prática, realizada anteriormente, postergava a realização de citações, tornando-as intempestivas. Atualmente, nos termos do art. 285, §1º do RI/TCU, deve ser formado processo apartado e seguir a citação na Secretaria de origem, que conduz a averiguação da irregularidade, independentemente da análise do recurso pela Secretaria de Recursos, tudo isso visando a atender o princípio da celeridade processual.

Condição essencial é que a citação por edital é ato de exceção e, por isso, deve ser utilizada de modo restrito dentro das cautelas estabelecidas no art. 22 da Lei nº 8.443/92 e no art. 1º da Resolução TCU nº 08/93.

Outra peculiaridade que diverge do processo civil é o comando contido no art. 3º da Portaria/TCU nº 239, de 17/10/2000, que dispõe que cabe ao responsável, ou a seu representante, acompanhar a publicação no Diário Oficial da União e, se for o caso, requerer a realização de sustentação oral no julgamento. Tal norma pressupõe que a publicidade dos atos Corte de Contas se aperfeiçoa com a publicação da pauta de julgamento no Diário Oficial da União, assim não há notificação do responsável nessa situação.<sup>21</sup>

Há ainda mais uma questão a considerar em relação à necessidade do processo caminhar em passos firmes rumo ao seu desfecho. Embora o Direito seja conservador por excelência, como forma de preservar suas instituições e de assegurar segurança jurídica aos jurisdicionados, a dinâmica da vida moderna exige respostas rápidas aos problemas que surgem e a solução desses problemas reclama adaptações tempestivas à processualística. A informática, os computadores pessoais e a rede mundial de computadores trouxeram nova dimensão à vida moderna em espaço de tempo curtíssimo. O advento do correio eletrônico veio reformular o conceito de correspondência existente até então. Em decorrência dessa marcha do progresso, e considerando a segurança e a rapidez necessárias às comunicações processuais, achamos que será inevitável a adoção dessa modalidade nessas comunicações. Pode-se correlacionar esta situação com as operações bancárias correntemente realizadas na atualidade, com segurança, rapidez e conforto. Também as compras, inclusive internacionais, já amplamente realizadas pela rede mundial de computadores. Dessa forma, a adoção da citação no processo do TCU por meio de correio eletrônico seria ato inovador e de vanguarda que não deveria ser por demais postergado. Tal forma de citação teria vantagens sobre a citação ficta por edital publicada no Diário Oficial da União, pois aumentaria a possibilidade de que o responsável tomasse conhecimento dos fatos que lhe são imputados. Teria vantagens e desvantagens sobre a citação feita pelos Correios e não deveria substituir as demais, em face de muitos responsáveis não terem acesso à nova tecnologia. Destarte, essa forma de citação poderia ser acrescentada às que são feitas atualmente pelos Correios ou pelo Diário Oficial da União. Haveria a necessidade de se garantir no processo a informação dos endereços eletrônicos dos agentes, com o aviso de que as comunicações se dariam por meio eletrônico, cuidando os responsáveis de comunicar à Corte de Contas eventuais mudanças de endereço. Além de tornar mais célere o processo, também lhe reduziria os custos. Por ser uma citação ficta, ela admitiria a prova em contrário do responsável. Seria, ainda, necessário um estudo com a normatização e período de experiência para a adoção do instituto em definitivo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode aqui deixar de mencionar o momento atual de dificuldades vivido nos três Poderes da República brasileira com o mau uso do dinheiro público. Espera-se que as instituições do país possam garantir respostas rápidas e seguras que desestimulem a apropriação privada, por parte de grupos organizados, dos bens e dinheiros públicos.

O Tribunal de Contas da União tem a responsabilidade de, dentro de suas atribuições, buscar inibir tais práticas nefastas. Para tanto, um processo ágil e seguro deve contribuir para esse desiderato, consolidando a instituição e seus procedimentos.

É necessário, ainda, assegurar o desenvolvimento harmonioso de valores contraditórios, possibilitando que o antagonismo da situação se resolva com uma solução racional, despolitizada e técnica, sem que haja abuso de direito de parte à parte.



O ideal seria eliminar todo o subjetivismo da situação sob exame, tornando-a assim certa com os pressupostos objetivos firmados. Entretanto, a dimensão humana e social do Direito impede que a solução se concretize dessa maneira. Assim, não há necessidade de que a citação seja pessoal para se assegurar o direito de ambas as partes. É preciso cuidar do caso concreto, fazer a análise avaliando o tipo de processo focado (tomada ou prestação de contas, denúncia, representação etc.), a situação do responsável, se ele tinha conhecimento prévio de que existia um procedimento de prestação de contas ou se o processo se constituiu sem que ele tivesse dele tomado conhecimento. É importante também, na análise, considerar os argumentos de defesa com a demonstração de eventuais vícios na citação.

Durante a análise, deve-se procurar atentar para a necessidade de informar em todos os passos do processo, e em todas as comunicações processuais, que o responsável deve manter atualizado seu endereço na esfera do TCU, comunicando tempestivamente qualquer mudança de endereço ocorrida.

Deve sempre ser considerado que, se por um lado, o ordenamento jurídico não deve dar proteção ao gestor de dinheiro público que aja de má-fé. Por outro, também não pode distinguir *a priori* o mau do bom gestor. Deve-lhe, pois, assegurar os direitos de ampla defesa e contraditório, constitucionalmente garantidos.

Propõe-se como conclusão deste artigo, para a atual legislação, que a análise deve considerar sempre duas condições básicas.<sup>22</sup> A primeira, consiste na averiguação dos requisitos fixados literalmente pela norma. Assim, o primeiro requisito a ser observado é o de que a correspondência tenha sido enviada por carta registrada com aviso de recebimento. O segundo requisito a ser observado é o da entrega da citação no endereço do destinatário. Muitas vezes, o responsável contesta a citação, mas não o endereço para o qual ela foi enviada. Dessa maneira, pode-se verificar se a citação foi entregue no endereço certo e o processo teve seu desenvolvimento regular, não sendo cabível, em face dos princípios da celeridade e da economia processual, da indisponibilidade do interesse público, entre outros, atrasar, sem razão, as decisões da Corte de Contas. A segunda condição estrutura-se no exame do caso concreto e suas possíveis variações. Nesta situação, há que se examinar a questão apresentada sob o manto dos princípios norteadores e os argumentos elencados pelo responsável. Como dito antes, a solução deve permear o universo dos operadores do direito, mas deve também impor-se à coletividade de leigos, não se revestindo o direito das particularidades em proveito dos poderosos e nem de autoritarismo contra os de menor potencial.

Embora a comunicação estritamente pessoal possa se revelar contrária ao interesse da coletividade, o contrário não deve afrontar os direitos constitucionais e interesses justos dos responsáveis. Assim, pelo novo entendimento nos processos do TCU, não sendo necessariamente pessoal a citação, ela admite prova em contrário, ou seja, a parte pode interpor recurso comprovando que não recebeu a documentação que lhe foi enviada. Desse modo, cria-se para o responsável o ônus de produzir prova em sentido contrário que deverá ser analisada, incluindo a documentação de comprovação: caso de viagem, mudança de endereço, hospitalização etc., para que sejam garantidos seus direitos, mas também os da coletividade. Nesses termos, ela será válida se realizada por via postal, quando inconteste o endereço do recorrente, não importando que o aviso de recebimento tenha sido assinado por terceiro, desde que não sejam apresentados outros elementos que, em face da análise, a invalidem. Assim, evidencia-se que não há relativismos na interpretação do texto sobre a citação.

Levanta-se proposta de aprofundar reflexão por intermédio de um estudo visando a investigar a adequação da citação por correio eletrônico no processo do TCU, adequando-o à modernidade. Vê-se que, como dissemos no início deste artigo, que embora a divulgação da teoria da relatividade do notável físico austríaco possa ter propagado a noção da relatividade na vida e consequentemente na ciência do direito, entendemos que há necessidade de revigorar a dogmatização, lançando bases para relações humanas estáveis e seguras.

Espera-se, sem pretensão de ter esgotado o assunto, que esse artigo tenha conseguido ressaltar as peculiaridades do processo do TCU no tocante à citação, que fazem dele um processo independente e maduro.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BABO, Maria Augusta. **Da intertextualidade: a citação**. Lisboa, junho de 1986. Disponível em: <http://www.cecl.com.pt/rcl/03/rcl03-08.html>

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184.

BONAVIDES, Paulo. **Os Poderes Desarmados**. São Paulo: Malheiros, 2002.

434

BRASIL Constituição (1988), art. 73. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_, **Jurisprudência do TRT 1ª Região AP 00796-78**, julgado em 6/3/1970, publicado no DORJ, III, Terceira Turma.

\_\_\_\_\_, **Reclamação Trabalhista 2ª Vara do Trabalho de Brasília/DF**: Processo 00609-2003-002-10-00-8; Reclamação Trabalhista 2ª Vara do Trabalho de Brasília/DF: Processo 00634-2003-002-10-00-1.

\_\_\_\_\_, **REsp190690/RJ**, 14/12/1999, 4ª Turma, rel. Ministro Barros Monteiro; APC, Primeira Turma Cível, processo 2001.06.1.006857-2

\_\_\_\_\_, Tribunal Regional Federal 1ª Região. **Acórdão 91.01.02406-0 DF-3ª Turma**-Relator Vicente Leal in <http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?p=40>.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 36, de 30 de agosto de 1995**. Estabelece procedimentos para o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Acórdãos TCU 10/2002, 11/2002, 145/2003, 255/2003, 327/2003 e 94/2004**, da Primeira Câmara, e Acórdãos TCU 387/2003, 502/2003, 1222/2003 e 127/2004, da Segunda Câmara,

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 267/2005 - Segunda Câmara**.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 506/2005-Primeira Câmara** : Instrução no TC 013.922/2003-9 do Diretor Jorge Luiz Carvalho Lugão.

\_\_\_\_\_, Tribunal de Contas da União. **Decisão TCU** n° 48/2002 - Primeira Câmara; Acórdão TCU 295/2004 – Plenário

CASTRO NUNES. **Teoria e prática do Poder Judiciário**, Rio de Janeiro: ed. Revista Forense, 1943.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. **O processo no TCU: o caso de gestor falecido** in Revista do TCU [s i], [200?].

DINAMARCO, Cândido R., et al. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 15<sup>o</sup> ed.

FARIA, José Eduardo. Razões de Estado. **Artigo publicado na Revista Problemas Brasileiros**, n° 278, de março de 1990.

GOMES, Luiz Flávio. **Do processo e do procedimento**. Disponível em : <http://www.cecl.com.pt/rc1/03/rc103-08.html>

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith e BRANCO, Gerson. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do Trabalho**, 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 26<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MLODINOW, Leonard. **A janela de Euclides**. São Paulo: Ed. Geração Editorial, 2<sup>a</sup> ed., 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**, 6<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MÜLLER, Friedrich, *apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 13<sup>a</sup> ed.

MÜLLER, Friedrich *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática** – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas do direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1999, 20<sup>a</sup> ed., v 2.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**, v 3, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 3<sup>a</sup> ed. ver. e atual..

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Renovar, 2002.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 16<sup>o</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.

## NOTAS

- <sup>1</sup> MLODINOW, Leonard. *A janela de Euclides*. São Paulo: Ed. Geração Editorial, 2<sup>a</sup> ed., 2004. pp. 205 a 208.
- <sup>2</sup> As preliminares são matérias prejudiciais ao conhecimento da ação, em que se discute algo que vem antes do objeto da ação. São objeções argüidas antes do exame de mérito da questão posta. São matérias de ordem processual que impedem o exame de mérito da questão principal que está sendo debatida, tratada no art. 12, inc. II, art. 22 da Lei nº 8.443, de 16 de junho de 1992, no art. 214 do CPC, no 841 da CLT e art. 179 do RITCU.
- <sup>3</sup> MÜLLER, Friedrich *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática* – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 202 e 203.
- <sup>4</sup> MÜLLER, Friedrich, *apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 13<sup>a</sup> ed., pp.496 a 510.
- <sup>5</sup> FALLA, Fernando Garrido *apud* BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 183.
- <sup>6</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 184.
- <sup>7</sup> BABO, Maria Augusta. *Da intertextualidade: a citação*. Lisboa, junho de 1986. Disponível em: <http://www.cecl.com.pt/rcl/03/rcl03-08.html> Acesso 2 de março de 2006. 21h36.
- <sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Do processo e do procedimento*. Disponível em : [http://www.ief.com.br/webs/IELDNova/instituto/p\\_penal\\_12\\_08.cfm](http://www.ief.com.br/webs/IELDNova/instituto/p_penal_12_08.cfm) Acesso em 2/3/2006 21h.
- <sup>9</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*, 6<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 26 e 27.
- <sup>10</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal 1<sup>a</sup> Região. Acórdão 91.01.02406-0 DF-3<sup>a</sup> Turma- Relator Vicente Leal in <http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?p=40> Acesso em 2/3/2006. 21h09.
- <sup>11</sup> CAVALCANTI, Augusto Sherman. *O processo no TCU in Revista do TCU [s i]: o caso de gestor falecido*.
- <sup>12</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Resolução nº 36, de 30 de agosto de 1995. Estabelece procedimentos para o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União.
- <sup>13</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, v 3, 3<sup>a</sup> ed. ver. e atual., pp. 333 a 338.
- <sup>14</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 14<sup>a</sup> ed., pp. 71.
- <sup>15</sup> *Idem*, pp. 68 a 78.
- <sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 18<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2005. pp. 92 a 94.
- <sup>17</sup> BRASIL, STF- Mandado de Injunção nº 715/DF, Rel. Min. Celso de Mello.
- <sup>18</sup> BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 pp. 204 a 215.
- <sup>19</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdãos TCU 10/2002, 11/2002, 145/2003, 255/2003, 327/2003 e 94/2004, da Primeira Câmara, e Acórdãos TCU 387/2003, 502/2003, 1222/2003 e 127/2004, da Segunda Câmara,
- <sup>20</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão TCU nº 48/2002 - Primeira Câmara; Acórdão TCU 295/2004 – Plenário.
- <sup>21</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU 267/2005 - Segunda Câmara.
- <sup>22</sup> BRASIL, Tribunal de Contas da União. Acórdão TCU 506/2005-Primeira Câmara : Instrução no TC 013.922/2003-9 do Diretor Jorge Luiz Carvalho Lugão.

# PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

---

LAUREANO CANABARRO DIOS

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA; 1.1. CONCEITUAÇÃO; 1.2. EXTENSÃO E IMPLICAÇÕES; 2. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O PROCESSO NO ÂMBITO DO TCU; 2.1. AS PENAS SUJEITAS A SEREM APLICADAS PELO TCU; 2.2. FORMAS PELAS QUAIS SE EXTERIORIZA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO TCU; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 – a Constituição Cidadã – estabeleceu em seu Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais diversos princípios e regramentos de forma a proteger o indivíduo contra os abusos do Estado. O princípio da Individualização da Pena, o qual deve ser regulamentado na forma da lei, foi agasalhado nesse capítulo como um dos direitos fundamentais do indivíduo.

A importância desse princípio está assentada em dois pilares. O primeiro reside no fato de que as restrições a direitos somente podem ocorrer quando assim demandar o bem comum<sup>1</sup>. O segundo pilar, que não deixa de ser um corolário do primeiro, reside no fato de que, em respeito à dignidade humana, deve haver a necessária proporção entre os motivos que levaram à aplicação da pena e a pena efetivamente aplicada. Assim, busca-se garantir a equidade na aplicação da lei de natureza sancionatória e evitar que as penas sejam aplicadas de forma desproporcional, de molde a se afastar de seus objetivos.

Como sói acontecer com as normas de índole constitucional, o princípio é dotado de alto grau de abstração, de forma que cabe ao legislador ordinário, à doutrina e aos órgãos jurisdicionais definir os limites e extensão da aplicabilidade desse princípio.

Devido a esse alto grau de abstração surgem diversas questões acerca da aplicação do princípio. Esse trabalho busca analisar a aplicação do princípio da individualização da pena no âmbito do Tribunal de Contas da União e suas conseqüências.

## 1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

### 1.1 Conceituação

Para adequadamente conceituar o princípio da individualização da pena, cabe perquirir o entendimento dado pela doutrina pela jurisprudência ao instituto e sua função no ordenamento jurídico.

No dizer de Alexandre de Moraes<sup>2</sup>, o princípio da individualização da pena consiste na exigência entre uma estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja as suas finalidades de repressão e prevenção. Assim, a imposição da pena dependeria do juízo individualizado da culpabilidade do agente (censurabilidade de sua conduta).

O Supremo Tribunal Federal também coloca a culpabilidade do agente como medida da aplicação da pena e destaca que a individualização da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72992/SP-96)<sup>3</sup>.

Consoante manifestação do Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>, o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente, e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Comentando essa decisão do STJ, Carmen Silvia de Moraes Barros<sup>5</sup> destaca a função humanitária, consentânea com o respeito às garantias individuais do indivíduo, do princípio constitucional da individualização da pena. Afirma a autora que a pena deve dizer respeito à culpabilidade exteriorizada naquele fato concreto, pois no estado de direito o fato se resume a um fragmento estritamente delimitado da vida do autor e não pode implicar em uma liquidação geral de contas. Em suma, a pena não pode ser aumentada por razões que não dizem respeito à culpabilidade exteriorizada no fato.

Para José Eduardo Goulart<sup>6</sup>, o princípio da individualização da pena é conseqüência direta do postulado da personalidade. Esse postulado reza que a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade.

O conceito de culpabilidade, por sua vez, teria a função de assegurar ao indivíduo que o Estado não estenda seu poder penal além do que corresponde a sua responsabilidade como ser livre e capaz.

Diante dessas preleções, podemos concluir que uma adequada conceituação do princípio da individualização da pena deve ser precedida de uma correta compreensão, sob o ângulo que interessa ao presente estudo, dos institutos da culpabilidade e da pena. Não se pretende aprofundar nesses temas, o que fugiria ao escopo do presente trabalho, mas tão somente dar-lhes uma definição que dê suporte à conceituação da individualização da pena.

A culpabilidade seria definida como o juízo de reprovação da conduta do agente. Quanto maior esse juízo de reprovação, consoante os parâmetros estabelecidos em lei, mais intensa deve ser a pena, e vice-versa. Esse juízo de reprovação, que varia de acordo com os valores sociais de determinado momento, seria efetuado levando-se em conta diversos elementos, todos exteriorizados no fato concreto.

Serve a culpabilidade como freio aos eventuais excessos do Estado, pois somente podem ser condenados aqueles que infligiram as normas sociais e mereceram reprovação por parte do direito, na medida desse grau de reprovação. Não pode, portanto, a pena passar da pessoa que praticou a conduta culpável; somente ela e mais ninguém pode ser punida. Mais. O responsável deve ser apenado somente por sua conduta na prática do ato ilícito. Situações alheias à conduta exteriorizada nesse fato não podem servir de fundamento para a pena, pois, de forma diversa, estaria ofendido o disposto no inciso II do art. 5º da Constituição Federal.

Em relação à pena, para os fins do presente estudo, é necessário que se estabeleça a sua função. Nosso ordenamento jurídico agasalha a dupla finalidade para a pena<sup>7</sup>: retributiva e preventiva.

A teoria retributiva parte do pressuposto de que a pena é a justa retribuição ao ilícito cometido. O agente deve sofrer um sofrimento proporcional àquele causado com

a prática do fato delituoso. A pena é uma simples consequência do descumprimento da lei.

A teoria preventiva busca associar a pena à produção de efeitos úteis para a sociedade. Tem-se assim a função preventiva - geral (intimidando potenciais delinqüentes) e especial (intimidação do agente - aspecto negativo - e sua ressocialização - aspecto positivo).

Feitos esses comentários, estamos aptos a conceituar a individualização da pena como: direito público subjetivo de todo condenado a ser submetido a uma pena compatível com seu grau de culpabilidade, atendido os limites e parâmetros estabelecidos pela lei.

## 1.2 Extensão e implicações

Estando devidamente conceituado o tema, cabe observar em que momentos se desenvolve o processo de individualização, de modo a estarem caracterizadas as suas implicações.

Para Luiz Luisi<sup>8</sup>, o processo de individualização da pena desenvolve-se em três momentos complementares: o legislativo, o judicial e o executório.

No momento legislativo seriam fixados para cada infração uma ou mais penas proporcionais à importância do bem tutelado e à gravidade da ofensa. O legislador estabelece uma pena mínima e uma pena máxima para cada violação da norma e fixa as condições mediante as quais serão determinadas no caso concreto. Pode ocorrer, ainda, que seja permitida a substituição de uma espécie de pena por outra.

No momento judicial, o juiz, seguindo os parâmetros estabelecidos pelo legislador, fixa a pena aplicável, de forma qualitativa e quantitativa, e o regime inicial de cumprimento da pena, quando essa for privativa de liberdade.

O terceiro momento ocorre na execução da reprimenda. O autor a denomina de individualização executória - adequação das condições de cumprimento da pena à resposta do condenado. Essa última fase pouco interesse tem no presente trabalho pois é mais compatível com as penas restritivas de liberdade, fora portanto do âmbito de atuação do Tribunal de Contas da União.

Carmen Silvia de Moraes Barros<sup>9</sup> também reconhece que a individualização da pena ocorre em três momentos.

No momento legislativo seriam atendidos os princípios da legalidade, da necessidade e da proporcionalidade. O da legalidade implica que só o legislador pode estabelecer atos a que os cidadãos devem se abster de praticar sob pena de sanção. O da necessidade reza que as restrições dos direitos fundamentais devem limitar-se ao necessário para proteger outros direitos constitucionalmente protegidos. O da proporcionalidade constitui um limite à atuação legislativa que deve buscar a adequação entre o bem juridicamente tutelado e a sanção pela sua violação. Assim, a pena estabelecida deve ser aquela necessária e suficiente para a prevenção.

No momento judicial seriam atendidos os princípios da legalidade e da culpabilidade. O da legalidade implica em que o juiz está vinculado à lei quanto à tipicidade do fato e ao *quantum* da pena. O da culpabilidade implica em que a pena somente será justificada se

for harmonizada a sua necessidade com a proporcionalidade, observadas a gravidade da conduta do agente e o bem juridicamente tutelado.

## 2. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E O PROCESSO NO ÂMBITO DO TCU

### 2.1 As penas passíveis de serem aplicadas pelo TCU

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – Lei nº 8.443, de 1992, define duas espécies de penalidades passíveis de serem aplicadas pela Corte de Contas: penas pecuniárias e penas restritivas de direitos. Na Lei nº 10.028, de 2000, também consta previsão de aplicação de pena pecuniária pelos Tribunais de Contas.

Embora na Lei do Procedimento Administrativo (Lei nº 9.784, de 1999), em seu art. 60, conste a possibilidade da imposição de sanções consistentes em obrigações de fazer ou não fazer, não se encontra no âmbito de atuação do TCU, pela ausência de previsão legislativa, a possibilidade de imposição de tal espécie de sanção.

Destaque-se ainda que não são enquadráveis como sanções as medidas acautelatórias previstas no art. 44 da LOTCU, pois, mediante aquelas medidas, busca-se garantir a eficácia da prestação jurisdicional e não punir os responsáveis. Ou seja, são medidas de caráter não punitivo, concedidas ante os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*, e que não refletem um juízo de valor pleno e definitivo acerca da conduta dos jurisdicionados.

As penas restritivas de direito são de duas modalidades.

A primeira está prevista no art. 46 da LOTCU e trata da possibilidade da declaração de inidoneidade de licitante para participar de licitações públicas:

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.” (grifos meus)

A segunda pena da espécie está prevista no art. 60 da LOTCU:

“Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.” (grifos meus)

Essa norma, cabe destacar, retrata a independência entre a instância do TCU e a administrativa *stricto sensu*, de modo que não há óbices a atuação da Corte de Contas a eventual imposição de sanção em outras instâncias administrativas.

Situação a merecer reflexão ocorre quando o Tribunal impõe a sanção de suspensão aqui tratada e o responsável já foi igualmente suspenso administrativamente, por exemplo, com fulcro no art. 127, II, da Lei nº 8.112/90. O princípio da independência entre as instâncias sugere que a solução seria simplesmente que o responsável deveria permanecer suspenso pela soma dos prazos de ambas as penas.



Entretanto, esse procedimento poderia redundar em pena incompatível com o grau de culpabilidade verificado ou até mesmo em aparente *bis-in-idem*. O mais adequado seria que se entendesse que a aplicação prévia de suspensão administrativa não impede a atuação do órgão de Contas, o qual apenas consideraria essa sanção prévia quando da dosimetria da pena a ser aplicada.

A pena pecuniária prevista pela Lei nº 10.028, de 2000, está retratada em seu art. 5:

“Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas:

I - deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II - propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

III - deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV - deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida. (grifos meus)

As penas pecuniárias previstas na LOTCU estão retratadas em seus arts. 57 e 58:

“Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;

IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;

V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;

VI sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;

VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal.

§ 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado.

§ 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O regimento interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

Da análise desses diplomas legais, verifica-se que adequadamente o legislador previu a possibilidade de graduação das penas de acordo com a reprovabilidade da conduta dos responsáveis, pois possibilitou ao julgador estabelecer a dosagem da sanção segundo os parâmetros fixados em lei.

Exceção se faz à penalidade prevista na Lei 10.028/2000, visto que a sanção tem sua dosagem já prefixada em lei, não havendo margens para que o julgador adeqüe a sanção ao grau de culpabilidade verificado. Essa característica pode provocar situações de injustiças, pois condutas decorrentes de dolo, culpa grave ou culpa levíssima seriam igualmente apenadas. No mesmo sentido, aquele que incorrer em apenas uma das condutas vedadas pelo artigo terá a mesma reprimenda do que aquele que incorrer em várias ou todas as condutas vedadas.

Essas considerações podem levar que se conclua pela inconstitucionalidade da referida norma, pois atentaria contra o princípio da isonomia e o da individualização da pena. A solução seria entender, em interpretação extensiva de acordo com a Constituição, que o legislador disse menos do que queria, de forma a ser reprimenda equivalente a multa de “até 30% dos vencimentos anuais”.

## 2.2 Formas pelas quais se exterioriza a individualização da pena no âmbito do TCU

A aplicação de sanções pelo TCU ocorre ou no julgamento de contas (art. 19 da LOTCU) ou na apreciação de processos de fiscalização (art.45, III, da mesma lei).

Quando do julgamento das contas, a aplicação de sanções decorre da avaliação de um conjunto de atos de gestão cuja avaliação pode levar a um juízo geral de reprovação das contas. Quando restar caracterizada alguma das hipóteses que ensejam a irregularidade das contas (alíneas “a”, “b”, “c” e “d” do inciso III do art. 16 da Lei nº 8.443/92), estará aberta a possibilidade de aplicação de sanção.

Os fundamentos da multa podem ser aqueles previstos no art. 58, incisos I, II, III, e VII, da LOTCU ou, havendo débito, aquele previsto no art. 57 da mesma lei.

Na hipótese de descumprimento de determinação do Tribunal, cabe a aplicação da multa com fundamento no referido inciso VII. Caso a ocorrência objeto de determinação

não provoque por si só a aplicação da multa, o seu fato gerador será simplesmente o descumprimento de determinação, devendo, portanto, a dosimetria da pena ser para tanto ajustada. Entretanto, caso a ocorrência, por si só, esteja caracterizada como ensejadora de multa (grave infração à norma legal ou ato ilegítimo ou antieconômico), resta agravado o grau de culpabilidade devendo ele sofrer reprimenda mais severa, com fundamento no inciso VII combinado com os incisos II ou III.

Como o inciso I do referido artigo refere-se a contas julgadas irregulares de que não resulte débito, resta permitida a conclusão de que os demais incisos podem justificar a aplicação quando da existência de débito. Assim, surge a questão de qual seria a correta fundamentação da pena de multa. A discussão ganha relevância porque o limite da pena quando fundamentada no art. 57 da LOTCU é o valor do dano atualizado ao Erário, enquanto nas hipóteses do art. 58 o limite é predeterminado, de acordo com o previsto no § 2º desse artigo.

De início, vale lembrar que estamos a tratar de atos de gestão do responsável. Ou seja, mesmo que sejam verificados inúmeros atos de gestão ilegais, a penalidade deverá abranger toda a gestão ou, em outras palavras, deverá ser feito um juízo de valor acerca da gestão como um todo. A quantidade de atos reprováveis deve sim servir para intensificar esse juízo de reprovação e portanto incrementar a pena a ser aplicada, mas não para gerar multiplicidade de penas, sob pena de *bis in idem*. Assim, mesmo que esses atos irregulares possam ser enquadrados em diversos incisos do art. 58 da LOTCU, a multa deve ser única e limitada aos valores previstos na norma pertinente. No mesmo sentido, não é cabível a aplicação da sanção do art. 57 conjuntamente com a do art. 58 em decorrência do mesmo ilícito.

Assim, caso o fato gerador da multa também resulte em débito, cabe ao aplicador da sanção perquirir qual o fundamento legal que melhor atenda ao princípio da individualização da pena. Caso, analisados o elemento subjetivo, dolo ou culpa, e as circunstâncias em que ocorreram o fato, chegue-se a conclusão de que o débito teve fator preponderante na ocorrência do ilícito deve a pena ser aplicada com fulcro no art. 57 da LOTCU (v.g. quando constatado o dolo específico em causar prejuízo ao Erário). Por outro lado, caso seja verificada a preponderância das ocorrências previstas no art. 58 da mesma lei, deve nele ser fundamentada a pena de multa.

Situação diversa ocorre quando em uma gestão forem verificados diferentes ilícitos, uns enquadráveis no art. 57 e outros enquadráveis no art. 58. Aqui, pela própria topografia legislativa, não se vislumbra impedimentos para que o gestor sofra a sanção com base nos dois artigos. Isso porque, parece ter tido o legislador atenção para dar uma específica reprimenda aos atos provocadores de débito aos cofres públicos, os quais podem sofrer reprimenda independente dos demais atos de gestão. Desde é claro, que se refiram a fatos geradores distintos e independentes de modo a ser afastada o *bis-in-idem*.

Pelos mesmos motivos, idêntico raciocínio aplica-se à penalidade prevista na Lei nº 10.028/2000.

Quanto à pena prevista no art. 60 da LOTCU, o legislador expressamente permitiu a possibilidade de sua cumulação com as demais previstas na legislação. Trata-se portanto, de situação especial de agravamento da penalidade a ser imposta em virtude da constatação da relevante gravidade da conduta inquinada.

Já os incisos VI, V e VI do art. 58 da LOTCU não se referem a uma avaliação da gestão dos responsáveis, mas sim a atos atentatórios à prestação jurisdicional do TCU, de

forma que pode haver a aplicação de uma sanção para cada fato gerador distinto. Trata-se assim de multas de caráter processual, as quais não guardam relação com o mérito das contas. Ou seja, o responsável pode sofrer alguma dessas sanções e ter as suas contas julgadas regulares com quitação plena.

Além do julgamento das contas, o outro momento para a aplicação de sanções é quando da realização de fiscalizações pelo TCU. O art. 41 da Lei n. 8.443/92 estabelece que as fiscalizações têm por objetivo assegurar a eficácia do controle e instruir o julgamento das contas. Há portanto duas situações distintas, a apreciação de atos de responsáveis sujeitos à prestação ordinária de contas ao TCU e a apreciação de atos daqueles não sujeitos à prestação anual de contas.

Para esses últimos resta afastado o caráter subsidiário dos trabalhos de fiscalização, de forma que a aplicação de sanções deve ocorrer de acordo com o grau de culpabilidade verificado nas ações fiscalizatórias, de forma similar ao tratamento geral a ser dado nas contas. Entretanto, como essas ações não possuem uma limitação temporal é possível que uma fiscalização abranja mais de um exercício ou várias fiscalizações refiram-se ao mesmo exercício. Por coerência lógica e por isonomia, deve-se aqui aplicar os mesmos limites de dosimetria estabelecidos para as contas. Assim, em havendo mais de uma fiscalização abrangendo o mesmo exercício não é razoável supor que as penas apuradas nas diversas fiscalizações, em seu aspecto quantitativo, possam superar o limite estabelecido para as contas ordinárias. Ofende o bom senso que alguns responsáveis não sujeitos às contas ordinárias, em geral aqueles detentores de cargos de menor importância na hierarquia administrativa, estejam sujeitos a um regime mais severo do que aqueles obrigados a prestar contas anualmente.

444

Por outro lado, não se vê óbices para, que em ações de fiscalização abrangendo mais de um exercício, sejam os gestores apenados pela sua conduta verificada em cada exercício. Ou seja, poderia haver uma penalidade para cada exercício, sendo que cada uma estaria limitada aos limites anuais, de forma que seria possível no conjunto da fiscalização o responsável sofrer reprimenda em grau superior ao permitido para as contas anuais. Garante-se a assim a isonomia de tratamento, impedindo que as abrangências temporais dos trabalhos de fiscalização possa influenciar aleatoriamente e de forma casuística nos procedimentos de dosimetria das penas.

Quando se trata entretanto de trabalhos de fiscalização em atos de gestores sujeitos à prestação de contas anual ao órgão de controle externo, a aplicação imediata da sanção possibilita uma pronta atuação do TCU ante a ocorrência de ilegalidades. Não resta contudo afastada a necessidade de juntada dos trabalhos de fiscalização às contas para que lá seja em conjunto avaliada a gestão do responsável.

Entretanto, de todo recomendável seria que a sanção fosse aplicada no bojo das contas, ou seja, após a juntada dos autos de fiscalização, pois assim se permite uma correta avaliação do conjunto dos atos de gestão de modo a se apenar compativelmente com essa avaliação. A aplicação as sanção antes da juntada dos trabalhos de fiscalização às contas deveria ser reservada à irregularidades graves o suficientes para, por si só, macular todo o conjunto da gestão. Quanto a ilícitos que potencialmente podem perder expressividade no conjunto da gestão, melhor seria que a avaliação da aplicação de sanção ocorresse quando da análise das contas.

De se destacar que no bojo dos trabalhos de fiscalização não se cogita da aplicação de multa proporcional ao débito, pois se for constatada a existência de potencial dano ao

Erário, deve haver a conversão dos autos em tomada de contas especial, de forma que de contas se passará a tratar.

Como as tomadas de contas especiais podem se referir a responsáveis não obrigados a prestar contas anualmente, aplica-se, em função da abrangência temporal dos atos objetos da contas especiais, o exposto quanto às fiscalizações no que diz respeito aos limites dos valores das penas aplicáveis aos responsáveis com fulcro no art. 58 da LOTCU.

## CONCLUSÃO

Após a análise da função da pena, foi conceituado o princípio constitucional da individualização da pena. Diante desse conceito, estabeleceu-se a abrangência do princípio, o qual compreende as fases legislativa – fixação da pena em abstrato -, judiciária – fixação da pena em concreto - e executória – adequação das condições de cumprimento da pena à resposta do condenado. Foram então analisadas as penalidades no âmbito jurisdicional do Tribunal de Contas da União e as conseqüências da aplicação do princípio quando da dosimetria dessas penas. Ou seja, as penas devem guardar proporção com o grau de culpabilidade do responsável de forma que quanto mais reprovável for a sua conduta maior deve ser a sua pena para que sejam atingidos os desideratos dessa última. Esse grau de culpabilidade deve ser individualizado por responsável e de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Carmen Silvia De Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARROS, Carmen Silvia de Moraes. A Fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.

FRIEDE, Reis. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense; 1999.

GOULART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. I.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

## NOTAS

- <sup>1</sup> FRIEDE, Reis. Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado. Rio de Janeiro: Forense; 1999, p. 151.
- <sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235.
- <sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. HC 72.992/96. Rel. Min. Celso de Mello. v.u. DJ de 14.11.96.
- <sup>4</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. Resp. n. 151.837/98. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Votação não unânime. DJ de 28.05.98.
- <sup>5</sup> BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. A Fixação da pena abaixo do mínimo legal: corolário do princípio da individualização da pena e do princípio da culpabilidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.º 26, p. 291-295, abr./jun. 1999.
- <sup>6</sup> GOURLART, José Eduardo. **Princípios informadores do direito da execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 95-97.
- <sup>7</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal: parte geral**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994, vol. I, p. 457.
- <sup>8</sup> LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p. 37-39.
- <sup>9</sup> BARROS, Carmen Sílvia De Moraes. **A individualização da pena na execução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 109.

# A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, E A PERMANÊNCIA DE SUA VALIDADE, NO CASO DE GESTORES OU RESPONSÁVEIS QUE VENHAM A FALECER

MAURO DA MOTTA AGUIAR

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. ENTENDIMENTO PREDOMINANTE, NO ÂMBITO DO TCU, QUANDO DO FALECIMENTO DO GESTOR OU RESPONSÁVEL, QUANTO À APLICAÇÃO DE SANÇÕES; 1.1. SISTEMATIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO; 1.2. DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU A RESPEITO DO TEMA; 2. ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA ÀS SANÇÕES APLICÁVEIS PELO TCU; 2.1. A CARÊNCIA DE AMPARO DOUTRINÁRIO; 2.2. ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DA JURISPRUDÊNCIA HODIERNA DO TCU QUANTO À SUBSISTÊNCIA DA MULTA EM RELAÇÃO A GESTOR OU RESPONSÁVEL FALECIDO; 2.2.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS; 2.2.2. O PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA; 3. QUANTO AO TRATAMENTO DADO À QUESTÃO NO QUE TANGE A SANÇÕES DE ÁREAS SEMELHANTES; 3.1. CONSIDERAÇÃO INICIAL; 3.2. AS CLÁUSULAS PENAIIS NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO CIVIL; 3.3. A PENA DE MULTA DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI N° 8.429/92); 3.4. AS PENAS DE MULTA POR INFRAÇÕES DE TRÂNSITO; 3.5. AS SANÇÕES TRIBUTÁRIAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Na jurisprudência atualmente predominante do Tribunal de Contas da União, a aplicação de penalidades por aquela Corte de Contas estaria inviabilizada se, após a prática do ato inquinado de irregularidade, o gestor ou o responsável viessem a falecer, estribando-se tal entendimento na interpretação de que se aplicaria, de forma absoluta, às sanções de competência do TCU, o disposto no inc. XLV do art. 5° da CF/88, acerca da intransmissibilidade da pena. Tal entendimento encontra-se de tal forma consolidado, a ponto de haverem julgados no sentido de, mesmo em relação a deliberações já definitivas, a penalidade, se ainda não cumprida (mesmo que por culpa do responsável), deverá ser suprimida ou dela se deverá dar quitação.

Entende-se, no entanto, que a questão está longe de ser pacífica e necessita ser melhor analisada, no que se refere especificamente às penalidades de multa, cuja natureza se considera não compatível com o caráter nitidamente de esfera penal do inc. XLV do art. 5° da CF/88. A proposta do presente estudo é apresentar justamente uma visão diferente acerca da questão. Não se pretende, contudo, em um texto rápido, elaborado a partir de breves análise e levantamento bibliográfico, apresentar solução categórica e definitiva para problema tão delicado. A intenção é de aportar argumentos que contribuam para levantar o debate acerca de questão de tal relevância e que, infelizmente, vem sendo tratada como já plena e permanentemente resolvida.

## 1. ENTENDIMENTO PREDOMINANTE, NO ÂMBITO DO TCU, QUANDO DO FALECIMENTO DO GESTOR OU RESPONSÁVEL, QUANTO À APLICAÇÃO DE SANÇÕES

## 1.1 Sistematização do entendimento

A questão do encaminhamento a ser conferido aos processos, da competência do Tribunal de Contas da União, em que o gestor ou responsável<sup>1</sup> vêm a falecer foi, durante considerável período, extremamente tormentosa. As dúvidas não eram injustificadas, já que a legislação diretamente relacionada com o TCU, a saber, os arts. 71 a 75 da Constituição Federal e a Lei 8.443/1992, não possui disposição acerca do tema, além do fato de ser bastante escasso, na doutrina jurídica brasileira, o número de títulos que versem sobre o *modus operandi* dos tribunais de contas.

Expressiva contribuição para sistematizar a questão foi aportada por Augusto Sherman Cavalcanti<sup>2</sup>, por intermédio do artigo “O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido”<sup>3</sup>, trabalho cujo mérito deve ser, por isso, reconhecido. Sim, porque ainda que se fosse alegar que o documento em questão não encampou todas categorias processuais do TCU em relação à Atividade de Controle Externo, em função de referir-se expressamente a contas<sup>4</sup>, pode-se verificar que acabou por também atingi-las, haja vista haver abordado a dimensão da “punibilidade do gestor faltoso”, único aspecto que poderia suscitar dúvidas nas demais modalidades de processos da área.

Aliás, a chamada dimensão da “punibilidade do gestor faltoso” é justamente a que interessa para os fins do presente estudo. Segundo o artigo referido, em qualquer caso de falecimento do gestor (e entende-se, como dito anteriormente, que também cabe falar no responsável), a aplicação de sanções pelo TCU estaria inviabilizada, “porque a aplicação da pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, conforme dispõe o art. 5º, inciso XLV, da Constituição”<sup>5</sup>. Chega aquele autor a indicar, ademais, que, caso a sanção já haja sido aplicada e sobrevenha, sem seu cumprimento, o falecimento do apenado, “será ela extinta”<sup>6</sup>.

448

Pode-se verificar que o autor, além de fundar sua compreensão, quanto ao aspecto indicado, no chamado princípio da intransmissibilidade da pena, também tem por premissa seu entendimento quanto à distinção entre os destinatários das dimensões que denomina “política” e “sancionatória”. Em sua visão, na denominada dimensão política, relativa ao julgamento da gestão (ou seja, do mérito das contas - se regulares, regulares com ressalvas ou irregulares), o principal destinatário “é antes a coletividade do que o gestor. O gestor é destinatário secundário, tão apenas”<sup>7</sup>. Diferentemente, na dimensão sancionatória, o processo dirigir-se-ia “direta e imediatamente ao gestor”<sup>8</sup>.

O artigo prossegue, então, no que interessa mais de perto a este estudo, sugerindo (em um esforço de contribuição eminentemente prática, que merece ser reconhecido) os encaminhamentos a serem conferidos aos processos, quando identificados atos passíveis de punição, se sobrevier a morte do gestor ou responsável. Cabe o esclarecimento, a propósito, de que o texto em questão considera possíveis, qualquer que haja sido o momento do óbito do gestor ou responsável, tanto o julgamento do mérito das contas (“dimensão política”) quanto a reparação de dano eventualmente causado (“dimensão indenizatória”).

A coisa muda de figura, no entanto, no que tange à punibilidade do gestor ou responsável falecido (“dimensão sancionatória”). Em relação a esse aspecto, são previstas duas situações, das quais a segunda apresenta, ainda, duas possibilidades:

- a) se o falecimento do gestor ou responsável ocorre antes da realização de sua audiência, não se poderá aplicar a penalidade;



b) se o óbito do gestor ou responsável se verifica após a promoção de sua audiência:

b.1) se a morte é “anterior ao julgamento, o Tribunal [...] não deve aplicar a sanção, em virtude da extinção da punibilidade”;

b.2) se o falecimento é posterior ao julgamento, “há a extinção da punibilidade e, conseqüentemente, do dever de cumprir a sanção”, considerando-se que, nesse caso, “é devida quitação ao gestor falecido”.

## 1.2 Da jurisprudência do TCU a respeito do tema

Ainda que seja quase sempre difícil, no campo das ciências humanas, o estabelecimento de relações unívocas de causa e efeito, não se pode negar que a jurisprudência do TCU, em especial aquela posterior à elaboração do artigo tratado no item anterior, vem adotando, de forma esmagadora, ainda que com pequenas adaptações, as mesmas orientações explicitadas por Augusto Sherman Cavalcanti naquele trabalho, sendo, portanto, fortes os indícios de que a influência deste sobre aquela foi extremamente significativa.

Assim é que diversos acórdãos explicitam haverem deixado de aplicar a sanção de multa, haja vista o falecimento do responsável antes da audiência, primeira das situações previstas pelo artigo, podendo ser mencionados, apenas para citar alguns exemplos, os AC-0021-06/01-P e AC-0089-04/03-P.

A primeira possibilidade da segunda das situações indicadas, a saber, a da ocorrência da morte do responsável após a audiência mas antes do julgamento de seus atos pelo Tribunal, é representada por deliberações em que, em função do óbito daquele passível de pena, dispensa-se a aplicação de multa; ou ainda, se dito julgamento chega a ocorrer, com a aplicação de sanções, em função do desconhecimento, pelo TCU, por ocasião do *decisum*, da prévia ocorrência do passamento, dá-se provimento a recursos para suprimir a pena anteriormente atribuída. Exemplos dessa hipótese podem ser encontrados, dentre outros, nos AC-0037-14/99-P, AC-0045-03/01-1 e AC-0024-01/03-1, quanto às decisões originárias, e nos AC-0092-11/99-2, AC-0028-03/00-1, AC-0049-12/00-P, AC-0034-08/01-P e AC-0012-02/02-2, no que se refere às deliberações em sede recursal.

Por fim, no que se refere aos casos em que o gestor ou responsável vêm a falecer após a sua condenação e pena (segunda possibilidade da segunda situação), a quase totalidade das deliberações do TCU é no sentido de ou tornar sem efeito a sanção anteriormente aplicada ou de dela dar quitação, consoante se pode verificar a partir da leitura, apenas para citar alguns exemplos, dos AC-0289-50/01-P e AC-2725-49/05-1.

Na verdade, quando da elaboração deste artigo, foi identificado apenas um acórdão, a saber, o AC-0159-05/05-2, em que o Relator, Ministro Ubiratan Aguiar, divergindo da proposta apresentada pela unidade técnica, apresentou voto, acolhido pela 2ª Câmara, pelo indeferimento de supressão de multa a responsável que veio a falecer após sua condenação e pena, por considerar que:

[...] a pena foi aplicada ao Sr. Manoel Medeiros ainda em vida, não ultrapassando, portanto, a pessoa do condenado, em observância ao art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988.

4. Observe-se que após a regular aplicação de multa ela se convertera em dívida, tendo sido autorizado o pagamento parcelado em 12 (doze) vezes [...]

5. Dessa forma, tendo o óbito ocorrido após a prolação do Acórdão 482/2000 - Segunda Câmara, o qual aplicou a respectiva multa ao responsável, não há falar em arguição do art. 5º, inciso XLV, da CF/88 como pressuposto para extinção da punibilidade, haja vista que não mais se trata de apenação e sim de cobrança de dívida.

Trata-se, no entanto, de decisão isolada e para a qual a 1ª Câmara do TCU já proferiu *decisum*, por intermédio do AC-1281-21/05-1, sobre processo da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, em sentido diametralmente oposto, ou seja, tornando sem efeito multa aplicada em função do falecimento do responsável após o acórdão condenatório, e onde, aliás, os fundamentos da deliberação acima transcrita são frontalmente questionados, consoante se pode verificar a partir do seguinte trecho:

[...] a multa não deve ser estendida aos sucessores, até porque, no meu sentir, a natureza da penalidade não se transmuda em mera dívida de valor, após a prolação do acórdão condenatório, já que o título extrajudicial não é abstrato, mas, sim, título causal fundado nos motivos originais da aplicação da pena, nos termos do art. 71, § 3º, da CF/88 c/c os arts. 583 e 585, VII, do CPC brasileiro.

Além disso, do relatório informativo do AC-0164-07/06-P já consta pronunciamento, da unidade técnica do TCU especializada no exame de recursos, contrário ao entendimento do AC-0159-05/05-2, ponderando-se que, como a decisão condenatória ali tratada ainda não transitou em julgado (já que pende de exame de mérito recurso contra ela interposto), ainda se pode cancelar ou suprimir a multa.

450

## 2. ACERCA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INTRANSMISSIBILIDADE DA PENA ÀS SANÇÕES APLICÁVEIS PELO TCU

A leitura do artigo mencionado no item anterior permite verificar o entendimento de seu autor quanto a ser líquida e certa a aplicabilidade do disposto no art. 5º, inc. XLV, da CF/88 às sanções aplicáveis pelo TCU. Essa tem sido, também, a compreensão subjacente às deliberações do TCU no mesmo sentido, havendo casos, inclusive, em que não se chega, nem mesmo, a apontar o fundamento constitucional para a não aplicação da penalidade, conforme se pode constatar, e.g., a partir dos AC-0037-14/99-P, AC-0045-03/02-1 e AC-0024-01/03-1.

Além disso, conforme anteriormente mencionado, o autor do artigo que, ao que tudo indica, contribuiu significativamente para a sistematização do entendimento ora adotado pelo TCU, possui também como premissa certa, além do princípio da intransmissibilidade da pena, a compreensão de que a dimensão sancionatória do processo no TCU dirige-se “direta e imediatamente ao gestor”.

A impressão que se tem, ademais, a partir da leitura dos acórdãos do TCU a respeito do tema, é de que tais premissas, ainda que nem sempre explicitadas, são tidas como absolutas e inquestionáveis.

Será essa, contudo, a única interpretação possível para o problema? Ou, indo ainda mais adiante, será tal visão a mais adequada? Na visão do autor do presente estudo, a resposta a ambas as perguntas é negativa, consoante se passará a argumentar.

## 2.1 A carência de amparo doutrinário

Conforme mencionado no capítulo 2 deste estudo, a questão do tratamento a ser conferido no que se refere à multa aplicada pelo TCU nos casos de falecimento do gestor ou responsável, além de ressentir-se da falta de disposição legal expressa a respeito, conta com reduzido quantitativo de doutrina pátria especializada que a aborde. Aliás, a busca de doutrina de apoio para o tema deve ser promovida em textos que abordem assuntos correlatos, já que, com exceção do artigo mencionado no início deste trabalho, não se consegue identificar escrito que trate especificamente do assunto, ou seja, a transmissibilidade das multas do TCU. Mas, mesmo no que se refere à transmissibilidade de multas civis, poucos são os autores a abordá-la e a arriscar-se a tratar de tema tão delicado.

Conforme mais adiante se fará menção, quando do tratamento de outras sanções de caráter análogo às multas do TCU, por um lado, no caso da multa prevista pela Lei de Improbidade Administrativa, observa-se certa polarização de posições. Há autores que defendem tenazmente sua intransmissibilidade, com base no inc. XLV do art. 5º da CF/88, enquanto também há os que consideram que o princípio em questão é tipicamente direcionado para a esfera penal, de caráter personalíssimo, e, por conseguinte, não se aplica à pena referida, de natureza cível e incidente sobre o patrimônio. Por outro lado, há as hipóteses de sanções administrativas, a saber, a cláusula penal, as multas de trânsito e as multas tributárias, cuja transmissibilidade a herdeiros não chega sequer a ser questionada pela doutrina predominante. Necessário esclarecer, no entanto, que, mesmo quando presente a polêmica, a fundamentação dos argumentos favoráveis à transmissibilidade é que será aqui examinada, haja vista ser a posição considerada mais apropriada.

451

## 2.2 Análise dos fundamentos da jurisprudência hodierna do TCU quanto à subsistência da multa em relação a gestor ou responsável falecido

### 2.2.1 Considerações iniciais

Cabe, logo de início, o esclarecimento de que, ao TCU, nos termos da Lei nº 8.443/92, é atribuída competência para a aplicação de duas variedades de sanções, a saber, as multas pecuniárias, previstas nos arts. 57 e 58, e a decretação de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, estatuído no art. 60.

Conforme se voltará a tratar mais adiante, vê-se já aí uma nítida distinção entre as duas categorias de penalidades. Enquanto, no que tange à inabilitação, tanto o caráter da penalidade quanto seus efeitos são claramente pessoais, no que se refere às multas, nitidamente os efeitos são patrimoniais e, consoante se procurará demonstrar, é inapropriado atribuir-lhe caráter penal ou, respeitosamente parafraseando pronunciamento do STF acerca da natureza das decisões do TCU, um “colorido quase penal”.

Na visão deste autor, o art. 5º, inc. XLV, da CF/88 aplica-se à decretação de inabilitação, haja vista o caráter pessoal desta, de um lado, e a vedação de que a pena

ultrapasse a **pessoa** do condenado, de outro. A análise a ser aqui desenvolvida, por conseguinte, se concentrará na penalidade de multa.

No que se refere às multas, o tratamento dado à hipótese de gestor ou responsável falecido de há muito parece inapropriado, a partir da análise de algumas situações plenamente factíveis.

Suponha-se, e.g., que Tício e Mévio, gestores (ou responsáveis), venham, em função do mesmo ato administrativo irregular, a ser objeto da aplicação de multa pelo TCU, em decisão que transita em julgado. Tício, mais preocupado com seus compromissos, vende um veículo de sua propriedade e recolhe a multa no prazo assinado. Enquanto isso, Mévio, embora detendo patrimônio equivalente ao de Tício, mas sendo menos cioso (ou menos probo), não procura adimplir a obrigação a ele também imposta. Pouco tempo depois do vencimento do prazo para cumprimento da penalidade, Tício e Mévio, em razão de fatídico acidente, vêm a falecer simultaneamente. Seguindo-se o raciocínio do artigo de Augusto Sherman Cavalcanti e o predominante no TCU, a pena de Mévio, posto que ainda não cumprida, deverá ser extinta, enquanto a de Tício, já que adimplida anteriormente a seu falecimento, permanece válida. Ou seja, se é verdade, no caso, que a pena, no caso do Mévio, não ultrapassará a pessoa do condenado, não alcançando seus herdeiros, o mesmo não se poderá dizer em relação a Tício, já que o patrimônio por ele transmitido em herança já estará diminuído do valor da multa. Como fica, então, no caso, a obediência ao primado jurídico, oriundo ainda do Direito Romano, de que *nemo de improbitate sua consequitur actionem* (ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza)? Ou será que, pensando por absurdo, se deveria ir ainda mais longe e considerar que mesmo a multa já adimplida deveria ser ressarcida ao espólio?

452

Pode-se conceber, igualmente, uma outra situação-problema inquietante. Tício, apenado com multa pelo TCU, por acórdão já definitivo, recusa-se a, voluntariamente, efetuar o pagamento da penalidade. O acórdão condenatório é, então, encaminhado para cobrança judicial em que, após longo e custoso procedimento, consegue-se levar a leilão, ou hasta pública, bem penhorado do responsável. Poucos dias após a arrematação, contudo, Tício vem a falecer. Qual será o posicionamento da União, no caso? Pretenderá desfazer a arrematação, já que se refere a etapa anterior ao cumprimento da penalidade de multa? E como fica o arrematante de boa fé?

Tais dúvidas, bastante justificáveis no quadro jurisprudencial hoje observado, advêm, na verdade, da concepção inadequada da natureza das multas do TCU. Em quadro diverso, com a concepção apropriada acerca do caráter de tais sanções, os questionamentos apontados nem mesmo se apresentariam.

## 2.2.2 O princípio da intransmissibilidade da pena

No art. 5º do texto constitucional vigente, o princípio da intransmissibilidade da pena consta do nono inciso (XLV) dos vinte e quatro (de XXXVII a L) que tratam nitidamente da esfera penal, fortalecendo a interpretação de que a sanção ali referida é aquela aplicada em decorrência da prática de uma infração penal. Conclusão nesse sentido, aliás, é reforçada pela nomenclatura empregada, ou seja, os termos “pena” e “condenado”. Pode-se verificar, ademais, que um pouco à frente, no inc. XLVIII, consta exigência acerca da adequada segregação dos condenados, quando do cumprimento da “pena”.

Ora, o poder de sancionar atribuído ao TCU nitidamente não pode ser considerado como pertencente à esfera penal *stricto sensu*, haja vista o fato de a Corte de Contas não

integrar o Poder Judiciário, posto não se encontrar relacionada no art. 92 da CF/88, e a questão de vigorar, no Direito Brasileiro, o princípio da unicidade de jurisdição, fazendo com que apenas ao Judiciário esteja atribuído o *jus puniendi* atinente aos crimes.

Quanto a esse aspecto, aliás, não se crê que haja discussão significativa. O problema se coloca, no entanto, quanto ao possível “colorido quase penal” das multas do TCU, o que faria com que a possibilidade de sua aplicação observasse as mesmas regras do processo penal.

Ora, os institutos em que se encontram previstas as competências atribuídas ao TCU para aplicar multas têm natureza administrativa, no que tange a seus aspectos cíveis, consoante deflui dos seguintes parâmetros:

a) a nomenclatura utilizada é tipicamente administrativa ou cível, tendo em vista a utilização dos termos “**administradores**” ou “**responsáveis**” (art. 71, VII, da CF/88 e arts. 43, inc. II e parágrafo único, 56, 57 e 58 da Lei nº 8.443/92) e não “condenado”, como consta do art. 5º, inc. XLV, da CF/88;

b) a Constituição Federal, em seu art. 71, § 3º, já estabeleceu que as decisões do TCU de que resulte débito ou multa terão eficácia de **título executivo**, sinalizando, por conseguinte, seu caráter obrigacional; a Lei Orgânica do Tribunal, além de conter disposição similar (art. 23, inc. III, alínea b, da Lei 8.443/92), foi ainda mais longe, ao estabelecer que suas decisões condenatórias constituiriam, para o responsável, obrigação de comprovar o recolhimento do débito a ele imputado ou da multa a ele cominada (art. 23, III, alínea a), explicitando-se, ainda, que as deliberações de que resulte imputação de débito ou cominação de multa tornam a dívida líquida e certa (art. 24) – ou seja, mais uma vez transparece o caráter obrigacional;

c) o § 3º do art. 58 da Lei 8.443/92 dispõe que o Regimento Interno do TCU estabelecerá a graduação das multas daquele artigo, “em função da gravidade da infração”, ou seja, concentrando-se, apenas, na seriedade da agressão efetuada ao bem comum – ou seja, a natureza administrativa ou cível da sanção uma vez mais transparece, já que na esfera penal a fixação da pena principia pelos aspectos subjetivos do agente, sendo as “conseqüências” do crime apenas um dos últimos fatores (vide *caput* do art. 59 do Código Penal).

Será, portanto, que o princípio constitucional da intransmissibilidade da pena efetivamente se aplica às multas do TCU?

A esse propósito, Michel Foucault, ao analisar o período de reforma do sistema de penas absolutista e o surgimento do Direito Penal contemporâneo, com muita clareza identifica o aparecimento e a consolidação de todo um sistema de punições extrapenal, dentro do que ele denomina de “poder disciplinar”, que aponta como disseminado por toda a sociedade (escolas, fábricas, forças armadas, hospitais, etc.)<sup>9</sup>. A respeito das sanções aplicadas por dito poder, consigna aquele autor<sup>10</sup>:

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instâncias de julgamento.

Além disso, verifique-se que a vedação é no sentido de que a pena passe **da pessoa** do condenado. Ora, as multas do TCU não recaem efetivamente sobre a pessoa

do responsável, mas criam-lhe obrigação. Tanto que, se algum amigo do responsável pretender auxiliá-lo de bom grado, o recolhimento não poderá ser recusado pela União, devendo ser dada quitação àquele anteriormente punido. Possuindo as multas natureza administrativa ou cível, dado seu caráter obrigacional, são garantidas pelo patrimônio do responsável, haja vista o princípio de que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações (arts. 391 e 942 do CC de 2002 e art. 1.518 do CC de 1916). No caso de seu falecimento, portanto, a sanção anteriormente aplicada, se ainda não cumprida, não recairá sobre a pessoa dos herdeiros, e sim sobre o patrimônio deixado pelo *de cujus*.

Essa distinção, ademais, necessita ser enfatizada, para que se possa identificar plenamente a inadequação de considerar-se tal sanção como mais aproximada do Direito Penal. Ora, na esfera Penal, as sanções são personalíssimas. O alvo da punição penal sempre foi a pessoa, desde a fase dos suplícios, em que o objeto do castigo era o corpo, até a era contemporânea, em que o alvo das sanções passou a ser a “alma”<sup>11</sup>.

Tanto o corpo quanto a “alma” (esta compreendida no sentido que a psicologia lhe empresa, não no religioso) perecem juntamente com o agente. Já o patrimônio, não, em especial considerando-se que, no sistema jurídico brasileiro, o direito de herança possui *status* constitucional, constando do inciso XXX do art. 5º da CF/88. E, como dito por Sílvio de Salvo Venosa, deve-se entender por herança “o conjunto de direitos e **obrigações** que se transmitem, em razão da morte, a uma pessoa, ou a um conjunto de pessoas, que sobreviveram ao falecido” ou, dito de outra forma, “o conjunto de direitos reais e **obrigacionais**, ativos e **passivos**, pertencentes a uma pessoa” [sem grifos no original]<sup>12</sup>.

Por que razão, então, o patrimônio do responsável que, durante a sua vida, em caso de inadimplência, responderia pela multa deixará de fazê-lo caso sobrevenha a morte do agente se, na verdade, dito conjunto de direitos e obrigações não se extinguirá com o óbito de seu detentor?

454

É compreensível que se tenha a preocupação de valorizar o princípio da intransmissibilidade da pena, em especial no Brasil. O Direito Colonial Brasileiro, em consonância com o Direito Lusitano de então, não o reconhecia, pois:

[...] no Brasil Colônia se conhecem as páginas tristes e dolorosas da declaração de infâmia a que a justiça colonial submeteu os mártires da Inconfidência. O mesmo aconteceu em Lisboa, no reinado de D. José I e no governo do Marquês de Pombal, na chamada conspiração dos Távoras, supliciados com atrocidade e executados em 13 de janeiro de 1759, determinando a sentença a **declaração de infâmia para os parentes próximos dos executados**<sup>13</sup> [sem grifo no original].

No caso, contudo, fala-se de penas de caráter personalíssimo, a saber, a declaração de infâmia, mesmo para aqueles que não participaram da conduta criminosa, e não de obrigações patrimoniais que, tendo em vista ser regra no Direito brasileiro o princípio do “benefício de inventário”, somente deverão ser adimplidas dentro das forças do espólio.

Além disso, há que se ter cuidado para não transladar para o campo administrativo, onde, de maneira geral, os gestores ou responsáveis contam com certo nível de esclarecimento, benefícios próprios da esfera penal que, em regra, finda por atingir as classes mais numerosas e menos esclarecidas<sup>14</sup>.

É preciso, ainda, desfazer qualquer comparação entre a multa administrativo-civil do TCU e a multa penal. Em relação a esta última, os vestígios de haver-se originado da

conversão de pena de restrição de direitos podem ser identificados a partir do fato de dever ser ela calculada em “dias-multa” (vide art. 49 do Código Penal). Há também que se ter presentes a polêmica e as críticas levantadas pela doutrina à modificação promovida pela Lei nº 9.628/96, no art. 51 do Código Penal, ao estabelecer a aplicação, às multas constantes de sentenças condenatórias penais transitadas em julgado, da legislação relativa à dívida ativa da Fazenda Pública<sup>15</sup>, ou seja, um procedimento de execução, sendo que críticas nesse sentido não são levantadas pela doutrina predominante contra os dispositivos que consideram a sentença condenatória definitiva do TCU com eficácia de título executivo.

Há, por fim, que questionar-se a premissa de que a dimensão sancionatória do processo do TCU seria dirigida “direta e imediatamente” ao gestor. Tal pressuposto, da forma como vem sendo apresentado e utilizado, dá a impressão de que, como a sanção teria como único destinatário o responsável, perderia ela toda a sua função com a morte desse.

Tal idéia é incorreta. Como adequadamente vislumbrado há três séculos pelos reformadores, a quem se deve o sistema penal contemporâneo, as punições, sejam penais ou não, destinam-se em proporções praticamente equânimes ao condenado e ao corpo social, ou até mesmo um pouco mais para este, dada sua função de exemplo. Ou, no dizer de Cesare Beccaria:

Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido [...] O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos **e dissuadir os outros de fazer o mesmo.**

É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, **cause a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu** [sem grifos no original] <sup>16</sup>.

Não se pode afirmar, portanto, que o fato de a multa eventualmente subsistir após o óbito do responsável não tenha finalidade adequada.

### 3. QUANTO AO TRATAMENTO DADO À QUESTÃO NO QUE TANGE A SANÇÕES DE ÁREAS SEMELHANTES

#### 3.1 Consideração inicial

A carência de bibliografia doutrinária acerca do tema da possibilidade de transmissão da multa aplicada pelo TCU conduz à necessidade de, para uma melhor compreensão do problema, fazer-se um breve paralelo com os tratamentos dados ao tema em relação a institutos similares. Sim, porque o Direito Brasileiro comporta diversos outros mecanismos cujo componente sancionatório é indiscutível, sem que, no entanto, pertençam à esfera penal.

#### 3.2 As cláusulas penais no âmbito da legislação civil

A denominada “cláusula penal” em contratos civis possui caráter nitidamente sancionatório, haja vista prever-se a necessidade, para sua aplicação, de que o

descumprimento ou a mora sejam culposos (art. 408 do CC/2002), falar-se em cominação e penalidade (arts. 412 e 413, CC/2002) e nem mesmo ser necessária, para exigir-se o cumprimento de tal pena, a ocorrência de prejuízo. No entanto, uma vez configurados os pressupostos para sua aplicação, constitui-se em dívida de pleno direito, cuja transmissibilidade a herdeiros não chega sequer a ser questionada pela doutrina e jurisprudência majoritárias.

### 3.3 A pena de multa da Lei de Improbidade Administrativa (Lei N° 8.429/92)

Em seu art. 12, correspondente ao capítulo denominado “Das **penas**”, dispõe a Lei n° 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA):

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes **cominações**:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de **multa civil** de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de **multa civil** de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de **multa civil** de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das **penas** previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente [sem grifos no original].

Verifique-se, primeiramente, que o dispositivo fala, expressamente, em “cominações”, “multa” e “penas”. Além disso, pode ser observado, a partir da leitura do inciso I, que a perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio pode, ou não, haver-se dado em prejuízo do Poder Público (vide, e.g., os incisos I e V do art. 9º da Lei n° 8.429/92).

Um pouco antes, em suas disposições gerais, estatui o art. 8º da LIA que:



Art. 8º. O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às **cominações** desta Lei até o limite do valor da herança [sem grifo no original].

Ora, conforme se constata a partir das transcrições, a multa civil é uma das cominações previstas pela LIA. Seria ela, então, transmissível aos herdeiros? Repare-se, além disso, o fato de poder-se identificar, no art. 12, duas categorias distintas de sanções: aquelas de caráter pessoal, como a perda de função pública, a suspensão de direitos políticos e a proibição de contratar com o Poder Público e aquelas de caráter patrimonial, como a perda de bens ou valores, o ressarcimento integral do dano e o pagamento da multa civil.

A questão da transmissibilidade das sanções de ressarcimento do dano e de perdimento de bens não tem sido alvo de grande polêmica, dado corresponderem a exceção expressamente constante do art. 5º, inc. XLV, da CF/88<sup>17</sup>:

Mas, e quanto à multa civil, seria vedada a sua transmissão aos herdeiros, dentro dos limites das forças da herança?

Acerca desse tema, Emerson Garcia, em sua obra a respeito de Improbidade Administrativa em autoria conjunta com Rogério Pacheco Alves, ainda que reconhecendo a existência de autores com visão divergente (no sentido de que a multa civil não seria transmissível<sup>18</sup>), tece considerações esclarecedoras, cuja lógica é inatacável:

No mesmo sentido do Código Civil, estatuiu o art. 8º da nº 8.429/92 que:

**Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança.**

Sendo clara a similitude entre os dispositivos, o efeito também haverá de sê-lo. Assim, em sendo aplicadas ao ímprobo as sanções cominadas no art. 12, arcará o sucessor com aquelas de natureza pecuniária – pagamento de multa civil, ressarcimento integral do dano e perda de bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio.

Para que seja afastada qualquer incompatibilidade com o texto constitucional, ao art. 8º da Lei nº 8.429/92 deve ser dispensada interpretação conforme a Constituição, já que sua interpretação literal culminaria em sujeitar o sucessor do ímprobo a todas as cominações da lei, havendo, como único limite, o valor da herança para aquelas de natureza patrimonial. Evidentemente, aquelas sanções que acarretem restrições aos direitos diretamente relacionados à pessoa do ímprobo não poderão ser transmitidas aos seus herdeiros, o que limita a aplicabilidade do dispositivo àquelas de natureza patrimonial, conclusão esta, aliás, em perfeita harmonia com a sua parte final.

Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLV, da CR/88, ‘nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido’. Em que pese não se referir o texto constitucional à multa, tal não tem o condão de excluir sua transmissibilidade aos sucessores quando sua aplicação resultar da prática de um ato de improbidade.

Se não vejamos: a) a posição topográfica do inciso XLV do art. 5º denota claramente que ele se refere à pena aplicada em virtude da prática de uma infração penal, o que é robustecido pela nomenclatura utilizada (pena e condenado); b) a não-transmissibilidade da multa penal não pode ser utilizada como paradigma, pois as sanções penais, quaisquer que sejam elas, são eminentemente pessoais; c) a multa cominada ao ímprobo tem natureza cível, o que deflui da nomenclatura empregada e da própria natureza jurídica das sanções previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/92; d) tendo natureza cível e não sendo consecutório de uma infração penal, eventual multa aplicada deve ser adimplida com o patrimônio deixado pelo ímprobo, o que revela-se consentâneo com o princípio de que o patrimônio do devedor responde por suas dívidas (arts. 391 e 942 do CC de 2002 e art. 1.518 do CC de 1916); e) a sanção aplicada não recairá sobre a pessoa do herdeiro, e sim sobre o patrimônio deixado pelo *de cuius*; f) o art. 8º da Lei nº 8.429/92 é expresso no sentido de que os sucessores do ímprobo estão sujeitos às cominações da Lei até o limite do valor da herança, o que também denota que somente são transmitidas aquelas de natureza patrimonial; g) guarda grande similitude com a espécie o tratamento legal e doutrinário dispensado às penalidades pecuniárias resultantes do descumprimento da legislação tributária, que também têm natureza sancionatória e às quais é reconhecida a natureza da obrigação tributária principal (ver art. 113, § 1º, do CTN), sendo transmissíveis aos sucessores do *de cuius* (ver art. 132, II, do CTN, que é integrado pelo art. 129, também do CTN), e h) no âmbito da legislação civil, as cláusulas penais (ver arts. 408 *usque* 416 do Código Civil de 1916 e arts 912 *usque* 927 do Código Civil de 1916), verdadeiras penalidades aplicadas ao contratante que deixar de cumprir, ou apenas retardar, a obrigação que assumira, são indubitavelmente transmissíveis aos seus herdeiros (O CC de 2002 dispõe, em seu art. 943, que o direito de exigir a reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança).

No que concerne às demais sanções cominadas no art. 12 – perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais – que atingem a própria pessoa do ímprobo, não serão elas passíveis de transmissão aos sucessores, o que deflui da própria sistemática legal e constitucional<sup>19</sup>.

O mesmo autor vai um pouco mais adiante, esclarecendo aspecto processual que se entende também plenamente aplicável à questão das multas do TCU:

Ante a natureza jurídica das sanções pecuniárias, ainda que o ímprobo tenha falecido, será possível a instauração de relação processual para a perquirição dos ilícitos praticados e eventual aplicação das sanções, sendo o pólo passivo composto pelo espólio ou pelos sucessores do ímprobo<sup>20</sup>.

Ou seja, quanto às multas do TCU, mesmo na eventualidade de o gestor ou responsável haverem falecido anteriormente à audiência, entende-se que a situação não é diferente daquela referente a eventual ressarcimento de danos. O fato gerador para a multa, dado seu caráter obrigacional, assim como no outro instituto, foi a infração administrativa, esta ocorrida quando ainda vivo o agente. Assim, não se vislumbra problema algum, também no caso da multa, para que a relação processual seja instaurada com a audiência do espólio ou dos sucessores do gestor ou responsável.

Cabe, aliás, mencionar, para aqueles que insistirem no entendimento de que a exceção prevista no inc. XLV do art. 5º da CF/88 encamparia somente o perdimento de bens, não se podendo aí considerar compreendida a multa, a visão de Cesare Beccaria, cuja influência no Direito Penal Brasileiro contemporâneo é inegável, acerca da pena de perda de bens. Para o ilustre reformador, tal sanção somente perderia, em gravidade, para a pena de morte física, sendo, inclusive, considerada mais agressiva que a por ele denominada de morte civil, ou seja, o banimento:

A perda dos bens é uma pena maior que a do banimento [...] Os confiscos colocam a prêmio a cabeça dos fracos, fazem recair as penas dos culpados sobre os inocentes, deixando-os na desesperada necessidade de cometer os delitos. Que espetáculo mais triste o de uma família arrastada à infâmia e à miséria pelos delitos de seu chefe, cujos atos, em virtude da submissão imposta pelas leis, ela não poderia impedir ainda que lhe fosse possível<sup>21</sup>.

Ora, se o quadro constitucional vigente previu a transmissão de penalidade mais grave, por que não entender também possível a da multa? Quem pode o mais, pode o menos. Assim, por que não adotar a interpretação de considerar a referência ao perdimento de bens como categoria que compreende, igualmente, a multa?

### 3.4 As penas de multa por infrações de trânsito

O Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97), em seu art. 161, estabelece que aquele que cometer infração de trânsito estará sujeito “às **penalidades** e medidas administrativas” [sem grifo no original] nele previstas.

459

Arnaldo Rizzardo, em seus comentários ao CTB, sintetiza com maestria quais as penalidades previstas naquele Código:

Eis as penalidades: advertência por escrito, **multa**, suspensão do direito de dirigir, apreensão do veículo, cassação da Carteira Nacional de Habilitação, cassação da Permissão para Dirigir; e frequência obrigatória em curso de reciclagem<sup>22</sup> [sem grifo no original].

Verifique-se que, também nesse caso, há sanções de caráter pessoal, como a suspensão do direito de dirigir ou da CNH, cassação da Permissão para Dirigir e frequência obrigatória em curso. Por outro lado, há, no dispositivo, penalidades de cunho nitidamente patrimonial, como a multa e a apreensão do veículo.

Há que se ter em mente, ainda, que o art. 128 do CTB dispõe que:

Art. 128. Não será expedido novo Certificado de Registro de Veículo enquanto houver débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

De pronto, no entanto, ainda que reconhecendo os benefícios trazidos pelo novo Código de Trânsito, há que se destacar a impropriedade do referido art. 128, ao praticamente transformar em obrigação *prompter rem*, ou seja, aquela decorrente da mera propriedade da coisa, as multas de trânsito, cujo fato gerador é eminentemente pessoal, já que decorrem da prática de um ato infracional.

Mesmo assim, é interessante verificar como não se encontra na doutrina e na jurisprudência quem se aventure a argumentar que as multas de trânsito não se transmitiriam ao herdeiro do veículo. Quando muito, encontram-se artigos e julgados que questionam a oposição, aos adquirentes de veículos, das multas aplicadas aos antigos proprietários como condição para o licenciamento. Não se afirma, no entanto, que elas não poderão ser deles cobradas por outros meios, tais como a regular cobrança judicial<sup>23</sup>.

### 3.5 As sanções tributárias

Nos termos do art. 113 do Código Tributário Nacional, constituem obrigações tributárias tanto o tributo quanto a penalidade pecuniária aplicada em função de sua não observância.

Por sua vez, o art. 131 do CTN dispõe que:

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

[...]

II - o sucessor a qualquer título e o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão, do legado ou da meação;

III - o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

Tal dispositivo deve, ainda, ser lido em conjunto com o que estabelece o art. 129 daquele Código:

Art. 129. O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

Assim, a penalidade tributária de multa, cujo fato gerador é um ato jurídico, consistente no descumprimento da obrigação principal de pagar o tributo, transmite-se aos sucessores, encontrando como única limitação a força da herança. E, conforme consignado por Aliomar Baleeiro, "o CTN adere à teoria que reconhece ao lançamento o caráter meramente declaratório da obrigação tributária nascida do fato gerador. Este é o ato constitutivo"<sup>24</sup>.

Pode-se verificar, inclusive, o fato de que, na concepção do saudoso tributarista, a transmissão da responsabilidade tributária aos sucessores não constituiria penalidade e, portanto, seria válida:

Bem se vê que a responsabilidade por sucessão não configura sanção jurídica. O fato jurídico que desencadeia a responsabilidade é a sucessão, fato lícito, não se revestindo, portanto, a consequência da norma secundária de caráter sancionatório. Por tal razão, ela se estende a todas as obrigações nascidas anteriormente à data da sucessão, ainda que não formalizadas pelo lançamento, e ainda que não tenham sido descumpridas previamente pelo sucedido. Podem ser apenas obrigações surgidas, mas ainda não vencidas ou não exigíveis à data da sucessão<sup>25</sup>.

Uma vez mais retornam, portanto, fundamentos similares aos mencionados quando da análise das sanções da LIA, para o entender-se que, no caso das multas do TCU, haja vista seu motivo ser o ato infracional, não haveria problema algum para sua aplicação em caso de morte superveniente do gestor ou responsável, ainda quando essa se verifique antes da audiência. Primeiramente, o fato gerador já ocorreu. Além disso, o patrimônio do *de cujus* é que deve responder pela penalidade, dado seu caráter obrigacional. Assim, a sanção não atingirá a pessoa dos herdeiros, mas sim a herança a eles transmitida pelo gestor ou responsável falecido.

## CONCLUSÃO

Como dito, possui o TCU competência para, nos termos da Lei nº 8.443/92, aplicar duas variedades de sanções, a saber, as multas pecuniárias, previstas nos arts. 57 e 58, e a decretação de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, estatuído no art. 60. É nítida, aí, a distinção entre as duas categorias de penalidades. Enquanto a inabilitação é de caráter claramente pessoal, o mesmo não se pode dizer em relação às multas, de natureza eminentemente patrimonial.

A aplicabilidade do disposto no art. 5º, inc. XLV, da CF/88 à decretação de inabilitação, haja vista o caráter pessoal desta, de um lado, e a vedação de que a pena ultrapasse a **pessoa** do condenado, de outro, é considerada apropriada. O mesmo, no entanto, não pode ser dito em relação às multas.

O princípio da intransmissibilidade da pena consta de dispositivo nitidamente da esfera penal. Por sua vez, o poder de sancionar atribuído ao TCU nitidamente não pode ser considerado como pertencente à esfera penal *stricto sensu*. E, no que se refere às penalidades de multa, é inapropriado o atual entendimento jurisprudencial de conferir-lhes um “colorido quase penal”, tornando obrigatório que sua aplicação observe as mesmas regras do processo penal. Isso porque os institutos em que se encontram previstas as competências atribuídas ao TCU para aplicar multas têm natureza administrativa, no que tange a seus aspectos cíveis. Seu caráter, portanto, é obrigacional e, assim, atinge o patrimônio do responsável ou gestor, não a sua pessoa. No caso de eventual sucessão, por conseguinte, a penalidade não estará ultrapassando a pessoa do sucessor e recaindo sobre os herdeiros, mas sim impactando a herança e estando sua exigibilidade limitada às forças desta (importante enfatizar, ademais, que o patrimônio, diferentemente do corpo ou da alma, não perece juntamente com seu detentor, haja vista a garantia constitucional do direito de herança).

Aliás, cabe inquirir por que o mesmo patrimônio que, durante a vida do gestor ou responsável responderia pela multa, em caso de inadimplência, deverá deixar de fazê-lo caso sobrevenha a morte do agente se, na verdade, dito conjunto de direitos e obrigações não se extingue juntamente seu detentor.

Embora seja compreensível a preocupação de valorizar o princípio da intransmissibilidade da pena, em especial no Brasil, haja vista nossos antecedentes de colônia, há que se ter cuidado para não transladar para o campo administrativo, onde, de maneira geral, os gestores ou responsáveis contam com certo nível de esclarecimento, benefícios próprios da esfera penal que, em regra, finda por atingir as classes mais numerosas e menos esclarecidas.

Há, ainda, que questionar-se o pressuposto de que, como a sanção teria como único destinatário o responsável, perderia ela toda a sua função com a morte desse.

As punições, sejam penais ou não, destinam-se em proporções praticamente equânimes tanto ao condenado quanto ao corpo social, ou até mesmo um pouco mais para este, dada sua função de exemplo. Não se pode afirmar, portanto, que o fato de a multa eventualmente subsistir após o óbito do responsável não tenha finalidade adequada.

No caso das multas do TCU, haja vista seu motivo ser o ato infracional, não há problema algum para sua aplicação, ou a manutenção de sua validade, em caso de morte superveniente do gestor ou responsável, haja vista que seu fato gerador já ocorreu e o patrimônio do *de cujus* é que deve responder pela penalidade, dado seu caráter obrigacional. Assim, a sanção não atingirá a pessoa dos herdeiros, mas sim a herança a eles transmitida pelo gestor ou responsável falecido.

Fazendo um paralelo com o artigo analisado no início deste estudo, pode-se, portanto, vislumbrar solução diversa para as situações ali indicadas. Caso a multa já haja sido aplicada quando ainda vivo o gestor ou responsável, com ou sem o trânsito em julgado da deliberação correspondente, não há por que sustentar-se entendimento diverso daquele adotado no âmbito do AC-0159-05/05-2, já que o que se transmitirá ao espólio ou aos herdeiros não será uma punição, mas sim uma dívida. A situação, ademais, não é diversa daquelas em que já houve a audiência mas a condenação ainda não ocorreu ou em que a morte do gestor ou responsável precedeu a audiência. De modo similar ao que se entende em relação à obrigação de reparar eventual dano causado, enquanto a motivação da multa é o ato irregular, praticado pelo gestor ou responsável quando ainda vivos e pelo qual, no caso de inadimplência quanto a tal penalidade, deverão responder com seu patrimônio, a responsabilidade do espólio ou dos herdeiros, até o limite do patrimônio herdado, decorre da sucessão, não se revestindo tal transmissão, portanto, de caráter sancionatório. Assim, não se vislumbra problema algum para que, em qualquer desses momentos, a relação processual seja instaurada ou prossiga tendo como pólo passivo o espólio ou os sucessores do gestor ou responsável.

462

Por fim, para os que ainda insistem no entendimento de que a multa não estaria compreendida entre as exceções previstas no inc. XLV do art. 5º da CF/88, é necessário ressaltar que ali se encontra prevista penalidade muito mais grave, a saber, a da perda de bens (bens esses que não necessariamente haverão sido obtidos em prejuízo do patrimônio público – o instituto possui, portanto, nítido caráter de sanção). À luz do princípio de que quem pode o mais, pode o menos, por que não adotar a interpretação de que a referência ao perdimento de bens, na verdade, corresponderia a categoria que compreende, como variante mais branda, a multa?

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi de. **Dos delitos e das penas**. Tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso do gestor falecido. In: **Revista do TCU**, nº 81 (3º Trimestre, 1999). Brasília: TCU, 1999. pp. 17/27.

COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. Improbidade administrativa: aspectos materiais e processuais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 373-374.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v.1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOMES, José Jairo. Apontamentos sobre a improbidade administrativa. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (org.). **Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. pp. 258-259.

LEITE, Paulo Henrique Moura. Multa penal: o lapso prescricional e a legitimidade ativa para a execução após o advento da Lei n. 9.628/96. In: **Revista síntese de direito penal e processual penal**. v.1. n.1. Porto Alegre: Síntese, 2000. pp. 51-59.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Comentários ao código de trânsito brasileiro**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SAIB FILHO, Nagib. As multas de trânsito e o *due process of law*. In: **Revista diálogo jurídico**, obtida via Internet, [www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br), 16/02/2006, 18h54min.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. v.6. São Paulo: Atlas, 2001.

## NOTAS

<sup>1</sup> A ampliação advinda da referência a gestor ou responsável justifica-se pelo fato de a jurisdição do TCU, nos termos do inciso II do art. 71 da CF/88, abranger tanto “os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades mantidas pelo Poder Público Federal” quanto “aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

<sup>2</sup> Ministro-Substituto do Tribunal de Contas da União.

<sup>3</sup> CAVALCANTI, 1999, pp. 17/27.

<sup>4</sup> Nos termos do Regimento Interno do TCU, no que tange à Atividade de Controle Externo as espécies de processo em seu âmbito podem ser assim indicadas: Contas (Tomadas de Contas, Prestações de Contas, Tomadas de Contas Especiais), Pareceres Prévios Sobre as Contas do Governo da República, Solicitações, Solicitações do Congresso Nacional (Pedidos de Informações e Solicitações de Realização de Auditorias e Inspeções), Denúncias, Representações, Relatórios de Fiscalização (Levantamentos, Auditorias, Inspeções, Acompanhamentos, Monitoramentos), Atos Sujeitos a Registro (Admissões e Concessões) e Consultas.

<sup>5</sup> CAVALCANTI, 1999, p. 18.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>9</sup> A esse respeito, vide, em especial, o capítulo “Os recursos para o bom adestramento” de FOUCAULT, 1987, pp. 143-161.

<sup>10</sup> FOUCAULT, 1987, p. 149.

- <sup>11</sup> *Ibid.*, p. 18.
- <sup>12</sup> VENOSA, 2001, p. 20.
- <sup>13</sup> FERREIRA, 1989, p. 160.
- <sup>14</sup> A esse respeito, vide, em especial, o capítulo “Ilegalidade e delinquência” de FOUCAULT, 1987, pp. 215-242.
- <sup>15</sup> Um excelente resumo acerca de tal polêmica e das críticas existentes é apresentado por Paulo Henrique Moura Leite, em seu artigo “Multa penal: o lapso prescricional e a legitimidade ativa para a execução após o advento da Lei n° 9.628/96”, in REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL, 2000, pp. 51-59.
- <sup>16</sup> BECCARIA, 1997, p. 62.
- <sup>17</sup> “XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, **podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido**” [sem grifo no original].
- <sup>18</sup> A esse respeito, vide nota de rodapé n° 544 de GARCIA; ALVES, 2004, p. 255.
- <sup>19</sup> GARCIA; ALVES, 2004, pp. 255-256.
- <sup>20</sup> GARCIA; ALVES, 2004, p. 257.
- <sup>21</sup> BECCARIA, 1997, pp. 87-88.
- <sup>22</sup> RIZZARDO, 2004, p. 478.
- <sup>23</sup> A esse respeito, vide o artigo “As multas de trânsito e o *due process of law*”, de Nagib Saib Filho, in **Revista Diálogo Jurídico**, n° 11, 2002.
- <sup>24</sup> BALEEIRO, 2003, p. 744.
- <sup>25</sup> *Ibid.*, p. 745.



# O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – COMPARAÇÕES COM O PROCESSO CIVIL - INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DO ÓRGÃO PARA O LEVANTAMENTO DE PROVAS EM BUSCA DA VERDADE MATERIAL.

PAULO ANTÔNIO FIÚZA LIMA

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. TÓPICOS (PRINCÍPIOS) DA TEORIA GERAL DO PROCESSO; 2. O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A TEORIA GERAL DO PROCESSO E O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Este artigo aborda as diferenças existentes entre os procedimentos processuais adotados no Tribunal de Contas da União e aqueles a que se submetem os tribunais do Poder Judiciário. Procura mostrar as relações processuais nos dois tipos de tribunais, enfatizando a independência e a autonomia do TCU na busca da verdade material, diferentemente das relações processuais presentes no âmbito do direito civil e penal acolhidas pelo Poder Judiciário, que se constituem por três pilares, quais sejam: autor, réu e juiz, estando este terceiro pilar, o juiz, impossibilitado de agir de ofício, devendo se limitar a deferir ou indeferir os pedidos presentes nos autos pelos outros dois pilares. Será destacada a competência constitucional e legal do TCU no tocante ao levantamento, por sua própria iniciativa, de informações que afetem o mérito dos processos, podendo, assim, ou agravar a situação do responsável ou levar a um julgamento favorável, mesmo perante sua revelia quando da oportunidade de trazer alegações de defesa.

465

Tem como objetivo mostrar a todos os agentes que gerem dinheiro público de origem federal como devem proceder perante o Tribunal de Contas da União quando da necessidade de prestar esclarecimentos a esta Corte. Verifica-se que gestores e advogados desconhecem os procedimentos adotados pelo TCU quando são chamados aos autos, muitas vezes questionando a competência e a legitimidade da Corte de Contas ao exigir que comprovem que os recursos públicos tiveram boa e regular aplicação junto ao objeto a que se destinavam. Questionam, também, as provas juntadas aos processos decorrentes de diligências e de inspeções originadas da vontade do ministro relator. Supõem, estes gestores, que os membros do TCU devam se submeter integralmente ao disposto do Código do Processo Civil, desconhecendo o previsto na Lei nº 8.443/92 e na Constituição Federal.

A metodologia adotada será, inicialmente, a apresentação de tópicos e de princípios da teoria geral do processo que regem as relações processuais entre as partes envolvidas em processos apreciados por órgãos do Poder Judiciário. Posteriormente serão apresentadas as competências constitucionais, legais e regimentais do TCU, enfatizando os poderes a ele delegados e mostrando a possibilidade de sua iniciativa para determinar a instauração de processos, realizar investigações e fiscalizações e promover a produção de provas, independentemente de provocação de terceiros.

Este trabalho se baseia na doutrina, particularmente na Teoria Geral do Processo e no direito administrativo, no Código do Processo Civil, na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, na Constituição Federal e em diversos julgados do TCU.

## 1. TÓPICOS (PRINCÍPIOS) DA TEORIA GERAL DO PROCESSO

A teoria geral do processo é o ramo da doutrina jurídica que, baseada em princípios gerais, baliza e define as relações a e as regras a serem seguidas visando ao desenrolar de todo o processo acolhido, essencialmente, pelo poder judiciário, onde a ordem legal de todos os atos deva ser observada (devido processo legal), que as partes tenham a oportunidade de participar de diálogo com o juiz, apresentado seus argumentos de acusação e de defesa (contraditório), e que o juiz atue de forma adequadamente participativa na busca de elementos que fundamentem sua instrução e a sua decisão.

Nos termos da obra “Teoria Geral do Processo” de Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, mencionada na bibliografia (fls. 51):

“Alguns princípios gerais têm aplicação diversa no campo do processo civil e do processo penal, apresentando, às vezes, feições ambivalentes. Assim, p. ex., vige no sistema processual penal a regra da indisponibilidade, ao passo que na maioria dos ordenamentos processuais civis impera a disponibilidade; a verdade formal prevalece no processo civil, enquanto a verdade real domina o processo penal.”

Tendo em vista o escopo deste artigo, alguns dos princípios gerais merecem ser destacados e mencionados com algumas transcrições da obra acima referenciada:

### Princípio da imparcialidade do juiz

“O juiz coloca-se entre as partes e acima delas: esta é a primeira condição para que possa exercer sua função dentro do processo. A imparcialidade do juiz é pressuposto para que a relação processual se instaure validamente”. No processo civil tem-se, como corolário deste princípio, que o juiz deve eximir-se de agir de ofício ou mesmo de agir sem ser provocado por qualquer das partes que compõe a lide. Se assim o faz, a parte prejudicada da lide se verá no direito de questionar as fases subseqüentes do processo, podendo inclusive, em grau de recurso, requerer a nulidade absoluta do processo, alegando parcialidade do juiz.

### Princípios da disponibilidade e da indisponibilidade

“Chama-se poder dispositivo a liberdade que as pessoas têm de exercer ou não seus direitos. Em direito processual tal poder é configurado de apresentar ou não sua pretensão em juízo, bem como de apresentá-la da maneira que melhor lhe aprouver e renunciar a ela (desistir “da ação”) ou a certas situações processuais. Trata-se do princípio da disponibilidade processual.

Esse poder dispositivo é quase absoluto no processo civil, mercê da natureza do direito material que se visa a atuar. Sofre limitações quando o próprio direito material é de natureza indisponível, por prevalecer o interesse público sobre o privado.

Pela razão inversa, prevalece no processo criminal o princípio da indisponibilidade (ou da obrigatoriedade). O crime é uma lesão irreparável ao interesse coletivo e a pena é realmente reclamada, para a restauração da ordem jurídica violada”.

## Princípio da igualdade

Este princípio, decorrente do *caput* do art. 5º da Constituição Federal, determina que o juiz assegure às partes igualdade de tratamento para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas alegações. Deve-se ressaltar que decorre deste princípio que se deva dar tratamento desigual aos desiguais, **“justamente para que, supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial”**.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:”

## Princípios do contraditório e da ampla defesa

Princípios positivados na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV:

“LV - aos litigantes, em processo **judicial ou administrativo**, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.” (grifei).

“O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das formas (uma representando a tese e a outra a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético”.

“Decorre de tais princípios a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os poderá ele efetivar o contraditório.”

“Tratando-se de direitos disponíveis, não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda que a contrariedade não se efetive. É o caso do réu no processo civil que, citado em pessoa, fica revel (CPC, arts. 319 ss.). Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo-crime, o juiz dar-lhe-á defensor (CPP, arts. 261 e 263) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado.”

## Princípio da ação

“Princípio da ação, ou princípio da demanda, indica a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional. (...). A jurisdição é inerte e, para sua movimentação, exige a provocação do interessado. (...).

Tanto no processo penal quanto no civil a experiência mostra que o juiz que instaura o processo por iniciativa própria acaba ligado psicologicamente à pretensão, colocando-se em posição propensa a julgar favoravelmente a ela. Trata-se do denominado processo inquisitivo, o qual se mostrou sumamente

inconveniente pela constante ausência de imparcialidade do juiz. (...) No processo inquisitivo, onde as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em um único órgão, é o juiz que inicia de ofício o processo, que recolhe as provas e que, a final, profere a decisão”.

Tratando-se de direitos disponíveis, decorre deste princípio a regra pela qual o juiz também não pode tomar providências que superem os limites do pedido.

### Princípio dispositivo e princípio da livre investigação das provas – verdade formal e verdade material.

O princípio dispositivo consiste na regra de que o juiz depende, na instrução da causa, da iniciativa das partes quanto às provas e às alegações em que se fundamentará a decisão. Este princípio, decorrente da necessidade de salvaguardar a imparcialidade do juiz, aplica-se apenas no processo civil que, por tratar de direitos disponíveis, pode satisfazer-se com a verdade formal, limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios. Devido a algumas exceções previstas no CPC (p. ex. nos arts. 130 e 131), o juiz pode e deve assumir a iniciativa das provas, porém esta não é a regra que se aplica no processo civil e sim aquela insculpida nos arts. 128 e 460 do CPC:

“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

No processo penal, porém, por tratar de direitos indisponíveis, a situação se inverte, predominando o sistema da livre investigação de provas, isto porque no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade material como fundamento da sentença. Só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, apenas quando não dispuser de meios para assegurar a verdade real ou material.

### Princípio do duplo grau de jurisdição

Este princípio indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau, garantindo, assim, novo julgamento por parte da jurisdição de segundo grau ou superior. Este princípio baseia-se na hipótese de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso.

## 2. O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - ASPECTOS COMPARATIVOS ENTRE OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A TEORIA GERAL DO PROCESSO E O PROCESSO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO.

A doutrina administrativista e a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal e das Cortes de Contas convergem para o entendimento de que a responsabilidade do gestor público é de natureza subjetiva e que os processos submetidos ao Tribunal de

Contas da União, quando apreciam os atos deste gestor, tratam de direitos indisponíveis. Assim sendo, esses tipos de processos, além de deverem obediência aos princípios já descritos, devem se balizar também pelos princípios basilares do direito administrativo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Desses dois princípios derivam os princípios da oficialidade, o princípio da verdade material e o princípio do formalismo moderado que regem e norteiam os atos processuais praticados pela Corte de Contas.

Por tratar de direitos indisponíveis e, em decorrência do princípio da oficialidade, cabe ao Tribunal de Contas, por meio de seus ministros ou do colegiado, agir de ofício, não permitindo a paralisação do processo pela inércia das partes, promovendo todos os atos necessários ao seu prosseguimento. Já o princípio da verdade material delega ao tribunal administrativo a capacidade de produzir provas a seu critério, independentemente da vontade ou de pedido das partes, porém sempre aceitando a intervenção dos interessados com vista à contestação dos novos elementos obtidos. Estas novas informações trazidas aos autos visam a proporcionar ao relator os dados indispensáveis ao conhecimento dos detalhes do caso concreto em apreciação e ao conseqüente juízo pela apenação ou pela absolvição do responsável.

Considerando que a busca da verdade material coloca em plano secundário os aspectos formais vinculados à produção dos atos processuais, destacando o seu caráter material, impõe-se a submissão ao princípio do formalismo moderado, onde toda informação relevante que conduza à verdade material, e que possa atenuar ou agravar a responsabilidade da parte, mesmo que trazida intempestivamente, pode ser juntada aos autos para ser apreciada tendo em vista o correto encaminhamento do processo.

Diferentemente das relações processuais no âmbito do direito civil e do direito penal acolhidas pelo Poder Judiciário, constituídas por três pilares, quais sejam: autor, réu e juiz, os processos de contas e de fiscalização submetidos ao Tribunal de Contas da União constituem-se de apenas duas partes: o(s) responsável(is) e o juiz. Esta composição processual deriva-se das competências atribuídas ao TCU, discriminadas nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal.

Reza o Parágrafo único do art. 70 da Carta Magna que “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. Este comando evidencia a obrigatoriedade da constituição de processo de contas por iniciativa do ente, pessoa física ou jurídica, que, de alguma forma, tornou-se responsável pela gestão de recursos de origem federal. Deriva também deste parágrafo que não cabe aos órgãos fiscalizadores comprovarem a má aplicação dos recursos com vistas à imputação de responsabilidades contra o mau gestor. Compete sim ao responsável comprovar, por todos os meios estatuídos na legislação, que os recursos públicos foram corretamente utilizados em conformidade com a previsão da lei orçamentária ou nos termos de convênios que autorizaram a sua descentralização e que disciplinaram a sua aplicação. Vê-se, portanto, a não pertinência das figuras convencionais de autor e réu na relação processual em processos de contas.

Outra característica que distingue o processo no Tribunal de Contas daqueles processos regidos pelo código do processo civil ou pelo código do processo penal consubstancia-se na faculdade do tribunal administrativo poder agir de ofício, sem precisar ser provocado por terceiros interessados em causas de direitos disponíveis ou mesmo indisponíveis.

Com a intenção de proporcionar poderes ao TCU para agir independentemente da provocação de terceiros, a Constituição Federal, em seu art. 71, atribuiu à Corte de Contas diversas competências, das quais destaco as seguintes:

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

(....)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

(....)

IV - **realizar, por iniciativa própria**, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, **inspeções e auditorias** de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;(grifei)

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;”

De forma complementar, visando trazer efetividade a essa previsão constitucional, o legislador, ao editar a Lei Orgânica do TCU (Lei. nº 8.443/92) assim se manifestou, em seus arts. 11, 41 e 42:

“Art. 11. O Relator presidirá a instrução do processo, determinando, mediante despacho singular, de ofício ou por provocação do órgão de instrução ou do Ministério Público junto ao Tribunal, o sobrestamento do julgamento, a citação ou a audiência dos responsáveis, ou outras providências consideradas necessárias ao saneamento dos autos, fixando prazo, na forma estabelecida no regimento interno, para o atendimento das diligências, após o que submeterá o feito ao Plenário ou à Câmara respectiva para decisão de mérito. (artigo referente a processos de contas).”

“Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial:

I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no regimento interno:

a) a lei relativa ao plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias, a lei orçamentária anual e a abertura de créditos adicionais;

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta lei;

II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no regimento interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta lei;

III - fiscalizar, na forma estabelecida no regimento interno, as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

IV - fiscalizar, na forma estabelecida no regimento interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

§ 1º As inspeções e auditorias de que trata esta seção serão regulamentadas no regimento interno e realizadas por servidores da Secretaria do Tribunal.

§ 2º O Tribunal comunicará às autoridades competentes dos poderes da União o resultado das inspeções e auditorias que realizar, para as medidas saneadoras das impropriedades e faltas identificadas.”

“Art. 42. Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto.

§ 1º No caso de sonegação, o Tribunal assinará prazo para apresentação dos documentos, informações e esclarecimentos julgados necessários, comunicando o fato ao Ministro de Estado supervisor da área ou à autoridade de nível hierárquico equivalente, para as medidas cabíveis.

§ 2º Vencido o prazo e não cumprida a exigência, o Tribunal aplicará as sanções previstas no inciso IV do art. 68 desta lei.”

Esta faculdade do Tribunal de Contas da União de poder agir de ofício, instaurando o processo de contas ou de fiscalização, produzindo as provas necessárias ao deslinde da questão, imputando responsabilidades e promovendo o julgamento daqueles considerados responsáveis, poderia induzir à tese de que o processo na Corte de Contas configura-se como processo inquisitivo, condenado e afastado pelo princípio da ação.

Caso o processo inquisitivo possuísse como características apenas o monopólio da aplicação das funções de instaurar o processo, de obter as provas, de acusar, de defender e de julgar pelo mesmo órgão, o processo administrativo que se desenrola no Tribunal de Contas da União poderia assim ser considerado. Entretanto, mais do que essas características, o processo inquisitivo caracteriza-se também por ser secreto, não contraditório, por ignorar as regras de igualdade ou da liberdade processuais e por não oferecer garantia alguma ao réu, sequer de apresentar sua defesa.

Afasta ainda o caráter inquisitório do processo no Tribunal de Contas da União a exaustiva aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa por parte daqueles responsáveis que se encontram em alcance, bem como do disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal: **“XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”**, que faz com que o Tribunal de Contas seja

obrigado a conceder todo e qualquer direito de defesa aos acusados, sob pena de ter suas decisões anuladas pelo Poder Judiciário.

A faculdade da Corte de Contas de poder agir por livre iniciativa não exclui a possibilidade de ela ser provocada por terceiros para que atue em causas em que existam indícios de ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; ou de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário; ou mesmo de ameaça a direito subjetivo daquele cujos atos de gestão acarretou a abertura do processo. Esta provocação por terceiros consubstancia-se por meio de denúncias e de representações que, uma vez autuadas, passam a ter o mesmo tratamento dado aos processos de fiscalização. Destaque-se, como particularidade presente nesses tipos de processo, que a pessoa que apresentou a denúncia ou a representação ao Tribunal de Contas da União, em regra, não é considerada parte no processo, não podendo nele atuar, pedir vistas ou mesmo apresentar qualquer tipo de recurso caso o Tribunal, após o julgamento do mérito da questão, decida contrariamente à sua pretensão.

Tal postura processual se deve à definição de partes adotada pelo TCU no art. 144 de seu Regimento Interno:

“Art. 144. São partes no processo o responsável e o interessado.

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

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

Sobre este assunto, reproduzo excerto do pensamento do eminente Ministro Benjamin Zymler, presente às fls. 432 de sua obra “Direito Administrativo e Controle” editado no ano de 2005 pela editora Fórum.

“O exame dos normativos que dispõem sobre a habilitação de terceiros no processo contidos na Lei Orgânica e no Regimento Interno sinalizam no sentido da imposição de maiores restrições do que aquelas impostas para o ingresso de interessados no processo civil. Isto porque demandam a necessidade de demonstração da possibilidade de lesão a direito subjetivo. Isso porque o processo no Tribunal de Contas da União é vocacionado a fazer cumprir o interesse público, cabendo à tutela de interesses privados plano secundário. Dessa forma, não será toda e qualquer pretensão que habilitará a parte a ingressar no processo.”

Recentemente, ao enfrentar esta questão, o TCU, mediante o Acórdão nº 773/2004 – TCU – Plenário (Sessão extraordinária reservada de 16/6/2004), restringiu o ingresso do denunciante no processo ao afirmar que ele não é considerado parte processual, a menos que demonstre estar defendendo seus próprios interesses, e desde que sejam legítimos. Somente nessa hipótese e mediante anuência do relator, aquele que apresentou denúncia ou representação poderá assumir a condição de parte (interessado) e assim atuar no processo.

Dessa forma, o TCU considera como interessado no processo apenas aquele denunciante ou representante que comprova que a situação fática configura lesão a seu direito subjetivo. Como exemplo, pode-se mencionar representação amparada no



§ 1º do art. 113 da Lei 8.666/93, onde quem representa ao TCU sente-se de alguma forma prejudicado pelos atos administrativos de comissão de licitação de órgão ou entidade sob a jurisdição do TCU. Pode-se considerar, também, a situação de denunciante que, classificado em concurso público para preenchimento de cargo efetivo na administração federal deixou de ser nomeado em função da não obediência da ordem de classificação.

No caso dos processos submetidos ao Poder Judiciário, cabe ao juiz se restringir aos fatos apresentados pelo autor, e, com base nas informações presentes nos autos e nas normas aplicáveis à situação, sentenciar de forma a negar ou a reconhecer a procedência do pedido, sem extrapolar ao que foi demandado. Como consequência imediata de sua sentença, tem-se, em regra, que uma das partes se beneficiará em detrimento da outra, que, por sua vez, em se sentindo inconformada, poderá recorrer do julgado tantas vezes quantas a legislação assim o permita.

Temos assim que esse juiz (ou aqueles que atuarem na esfera recursal) deverá agir como árbitro imparcial, movido apenas pelas informações presentes no processo, informações estas trazidas apenas pelas partes ou com o seu consentimento. Consequentemente, resta pouco ou nenhum espaço para que esses árbitros possam agir de forma a aplicar qualquer direito não positivado, mesmo que sua decisão resulte em grande injustiça para a parte sucumbente.

A relação processual praticada no Tribunal de Contas da União, restrita apenas ao responsável e ao juiz, traz à Corte de Contas uma autonomia processual não prevista no Código do Processo Civil ou do Processo Penal. Pode o TCU agir de ofício, sem qualquer provocação de terceiros, e exigir que responsáveis por dinheiros públicos se justifiquem por atos de gestão lesivos ao erário. Ademais, tendo em vista que o que se encontra em suspeição afeta diretamente o interesse público, repiso que não cabe ao acusador (TCU) provar a existência da irregularidade, cabe sim ao responsável comprovar a sua não-existência, trazendo aos autos elementos que demonstrem a correta aplicação dos valores sob sua responsabilidade.

473

Verifica-se, assim, a situação inusitada em que o investigador e acusador também agirá como o juiz da causa, que, se por um lado, pode resultar em julgamento ilegítimo e tendencioso, por outro lado, traz ao TCU a autonomia de levantar informações que mostrem a verdade material que, em muitos casos, prevalece sobre a verdade formal, fazendo com que seus julgados resultem em decisões justas, mesmo que a situação apreciada não esteja estritamente dentro da legalidade, ou, em estando na legalidade, resulte em prejuízos para a sociedade.

Esta flexibilidade em julgar, se fortalece pela ausência da terceira parte, em geral, antagonica, da relação processual. Caso o julgado do TCU venha a absolver o responsável por considerar que sua conduta irregular e não amparada na legislação trouxe benefícios à sociedade, sem que restasse configurado o desvio de recursos ou prejuízos ao erário, não existirá parte prejudicada e legitimada com interesse de recorrer. No caso contrário, quando o TCU condena alguém que, mesmo agindo dentro da legalidade, colocou em risco ou mesmo dilapidou o patrimônio público, resta a este responsável apelar para a esfera recursal que chega a se estender até ao Supremo Tribunal Federal.

Com o intuito de exemplificar esta tese, trago à colação o caso enfrentado no TC 003.787/2002-0 que trata de Tomada de Contas Especial instaurada pelo Fundo Nacional de Saúde - FNS, em decorrência de irregularidades verificadas na aplicação dos recursos financeiros concernentes ao Convênio nº 559/94, firmado entre o Ministério da Saúde e o Hospital Imaculada Conceição, no município de Conceição do Mato Dentro – MG,

em 11/08/1994, no valor de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), tendo como objeto o custeio e a manutenção do Hospital Imaculada Conceição, visando a fortalecer a capacidade técnico-operacional e o desenvolvimento do Sistema Único de Saúde - SUS.

Sabe-se que a legislação que rege a matéria (atualmente a Instrução Normativa STN nº 01/97) exigia e exige que todas as despesas decorrentes da execução do objeto dos convênios sejam realizadas durante e apenas a sua vigência e comprovadas por documentos idôneos. Neste caso concreto, ao examinar a prestação de contas, o Ministério da Saúde detectou inúmeras impropriedades consistentes em apresentação de notas fiscais fora do prazo de validade, notas fiscais sem data, pagamentos de obrigações assumidas anteriormente à vigência do convênio, pagamentos feitos antes da data de emissão da nota fiscal, recibos sem discriminação de despesas etc.

Instada a se justificar, a responsável informou, basicamente, que as impropriedades referentes à validade de uso das notas fiscais não seriam de responsabilidade do hospital; que, à época da assinatura do convênio, o hospital acumulava uma dívida de aproximadamente R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), ameaçando fechar suas portas, pois a situação se encontrava insustentável o que justificaria os pagamentos de compromissos assumidos anteriormente à vigência do convênio; que grande parte dos fornecedores do hospital são pequenos produtores rurais que fornecem farinha de mandioca, farinha de milho, queijos, doces, ovos, bananas, laranjas, alho, feijão, verduras e legumes e que por lei estariam isentos de fornecer notas fiscais, o que justificaria a apresentação apenas de recibos.

Posteriormente, o Escritório de Representação do Ministério da Saúde no Estado de MG realizou auditoria no hospital onde confirmou a ocorrência das irregularidades anteriormente detectadas na documentação do convênio e concluiu pela não aprovação da prestação de contas, bem como pela devolução da totalidade dos recursos repassados à entidade, devidamente atualizados de acordo com a legislação vigente.

474

Já no âmbito do TCU, a unidade técnica (Secex/MG), após estudo detalhado dos autos, manifestou-se no sentido de que não se deveria cobrar a totalidade dos recursos repassados, uma vez que nem todos os pagamentos/documentos encontravam-se com irregularidades/impropriedades. De igual modo, considerando que os recursos do convênio foram utilizados em benefício do hospital e que não havia indícios de locupletamento da gestora, entendeu a Secex/MG que o responsável pelo pagamento do débito deveria ser o Hospital Imaculada Conceição e não a pessoa física da gestora. Assim, considerando como válida parte da prestação de contas, a unidade técnica propôs a citação da entidade pelo valor histórico de R\$ 92.665,93.

Os responsáveis foram devidamente citados, no entanto, não apresentaram qualquer contestação aos fatos relatados nos autos, nem efetivaram o recolhimento da importância devida. Configurou-se, assim, a revelia dos responsáveis, nos termos do art. 12, inciso IV, § 3º, da Lei nº 8.443/92, dando-se prosseguimento ao processo com a proposta de irregularidade das contas e devolução dos valores não comprovados.

Chegando os autos ao ministro relator, este assim finalizou seu voto:

“(…) mesmo perante este fato (a revelia), decidi considerar o documento enviado ainda em 28 de junho de 1996 à Coordenadoria de Prestação de Contas do Ministério da Saúde.

5. Analisando os autos, verifiquei que a maioria dos saques realizados na conta específica do convênio são de valores abaixo de um mil reais e todos eles

guardam estrita coerência com a relação de pagamentos apresentada, inclusive aqueles pagamentos que se referem a recibos de baixo valor sem a discriminação do serviço prestado. Além do mais, parece-me razoável a alegação de que os pequenos produtores rurais da região tenham dificuldades na emissão de notas fiscais.

6. É de ver também que a maioria das notas fiscais e dos recibos de cobrança bancária comprovam o pagamento de despesas anteriores à assinatura do termo. Nesse caso, entendo que não se caracteriza materialmente o desvio de finalidade ou a inexecução do convênio, vez que as despesas comprovadas são condizentes com o objeto do convênio, quais sejam: pagamentos de medicamentos, de seringas, de alimentos, de filmes de raio-x, de materiais de construção, de tecidos e de produtos de limpeza. Outrossim, seria difícil o hospital continuar a comprar alimentos sem antes pagar por aqueles já fornecidos pelos comerciantes locais

7. Além disso, as outras irregularidades encontradas nos documentos apresentados correspondem a uma parcela menor dos recursos.

8. Considerando estas circunstâncias e a ausência de má-fé, não vejo como penalizar a responsável ou o hospital por terem se utilizado dos recursos do convênio para quitar débitos junto aos poucos fornecedores do município que estavam mantendo o hospital em condições de funcionar, a exemplo de um supermercado em cujas notas fiscais de venda de alimentos deixou expresso “mercadorias fornecidas de janeiro à agosto /94”, embora o convênio fosse de agosto de 1994 e os recursos tenham sido depositados em setembro de 1994.

9. Com vista a avaliar melhor da situação, realizei pesquisa na página do Datasus na internet onde obtive a informação que o município de Conceição do Mato Dentro possui uma população de apenas 18.627 habitantes e um único hospital cadastrado para atendimento dos pacientes do SUS, o Hospital Imaculada Conceição, de modo que, sendo único na região, a manutenção de seu funcionamento revela-se de grande relevância para os munícipes.”

475

Neste exemplo o TCU usou de suas prerrogativas para considerar as circunstâncias do caso concreto, considerando-as como atenuantes, e levantar informações adicionais que levaram à não condenação dos responsáveis. O relator, para formar sua convicção, lastreou-se não apenas nos documentos presentes nos autos como também, sem precisar se justificar, ignorou a revelia da responsável e buscou, por meios próprios, informações adicionais junto ao Datasus que vieram a influenciar no mérito de sua decisão. Tal procedimento, em lide convencional regida pelo Código do Processo Civil, jamais poderia ser adotado sob pena de nulidade do processo requerida pela parte prejudicada, vez que as regras impostas por este código não foram seguidas pelo julgador.

Vemos assim, neste caso concreto, a prevalência da verdade material sobre a verdade formal, onde, em detrimento da legalidade, o TCU decidiu por não condenar o responsável, pois se assim o fizesse estaria trazendo problemas talvez até insanáveis à população do município, que, em suma, seria a maior prejudicada por estar privada de se beneficiar do direito constitucional de ter acesso a tratamento de saúde gratuito.

Em sentido contrário há um sem número de julgados na Corte de Contas em que o processo traz todas as informações em conformidade com os requisitos normativos, demonstrando não haver desvio dos recursos e sendo eles aplicados da forma prevista pela legislação em benefício da população. Ocorre que, por razões diversas, o relator

do processo decide, a seu talante, promover diligências e determina a realização de inspeções. Como fruto das informações obtidas constata-se que as peças que compõem o processo eram inidôneas, como notas fiscais frias, extratos bancários falsificados, licitações inexistentes, objeto da aplicação dos recursos não realizado ou realizado com recursos de origem distinta da prevista nos autos etc.

Configurada esta situação, o Tribunal de Contas abre a oportunidade para que o responsável possa contestar as novas provas levantadas à sua revelia com vistas a oferecer-lhe o direito de apresentar suas alegações de defesa ou razões de justificativa pelas irregularidades constatadas nos autos. Finalmente, passadas todas as etapas processuais previstas na Lei Orgânica do TCU e no seu Regimento Interno, o responsável, não logrando afastar as novas provas nem justificar a irregularidade e ilegalidade de seus atos, defronta com julgamento que resulta em sua condenação a restituir os valores desviados e ao pagamento de multa a ele imposta pela Corte de Contas.

Observe-se que, como corolário desta busca da verdade material, tem-se que o rito processual do Tribunal de Contas da União tende a relevar as questões preliminares, por demais exaltadas por advogados nos processos civis e penais, em benefício das questões prejudiciais, que estão intimamente ligadas ao mérito do caso concreto sob apreciação. Dessa forma, registram-se poucos os casos em que os julgados do TCU são reformados em grau de recurso onde essas questões preliminares são levantadas. As exceções ocorrem quando, por deslize do colegiado, o responsável trazido aos autos consegue demonstrar que seu direito ao contraditório e à ampla defesa não foram plenamente concedidos pela Corte julgadora.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho ilustra as faculdades constitucionais e legais conferidas ao Tribunal de Contas da União e que legitimam os meios adotados para se atingir a verdade material com vistas a serem minimizadas as hipóteses que conduzam a julgamento onde se verifique a ocorrência de injustiças para com os responsáveis sob sua jurisdição.

Evidencia a não aderência a princípios que, no âmbito do processo civil e penal, são considerados como dogmas, porém sem jamais postergar os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, do contraditório e da ampla defesa, destacando as prerrogativas da Corte de Contas de poder agir de ofício, de levantar provas e de promover diligências e fiscalizações sem ser provocado por terceiros.

Demonstra, tomando por pressuposto que as causas enfrentadas pela Corte de Contas tratam de direitos indisponíveis, que as questões prejudiciais trazidas aos autos devem ser priorizadas e analisadas em toda a sua abrangência, tentando, assim, orientar aqueles que porventura vierem a ser considerados como partes (responsável ou interessado) em processo apreciado pelo Tribunal de Contas da União.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 9. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com a nova reforma processual e com as emendas constitucionais ns. 22/99 e 24/99, 4. tiragem. Rio de Janeiro : Forense, 2004. 356 p. ISBN 8530919637.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Tribunal de Contas da União na Constituição da República Federativa do Brasil**: lei orgânica, regimento interno. Secretaria Especial de Editoração e Publicações do Senado Federal: TCU, Secretaria Geral das Sessões, 2003. 201 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. Prefácio do Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal. . 20. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 360 p. ISBN 8574205753

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005 495 p. ISBN 8589148793.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição vigente. Rio de Janeiro : Forense, 2003. 512 p. ISBN 8530911369.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo : Atlas, 2005. 765 p. ISBN 8522439877.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 2004. ISBN 8574203262.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005. 863 p. ISBN 8502050923.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed., atual. / por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros, 2005. 808 p. ISBN 8574206342.



# A EFETIVIDADE DAS CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM FACE DA REAPRECIÇÃO JUDICIAL DE SUAS DECISÕES. O PROBLEMA DO ACÓRDÃO DO TCU COMO TÍTULO EXECUTIVO MERAMENTE EXTRAJUDICIAL

NAGIB CHAUL MARTINEZ

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. O PROBLEMA E A CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA DE SUA POSSÍVEL SUPERAÇÃO; 1.1. A PERSPECTIVA DE UM PLURALISMO JURÍDICO NECESSÁRIO À COMPREENSÃO DO DIREITO NAS SOCIEDADES MODERNAS; 1.2. A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONTROLE EXTERNO; 2. A EXECUÇÃO JUDICIAL DOS ACÓRDÃOS DO TCU; 3. POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO DIREITO POSITIVO PARA CONFERIR MAIOR EFETIVIDADE AOS ACÓRDÃOS CONDENATÓRIOS DE CUNHO PECUNIÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discutir o problema da efetividade dos acórdãos condenatórios do Tribunal de Contas, que impõem o dever de restituir valores públicos desviados ou mal-aplicados.

Partindo do pressuposto de a inefetividade de tais acórdãos residir na sua força executiva meramente extrajudicial, será investigada a possibilidade de aperfeiçoamento do direito positivo no intuito de imprimir qualificação judicial a tais títulos.

Para tanto, será necessária uma investigação preliminar, de cunho sócio-jurídico, no intuito de afastar o dogma da unicidade da jurisdição atribuída ao Poder Judiciário. Também será analisada a existência de possível amparo constitucional para a formulação da proposta que, em nosso entender, pode reverter a situação de precariedade hoje verificada para a recomposição do Erário desfalcado pelos malbaratadores dos recursos públicos.

Vencidas essas preliminares de ordem teórica, será explanada a forma atual com que ocorre a execução judicial dos acórdãos condenatórios do Tribunal de Contas da União e as vicissitudes enfrentadas na via judicial, de modo a ilustrar a necessidade fática de aperfeiçoamento normativo que, ao final, propomos.

É importante assinalar que, embora os dados e exemplos a serem apresentados no presente trabalho recaiam preferencialmente sobre a situação específica do Tribunal de Contas da União, as conclusões a que se chegar podem ser perfeitamente estendidas aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como aos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, por força do princípio da simetria e com base no art. 75 da Constituição Federal.

## 1. O PROBLEMA E A CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA DE SUA POSSÍVEL SUPERAÇÃO

No folclore reproduzido pela mídia, e, por vezes, presente até no inconsciente coletivo dos agentes da própria instituição, é consabido o nome depreciativo com que se referem aos Tribunais de Contas: “tribunal de faz-de-conta”.

Ao menos dois aspectos decorrentes do sistema judiciário brasileiro contribuem para esse preconceito. O primeiro refere-se ao fato de que, embora denominado “tribunal”, o Tribunal de Contas da União não integra o Poder Judiciário que, em regra, ao menos no imaginário popular e no campo de interesse dos perpetradores de desvios de recursos públicos, é a única instituição legitimada a fazer a jurisdição, a dizer o Direito, a, enfim, dar a palavra final sobre o que é “certo”. Ou seja, a decidir em última análise. O segundo aspecto, esse com conseqüências mais nítidas sob a percepção social em torno do assunto, prende-se à questão básica da efetividade das decisões do Tribunal de Contas da União, quando condena o mau-gestor a recompor os cofres públicos dos recursos desviados ou mal aplicados.

No que tange especificamente à efetividade, é índice histórico de recuperação de valores desviados, na fase judicial de cobrança, algo em torno de 0,5% a 1% do montante das condenações impostas pelo TCU (TCU, Relatório das Atividades do TCU – Exercício de 1999, p. 47). Convenhamos, isso é irrisório. O problema reside, em grande parte, no dogma da inafastabilidade da reapreciação judicial das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas. Os maus gestores e os flagrantemente desviadores de recursos públicos, com a anuência do sistema e da percepção equivocada dos juristas, se socorrem de um recorte isolado e de uma interpretação nada sistemática do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, com o fito de se esquivarem das condenações impostas pelo Tribunal de Contas: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Constituição da República Federativa do Brasil, 2005).

De fato, os tribunais de contas não detêm competência para executar suas próprias decisões e usar da força do Estado para subtrair do patrimônio dos responsáveis condenados os valores públicos desviados. Isso compete ao Poder Judiciário. No entanto, o que ocorre é que os acórdãos condenatórios dos tribunais de contas têm mera força de título executivo extrajudicial, o que, a nosso ver, é uma impropriedade e um contra-senso com o regime constitucional vigente. Em sendo título executivo extrajudicial, na fase da execução judicial, qualquer matéria pode ser alegada pelo devedor contra o título apresentado (o acórdão do Tribunal de Contas), inclusive a possibilidade, várias vezes admitida pelos juízes, de rediscutir toda a matéria que ensejou o título, a teor dos exatos termos do art. 745 do CPC: “Quando a execução se fundar em título extrajudicial, o devedor poderá alegar, em embargos, além das matérias previstas no art. 741, **qualquer outra que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.**” (Grifo nosso).

Tal sistemática acarreta dois malefícios de cunho social. De um lado, por espriar o sentimento de impunidade por parte dos maus gestores públicos, o que incentiva a corrupção; e, de outro, ao imprimir o mesmo sentimento de impunidade na sociedade, faz todo o sistema cair em descrédito. É necessário, portanto, alterar essa situação, modificando a legislação infra-constitucional – e talvez a própria Constituição – para imprimir eficácia de título executivo judicial aos acórdãos condenatórios do Tribunal de Contas. Para tanto, é necessário superar os pseudo-limites de uma pretensa inafastabilidade de reapreciação judicial das decisões desses tribunais.

Os pressupostos teóricos dessa tarefa podem ser buscados num novo paradigma de legitimação de outras manifestações normativas (aí incluindo a possibilidade de dizer a lei do caso concreto, como acontece nas decisões de tribunais de qualquer natureza, solucionando conflitos), para além da reserva exclusiva do Poder Judiciário. Para tanto, tam-se a noção moderna de um novo pluralismo jurídico, noção cujos contornos teóricos apresentamos na parte seguinte deste trabalho. Deve também ser buscada na Constituição Federal a interpretação que garanta a maior efetividade possível à restauração do erário



lesado, legitimando a força executiva dos acórdãos condenatórios de cunho pecuniário do Tribunal de Contas, de modo a conferir-lhes eficácia de título executivo judicial, partindo, para tanto, da adequada compreensão da jurisdição constitucional do TCU, o que também é feito com maior detalhamento, em seqüência.

### 1.1 A perspectiva de um pluralismo jurídico necessário à compreensão do direito nas sociedades modernas

O Direito que emergiu com a moderna sociedade burguesa-capitalista, caracterizado pelo monismo jurídico, tornou-se instrumento de coerção legitimada por um poder soberano centralizado. Tem como elementos específicos: 1) somente o sistema legal posto pelos órgãos estatais deve ser considerado Direito positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado; 2) o princípio da unicidade, que, contrariamente à ordem jurídica feudal, pluralista e apoiada nos costumes, constitui um sistema único de normas jurídicas integradas; 3) todo Direito se reduz a um Direito Positivo (positividade); 4) o entendimento de como a racionalidade deve ser o “fio condutor” da civilização e da organização da vida da civilização ocidental. (WOLKMER, 1994, Cap. 1).

Como crítica a esse modelo, segundo o autor, o pluralismo jurídico defende, em seus pressupostos, que nenhum saber é totalmente absoluto, uniforme e inesgotável, e que nenhum modelo de “verdade” perpassa, de modo permanente e contínuo, a todas as necessidades, incertezas e aspirações humanas. A crítica assim formulada pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal inspirada no monismo, na tentativa de propor um projeto de juridicidade alternativa.

Essa crítica procura reconhecer que a sociedade é um fenômeno muito mais complexo do que a idéia que pretende reduzir a sociedade ao Estado e o Estado ao Direito. E, em determinada fase, o pensamento monista chega a reduzir o próprio Direito ao Direito Positivo, consagrando-se a interpretação de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito. Em sua última fase, o monismo proposto por Kelsen descarta o dualismo Estado-Direito, de tal modo que o Direito é o Estado e o Estado é o Direito Positivo. Nessa perspectiva, o Estado é identificado com a ordem jurídica, ou seja, o Estado encarna o próprio Direito em determinado nível de ordenação, constituindo um todo único. Esse posicionamento, alertavam os críticos ao modelo monista, justificaria o que a história presenciou logo em seguida, na forma dos Estados Totalitários comandados pelo nazismo e pelo fascismo, na medida em que a própria sociedade era absorvida pelo Estado e esse se confundia com o Direito-Positivo. A racionalidade positivista por detrás dessa lógica e sua inserção numa cultura de massas automatizava o pensamento do povo, alienava e manipulava esse povo, fazendo com que a consciência fosse substituída por um conformismo, na medida em que a ordem estabelecida pretendia ser única e verdadeira. O Direito, enquanto explicado por uma dogmática normativa procura excluir de sua dinâmica uma interação com o social, o econômico, o político e o filosófico. (WOLKMER, 1994, Cap. 1).

No entanto, importa perceber a existência de um novo pluralismo entendido não como múltiplas fontes de produção de normas, e sim identificado com a existência de uma ampla gama de manifestações de ordem institucional, oriunda de grupos e de movimentos sociais, com uma multiplicidade de possibilidades de resolução de conflitos, dentro e fora do direito estatal. (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 371-375).

Prosseguem os autores afirmando que o paradigma monista experimenta seu esgotamento e a crise do sistema capitalista burguês no final da década de 30 do século

XX desencadeia um desajustamento entre as estruturas sócio-econômicas e as instituições jurídico-políticas. Esse paradigma de legalidade deixa de dar respostas às necessidades humanas fundamentais e não consegue mais solucionar os conflitos sociais emergentes de sociedades específicas nos fins do século XX, na medida em que estas sociedades estão fora do contexto do capitalismo das sociedades européias. (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 376-377).

Contrapondo-se a esse paradigma, o pluralismo jurídico afirma que o Direito não é somente o Direito Positivo e que também é possível haver Direito sem Estado, e, mais ainda, seria cabível haver Direito Positivo sem Estado. Há que se reconhecer as múltiplas manifestações sociais de exteriorização normativa, representadas pelos corpos sociais autônomos, tais como sindicatos, assembléias, corporações, comunas, associações profissionais, além de outros grupos sociais de diversas espécies. O sistema monista não consegue mais atender ao universo complexo dos sistemas organizacionais e dos novos sujeitos sociais advindos de novas formas de produção do capital, de radicais contradições sociais e da crise cultural de diversos setores das ciências sociais, que não mais conseguem tratar a totalidade da situação do homem enquanto ser múltiplo e complexo. (ARNAUD; DULCE, 2000, p. 377-379).

Aliás, a nosso ver, a característica de um sistema monista de jurisdição seria, no limite, o contraponto à própria noção fulcral de democracia, cujo pressuposto é a repartição do exercício do Poder (ou das funções estatais). Tal sistema tenderia, inversamente à concepção democrática, a concentrar um plexo quase inesgotável de atribuições e a ter uma fonte única de legitimação para aplicar as leis. Esse modelo é precedido, e tem sua base política, da qual é reflexo, em um modelo político ultrapassado de cunho absolutista que se estabeleceu nos primórdios do Estado Moderno, mas que não encontra ressonância na sociedade contemporânea.

Simone Goyadr-Fabre (1999, p. 436-437), com muita propriedade, esclarece a falência do direito político moderno, acenando às possibilidades filosóficas e históricas que poderão engendrar a superação da crise que o abala, nos termos de uma necessária adaptação do Direito à pluralidade da sociedade contemporânea:

A passagem da crítica do direito político moderno para a crise na qual ele se teria atualmente afundado leva ao que se pôde acertadamente denominar 'o contradiscurso filosófico da modernidade'. Sublinhamos o acordo perturbador estabelecido na filosofia de nosso tempo para incriminar a aridez e denunciar os impasses do racionalismo que foi o cadinho do humanismo jurídico-político moderno. Portanto, não é de surpreender que assistamos à cisão do direito estatal. Não só seus princípios são novamente contestados mas o direito político, ao se ampliar para a dimensão da Europa e do mundo, adquire outro perfil. Vivemos atualmente a metamorfose do direito.

A crise generalizada experimentada no século XX é também experimentada pela ordem jurídica vigente, inapta para dar respostas eficazes a uma desordem real em termos sociais. Ou seja, o sistema jurídico vigente começa a ter dificuldade em manifestar sua vontade, não garantindo mais a "certeza" e a "segurança" das relações humanas.

Assim, torna-se necessária a adoção de um novo paradigma, possivelmente pluralista, dado que o positivismo jurídico dogmático, ao permanecer rigorosamente preso à legalidade formal escrita e ao monopólio da produção normativa estatal, afasta-se progressivamente das práticas sociais cotidianas, desconsiderando a pluralidade de novos conflitos coletivos de massas. Além disso, despreza as emergentes

manifestações extralegislativas, revelando-se desajustado às novas e flexíveis formas do sistema produtivo representado pelo capitalismo avançado. De igual sorte, dedica pouca atenção às contradições das sociedades liberal-burquesas, sendo omissa às mais recentes investigações interdisciplinares (WOLKMER, 1994, Cap. 1).

O novo paradigma que se delinea, na tentativa de buscar um novo referencial para o Direito, deve assumir uma perspectiva que transcende os limites normativos da dogmática, procurando captar os antagonismos sociais e conferindo dinamismo e flexibilidade aos mecanismos jurídicos legais e extralegais, estatais e extra-estatais. São exemplos dessas manifestações os novos mecanismos de auto-regulação dos conflitos, mediante arbitragem e negociações informais.

Vai se assentando, desse modo, a tendência de um novo pluralismo jurídico que privilegie a participação direta dos sujeitos sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade, reconhecendo ser o Direito um fenômeno resultante de relações sociais, objetivando a instauração de uma outra legalidade a partir da multiplicidade de fontes normativas não necessariamente estatais, mas oriundas da Sociedade, vista como uma estrutura descentralizada, plural e participativa.

A proposta por nós defendida não parte do pressuposto de que se deve buscar alternativas em fontes externas ao direito posto. Ao contrário, procura, respaldada no pensamento de Marcos Augusto Maliska, integrar um todo jurídico e sistemático, porquanto o pluralismo jurídico não está contraposto ao Direito oficial (MALISKA, 2000, p. 127).

Ao pluralismo do exercício político do Poder deve corresponder à atuação especializada das diversas instituições públicas que, efetivamente, concretizam em ação o exercício desse Poder. Nesse campo, legítimo se torna – sob a perspectiva de um pluralismo de expressões do poder estatal – o julgamento dos tribunais de contas e sua reserva jurisdicional oponível à reforma na esfera judicial.

Adotamos a postura de reivindicar maior autonomia às decisões condenatórias do Tribunal de Contas no intuito de constituir, ao lado das decisões emanadas dos tribunais judiciários, um pluralismo legítimo de decisões em esferas específicas de atribuições e de área de domínio do conhecimento jurídico-positivo, de modo a conferir maior efetividade às deliberações desse tribunal específico e especializado.

## 1.2 A jurisdição constitucional do Controle Externo

É do TCU a competência para julgar os atos dos gestores públicos (ordenadores de despesas) que dão causa a prejuízos ao Erário, bem como para impor sanções pela má utilização dos recursos federais. Uma simples leitura dos artigos 70, *caput*, e art. 71, II, VI e VIII, da Constituição Federal, encerra a questão:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

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

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público Federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio, ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

.....

VI – fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

Sendo assim, aqueles que tiverem recebido, administrado, arrecadado e despendido recursos públicos federais respondem por seus atos de gestão perante o Tribunal de Contas da União, enquanto responsáveis por dinheiros públicos oriundos da União.

Entretanto, entende o Supremo Tribunal Federal que os atos desta Corte de Contas sujeitam-se ao controle jurisdicional nos casos de ocorrência de irregularidade formal grave ou manifesta ilegalidade, em obediência ao princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, hipóteses em que a natureza da decisão do Poder Judiciário é rescindente, mas não substitutiva, porquanto a Constituição Federal reservou somente ao TCU o julgamento das contas em comento.

484

Este entendimento encontra guarida na jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, consoante se extrai das ementas a seguir transcritas:

Mandado de Segurança. Legitimidade ativa de pessoa jurídica, mesmo de direito público, superada pela praxe posterior, a interpretação restritiva de alguns acórdãos (R.F. 140/275, R.T. 295/108, R.D.A. 70/302, 72/273). Recurso Extraordinário. Terceiro prejudicado. Litisconsórcio necessário. Admissibilidade. RE 12.816 (1946), RE 14.747 (1949), RE 41.754 (1959), AG. 31.737 (1964). Tribunal de Contas. Julgamento das contas de responsáveis por haveres públicos. Competência exclusiva, salvo nulidade por irregularidade formal grave (MS 6.960, 1959), ou manifesta ilegalidade (MS 7.280, 1960). Reforma do julgado anulatório de decisão dessa natureza, em que se apontavam irregularidades veniais. Ressalva das vias ordinárias." (STF: RE 55821/PR, DJ 24/11/1967, p. 3949).

Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta. Mandado de Segurança não conhecido." (STF: MS 7280, ADJ 17/9/1962, p. 460).

É de se notar, conforme visto, que, tendo por base os acórdãos condenatórios do TCU, não existiriam, para os casos executados na via judicial, condições constitucionais para que o Poder Judiciário viesse a desconstituir a decisão da Corte de Contas. Tal entendimento tem por base o fato de que, verificadas as ocorrências normativas que

ensejam a condenação por parte do TCU, não há possibilidade jurídica de reforma de sua decisão por parte do Poder Judiciário.

No campo doutrinário, também são encontradas manifestações no mesmo sentido, tais como as que destacamos a seguir.

Cabe, primeiramente, apresentar a opinião do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Athos Gusmão Carneiro, que, ao tratar dos dois casos de Jurisdição anômala admitidos pela Constituição, esclareceu:

As atribuições do Tribunal de Contas são de natureza administrativa. Entretanto, quando ‘julga’ as contas ‘dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos’, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta; o julgado do Tribunal de Contas constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime (José Cretella Júnior, Tribunal de Contas, Dicionário, cit., Seabra Fagundes, O Controle, cit., n. 62). Da mesma forma, tal julgado impõe-se na ação de ressarcimento promovida contra o responsável pelo alcance. (CARNEIRO, 1989, p. 14).

Bastante elucidativa sobre o assunto a lição de Seabra Fagundes quando comenta o texto da Constituição de 1946 que se reproduz na atual Constituição Federal, deixando assente que:

Não obstante [o Tribunal de Contas não integrar o Poder Judiciário], o art. 71, § 4º, lhe comete o julgamento da regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis por bens ou dinheiros públicos, o que implica em investilo no parcial exercício da função judicante. Não bem pelo emprego da palavra ‘julgamento’, mas sim pelo sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo. Sob esse aspecto restrito (o criminal fica à Justiça da União) a Corte de Contas decide conclusivamente. Os órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo. (FAGUNDES, 1990, p. 142).

Pontes de Miranda (1960, p. 95) também em obra referente à Constituição de 1946, ensina que:

A função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*.

Castro Nunes (1943, p. 23), por sua vez, leciona que:

As decisões proferidas na jurisdição constitucional de contas, que têm naquele Tribunal o seu órgão privativo, condicionam a instauração da ação penal e não podem ser revistas, quer no juízo penal, quer no juízo cível da execução.

Eduardo Gualazzi (1992, p. 200) assim se manifesta a respeito do assunto:

É mister realçar-se, porém, que as decisões do Tribunal de Contas (...) não admitem revisão exclusivamente no tocante às competências constitucionais

e legais, privativas, do Tribunal de Contas, ou seja, em matérias de fato e/ou jurídicas cuja apuração objetiva remanesça reservada ao Tribunal de Contas.

Além dessas manifestações doutrinárias de caráter pontual, o autor que mais sistematicamente debate o tema da jurisdição dos tribunais de contas e sua oponibilidade à revisão judicial é Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em sua obra “Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência.”, na qual procura verificar se as decisões dos tribunais de contas podem ter eficácia de coisa julgada. Aduz, nesse sentido, que:

O exame feito pelos Tribunais de Contas representa uma poderosa e ampla ação de controle sobre os atos da administração, que já estão jungidos ao controle interno da própria administração. Permitir uma ampla revisibilidade pelo Poder Judiciário, no mínimo, concederia, em termos lógicos, um espaço tão intenso ao controle judicial que inviabilizaria a própria ação administrativa. (FERNANDES, 2003, p. 164).

Prosseguindo em seu esforço doutrinário, o autor assevera que, ao julgar contas, a atuação dos tribunais de contas em tudo corresponde a um julgamento de natureza judicial, concluindo que os acórdãos resultantes resultam em uma deliberação condenatória que tem força de título executivo, *ex vi* do art. 71, § 3º, da Constituição Federal, cujo questionamento não deveria prosperar na via judicial. Em apoio ao seu raciocínio, traça um paralelo entre o processo de julgamento de contas nas cortes especializadas na matéria e o processo judicial, demonstrando que em ambos são observadas todas as garantias constitucionais inerentes à ampla defesa e ao contraditório, inclusive com os recursos cabíveis em caso de inconformismo do responsável com o julgamento inicial.

486

No entanto, embora seja cristalina, no texto constitucional, a validade dos acórdãos do Tribunal de Contas como título executivo, não é discutida na obra acima comentada a possibilidade de se conferir eficácia de título executivo judicial a esses acórdãos, tal como é a proposta deste trabalho.

A argumentação do autor referido limita-se à busca de estratégias de defesa e de argumentação a serem manejadas na via judicial em defesa do julgamento dos tribunais de contas, por ocasião da demanda instaurada pelo responsável que se julga prejudicado.

A solução que defendemos para minimizar o problema consiste em apresentar a possibilidade de alteração legislativa, ou mesmo constitucional, de modo a inviabilizar a ampla e indevida gama de matéria que o executado pode alegar em uma execução por quantia certa baseada em acórdão condenatório lavrado pelo Tribunal de Contas. Esse aspecto, que toca na possível solução do problema, terá por amparo os dois pilares fundamentais lançados neste item do artigo: primeiro, a compreensão da multiplicidade das formas de expressão da jurisdição, amparada nas bases teóricas de uma nova concepção pluralista do direito; segundo, as bases constitucionais brasileiras que definem a competência e as atribuições das cortes de contas.

Antes, contudo, é necessária uma melhor compreensão do problema, o que buscamos delinear no próximo item.

## 2. A EXECUÇÃO JUDICIAL DOS ACÓRDÃOS DO TCU

A situação normativa atual e o entendimento equivocado de juízes de primeira instância acerca da “qualidade” dos títulos executivos representados pelos acórdãos dos

tribunais de contas nos levam a uma perplexidade semelhante à enfrentada por Joseph K., personagem da obra “O Processo”, de Franz Kafka. Na história, Joseph K. se vê enredado por meandros absurdos, angustiantes e incompreensíveis de um processo judicial que o leva à prisão e à morte, sem que pudesse, em momento algum, compreender-lhe a razão, os motivos ou os fundamentos (KAFKA, 2000).

Permitida a analogia, o mesmo ocorre com o Erário, ou seja, com os cofres públicos, que, no caso, pode muito bem assumir a posição de “personagem” neste artigo. Primeiro, ocorre o desvio, o desfalque ou a malversação dos recursos públicos. Num esforço investigatório, a administração identifica o responsável, apura o montante do valor desviado, constitui um processo de tomada de contas especial e o encaminha para julgamento do Tribunal de Contas. Nesse tribunal, o responsável é chamado ao processo para se defender. Produz provas; contra-argumenta as análises técnicas; sustenta oralmente; acompanha todo o processo, podendo constituir advogado; embarga de declaração; recorre uma primeira vez (recurso de reconsideração); recorre uma segunda vez (recurso de revisão); tudo em conformidade com a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443, de 1992) e com o seu Regimento Interno (TCU, 2001).

Após ser condenado em definitivo, esgotadas todas as regulares fases processuais e todas as possibilidades recursais, o acórdão resultante, que é título executivo líquido e certo, expressando quantia certa a ser ressarcida ao Erário, é encaminhado, conforme o caso, à Advocacia Geral da União ou à entidade pública dotada de personalidade jurídica própria à qual o título executivo aproveita (autarquia, fundação, empresa pública, sociedade de economia mista), para que seja promovida a execução judicial do acórdão.

Depois de toda essa fase, vinda desde o desvio do dinheiro, a qual pode durar vários anos, nosso personagem, o Erário queda-se perplexo porque toda a matéria, anteriormente discutida no fórum constitucionalmente fixado para o julgamento das contas – o tribunal de contas –, vem a ser, novamente, questionada pelo responsável, como se num moto contínuo, perante o Poder Judiciário, junto ao juízo de primeiro grau onde é conduzido o processo de execução. Isso porque o julgador judicial, numa incompreensão dos pressupostos teóricos de uma lógica jurídica que sinaliza com a possibilidade de um pluralismo jurisdicional e das bases constitucionais que asseguram às cortes de contas uma jurisdição própria sobre a matéria, oponível a uma pretensão revisionista totalitária do Poder Judiciário, chama em apoio à sua parca visão o disposto no art. 745 do CPC, que lhe permite alegar qualquer matéria, como se estivesse iniciando um processo original de conhecimento.

Ao fazer isso, o juiz praticamente iguala a “qualidade” do acórdão do tribunal de contas a um mero cheque, comprometendo toda a efetividade da condenação imposta ao responsável pelo desfalque do Erário. Tanto é assim que o índice histórico de recuperação dos valores na esfera judicial, baseada na execução de acórdãos condenatórios do TCU, é de, como dito em parte inicial deste trabalho, de menos de 1% (TCU, Relatório das Atividades do TCU – Exercício de 1999).

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União é chamado a colaborar com incomum frequência com a Advocacia Geral da União em ações de embargos de execução interpostas contra as execuções dos acórdãos condenatórios do Tribunal, nos quais o executado pretende discutir perante o Judiciário toda a matéria já enfrentada por ocasião do julgamento da tomada de contas especial. No ano de 2004 foram 624 auxílios prestados à AGU e, em 2005, 406 (TCU, Memorando nº 367/2005/CONJUR). E esse número pode ser bem maior, considerando-se que nem sempre a AGU recorre ao TCU para articular a defesa quando da oposição dos embargos à execução. Em tese, todos

os processos de cobrança judicial podem ser sujeitos a embargos, sendo que o total de processos dessa espécie montou em 1.461 em 2003 e 1.741 em 2004 (TCU, Relatório de Cobrança Executiva do MP/TCU, 2005).

Considerando que, segundo o relatório citado, num período de 12 meses as condenações do TCU podem resultar em algo em torno de 350 milhões de reais e que esse volume de recursos deixa de retornar aos cofres públicos, entre outros fatores, também por causa da situação comentada, mostra-se relevante a discussão e a tentativa de formulação de soluções, não apenas em razão das incoerências de ordem jurídica já comentadas, mas também em termos práticos, em prol do cidadão-contribuinte, que é, no final, quem substancialmente arca com o prejuízo.

Com efeito, a conduta do Poder Judiciário em desqualificar o acórdão dos tribunais de contas resta patente em um paradigma negativo de julgamento representado pelos seguintes excertos (grifados nos trechos mais significativos) de ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça a qual, diga-se, incorpora em si toda a incompreensão da atividade, competência e jurisdição constitucional dos tribunais de contas, dando azo, ora a que os processos de cobrança judicial continuem a comprometer toda a efetividade das condenações dos tribunais de contas, ora a que o Erário decaia no mesmo mundo absurdo do **Processo** kafkiano:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDICAÇÃO DE PRÁTICA DE IRREGULARIDADES ADMINISTRATIVAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. JULGAMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA. VINCULAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. EXCLUSÃO DE APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DO PEDIDO.

1. Recurso especial interposto contra v. Acórdão que apreciou agravo de instrumento advindo de Ação Civil Pública intentada em face de enriquecimento ilícito de ocupantes de cargos públicos pertencentes ao TRT de Alagoas, no exercício de seus misteres.

(...)

4. O fato de o Tribunal de Contas da União ter aprovado as contas dos recorrentes não inibe a atuação do Poder Judiciário, visto que não se trata de rejuízo pela Justiça Comum, porque o Tribunal de Contas é Órgão Administrativo e não judicante, e sua denominação de Tribunal e a expressão julgar, ambas são equívocas. É o TCU um conselho de contas sem julgá-las, sentenciando a respeito delas. Apura a veracidade delas para dar quitação ao interessado, entendendo-as como prestadas, a promover a condenação criminal e civil dele, em verificando o alcance. Não há julgamento, cuja competência é do Poder Judiciário.

5. A decisão que aprecia as contas dos administradores de valores públicos faz coisa julgada administrativa no sentido de exaurir as instâncias administrativas, não sendo mais suscetível de revisão naquele âmbito. Não fica, no entanto, excluída de apreciação pelo Poder Judiciário, porquanto nenhuma lesão de direito pode dele ser subtraída.

6. O art. 5º, inciso XXXV da CF/88, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.



7. A apreciação pelo Poder Judiciário de questões que foram objeto de pronunciamento pelo TCU coaduna-se com a garantia constitucional do devido processo legal, porquanto a via judicial é a única capaz de assegurar ao cidadão todas as garantias necessárias a um pronunciamento imparcial.

(...). RESP 472399/AL; RECURSO ESPECIAL 2001/0193562-0. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Data de Julgamento 26/11/2002. Votação: unânime. Data de Publicação: DJ 19.12.2002, P. 351.

Em face de tão equivocado posicionamento da segunda corte judicial mais importante do país, vislumbramos outra opção, que não a da contínua luta contra os moinhos de vento da situação absurda enfrentada pelo Erário, que tenta se recompor, em vão, dos desfalques sofridos pelos malbaratadores de recursos públicos esgrimindo, junto ao Judiciário, argumentos que tentem privilegiar os acórdãos condenatórios do Tribunal de Contas. E essa outra opção é, por acreditarmos haver contexto sócio-político e viabilidade jurídico-constitucional, promover as alterações do direito positivo que possam reverter essa situação indesejável. Desse ponto trataremos no próximo item.

### 3. POSSIBILIDADES DE ALTERAÇÃO DO DIREITO POSITIVO PARA CONFERIR MAIOR EFETIVIDADE AOS ACÓRDÃOS CONDENATÓRIOS DE CUNHO PECUNIÁRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

De fato, o contexto sócio-político contemporâneo é propício para a deflagração de processo legislativo tendente a inserir, no direito positivo nacional, norma que confira maior efetividade aos títulos executivos representados pelos acórdãos dos tribunais de contas.

O processo de criação das normas jurídicas – como todos os demais fenômenos jurídicos – pode ser entendido no contexto da teoria tridimensional do Direito (REALE, 1994), pela qual se estuda a interação de três aspectos fundamentais: fato, valor e norma.

Aplicando as bases de tal teoria ao processo específico de criação normativa, pode-se compreender que, na produção de leis pelo Parlamento, fato e valor são os elementos do mundo social avaliados pelo legislador para se definir a oportunidade e conveniência de formulação das leis. A inserção dessas leis no ordenamento jurídico busca a regulação do mundo social, de maneira a determinar a ocorrência coativa de determinados fatos valorados como desejáveis pela sociedade e que não estejam se verificando espontaneamente, além de prevenir a ocorrência de outros, considerados indesejáveis.

Sob a luz desse sistema de compreensão jurídica, demonstra-se a necessidade imperativa de edição de norma específica sobre o assunto, seja pela justificada necessidade de alteração de fenômeno que ocorre freqüentemente no mundo fático, a saber, a já explanada fragilidade executiva do acórdão condenatório do Tribunal de Contas, fácil e indevidamente questionado na via judicial, seja pela ofensa que tal fenômeno representa aos valores sociais, corporificados no sentimento de impunidade reinante perante a opinião pública.

Exemplo cabal da ofensa a esse valor é a perplexidade que o absurdo da situação desperta junto à sociedade, ainda mais em momento do país em que proliferam as Comissões Parlamentares de Inquérito destinadas a apurar fraudes, desvios e atos de

corrupção de toda sorte. Reflexo desse sentimento é freqüentemente encontrado na mídia, podendo ser citada reportagem do jornal Correio Braziliense, de 22 de janeiro de 2006, intitulada "Chance mínima de recuperação", justamente discorrendo acerca das probabilidades nulas de retorno, aos cofres públicos, dos recursos federais repassados a convênios fraudulentos. A reportagem, inclusive, faz expressa menção ao irrisório percentual já comentado neste artigo, de menos de 1% de sucesso nas ações de cobrança na via judicial. (Correio Braziliense, 2006, Caderno Política, p. 10).

Paralelamente ao preenchimento dos requisitos fáticos e valorativos para a incorporação de norma específica no direito positivo, também merece ser comentada a plausibilidade jurídico-constitucional dessa futura norma.

Sob o prisma do pluralismo jurídico que embasa a coexistência, no sistema nacional, de outras possibilidades de resolução dos conflitos, afastando o dogma da exclusividade do Poder Judiciário, defendida com tanta veemência na ementa do julgado do STJ já transcrito neste artigo (RESP 472399/AL), podemos citar os casos da justiça desportiva e dos juizados arbitrais.

Por expressa disposição constitucional (art. 217, § 1º) o Poder Judiciário só pode ser acionado em ações relativas à disciplina e às competições esportivas após esgotadas as instâncias da justiça desportiva, organizada pelas próprias corporações desportivas.

Os juizados arbitrais encontram seu arrimo constitucional, tão-somente, no Preâmbulo da Carta Política de 1988, a preconizar a solução pacífica dos conflitos, havendo referência no art. 4º, inciso VII (relações internacionais) e 114, § 1º (relações trabalhistas). Estão regulamentados na Lei nº 9.307, de 1996 e, o mais relevante, a sentença arbitral é considerada, por força de lei, título executivo judicial, estando expressamente inserida no rol do art. 584 do Código de Processo Civil, alterado, nesta parte, por meio da Lei nº 10.358, de 2001.

490

Ora, se as sentenças dos juizados arbitrais que apenas reflexamente encontram pálida menção no texto constitucional detêm qualidade de título executivo judicial, com mais razão ainda devem ser dotados dessa qualidade os acórdãos condenatórios dos tribunais de contas, cuja jurisdição decorre expressamente da própria Constituição, conforme já visto em item específico deste artigo.

Presentes, portanto, todos os requisitos necessários à alteração normativa cogitada e aqui defendida.

Entretanto, há que se superar também a incompreensão da matéria presente no próprio Legislativo. Recente projeto de lei (Projeto de Lei nº 3.762/2004 da Câmara dos Deputados) tencionou incluir os acórdãos condenatórios proferidos pelos Tribunais de Contas no rol do art. 585 (títulos executivos extrajudiciais), projeto esse que acabou sendo rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania daquela Casa Legislativa, ponderando que semelhante iniciativa não inovaria no ordenamento jurídico, uma vez que o acórdão condenatório do Tribunal de Contas já é reconhecido (meramente) como título executivo extrajudicial.

Paralelamente ao referido projeto, encontra-se em tramitação antiga proposta de emenda à Constituição, essa sim com a finalidade defendida neste artigo. Trata-se da PEC nº 535, de 1997, da Câmara dos Deputados, com a seguinte redação:

Art. 71

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa **terão eficácia de título executivo judicial**, ficando o respectivo responsável inelegível e inabilitado para praticar atos de natureza patrimonial, enquanto não comprovar perante aquele órgão o ressarcimento do débito e o pagamento da multa.

Importa ressaltar – e comemorar – que essa proposta, depois de muitos anos paralisada na Câmara dos Deputados, voltou a tramitar e, em novembro do ano passado, foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa, devendo agora prosseguir em seu trâmite normal.

Não obstante o inquestionável ganho que tal alteração constitucional importará, trazendo reparos ao absurdo da situação trabalhada neste artigo, acreditamos que também devam ser inseridas alterações na legislação infra-constitucional, de modo a afastar e esclarecer a matéria, prevenindo a continuidade dos questionamentos judiciais que comprometem a eficácia dos acórdãos condenatórios do Tribunal de Contas.

Assim, defendemos que deva ser deflagrado processo legislativo, que pode ser sugerido pelo próprio Tribunal de Contas da União tão logo seja promulgada a emenda constitucional, objetivando alterar os arts. 575 e 584 do Código de Processo Civil.

Segundo o nosso entendimento, poderia ser acrescentado inciso ao art. 584 do Código de Processo Civil, de modo a incluir expressamente no rol dos títulos executivos judiciais o acórdão de Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa.

Para completar o sistema, dando-lhe coerência e de modo a não deixar margem a dúvidas, o inciso VI do art. 575 do mesmo CPC deveria ganhar nova redação para definir que a execução fundada em título judicial processar-se-á perante o juízo cível competente também quando o título executivo for acórdão de Tribunal de Contas.

Com essas alterações legislativas, estaria assegurada maior efetividade ao acórdão condenatório do Tribunal de Contas, trazendo celeridade à execução e não havendo mais o risco de se travar nova discussão sobre a matéria em nível judicial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento – decorrente das conclusões de uma análise teórica delineadora de um modelo de pluralismo jurídico – de que o Estado não detém o monopólio de criação e aplicação de normas jurídicas, conduz, igualmente, à conclusão de que está minado o dogma do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário.

Especificamente no contexto brasileiro, a configuração constitucional estabelece uma jurisdição especializada paralela à jurisdição do Poder Judiciário, que é a atividade de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas, em especial na sua atribuição de julgar as contas dos gestores de recursos públicos.

Contudo, há que se alterar o próprio texto constitucional e a legislação infra-constitucional para que a referida jurisdição tenha assegurada a sua necessária efetividade, objetivando dotar de eficácia de título executivo judicial os acórdãos condenatórios de natureza pecuniária proferidos pelo Tribunal de Contas.

Sem esses aperfeiçoamentos legislativos, o Controle Externo continuará a brincar de faz-de-conta que condena os desviadores dos dinheiros públicos. Por sua vez, o Erário continuará imerso no fantástico universo kafkiano da ineficácia do aparato estatal em recompôr efetivamente os cofres lesados, para a alegria dos corruptos de toda sorte e para perplexidade da sociedade, cada vez mais descrente nas instituições.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNAUD, André-Jean. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Regimento Interno**. Brasília, 2001.

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

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 1989.

**Chance mínima de recuperação**. Correio Braziliense, 22 de janeiro de 2006, pág. 10, Caderno Política.

FAGUNDES, Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

GOYADR-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GUALAZZI, Eduardo. Regime Jurídico dos Tribunais de Contas. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1992, p. 195-203.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo Jurídico e Direito Moderno**. Curitiba: Juruá, 2000.

NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Tomo II, 3ª ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Borsóí, 1960.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito – Situação Atual**. 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório das Atividades do TCU – Exercício de 1999. Brasília, 2001.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Relatório de Cobrança Executiva do MP/TCU**. Brasília, 2005. (Mimeo).

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.



SÉRGIO RICARDO DE MENDONÇA SALUSTIANO

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. A POLÊMICA; 2. A NOSSA ABORDAGEM PARA A QUESTÃO; 3. A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E A COISA JULGADA NOS PROCESSOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS; 4. A NATUREZA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A COISA JULGADA; 5. EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DA COGNIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONTAS ORDINÁRIAS; 6. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM CONTAS ORDINÁRIAS; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## INTRODUÇÃO

Há alguns anos, o Tribunal de Contas da União enfrenta, internamente, polêmica jurídica acerca da coisa julgada em processos de tomada ou prestação de contas anuais. Trata-se, especificamente, de haver ou não impedimento legal para o Tribunal apreciar irregularidades e, conseqüentemente, punir ou imputar débito a gestores que já tiverem suas contas ordinárias, relativas ao período em que ocorreu o ato inquinado, transitadas em julgado.

Ainda hoje, mesmo diante da regulamentação do assunto no atual regimento interno da Casa, que entrou em vigor em 2003, verifica-se uma divisão entre os ministros sobre o entendimento do tema. O Regimento Interno dispôs, em seu artigo 206, que “a decisão definitiva em processo de tomada ou prestação de contas ordinária constituirá fato impeditivo da imposição de multa ou débito em outros processos nos quais constem como responsáveis os mesmos gestores”. Seu parágrafo primeiro complementa: “no caso do caput, a apreciação das irregularidades apuradas nos outros processos dependerá do conhecimento de eventual recurso de revisão interposto pelo Ministério Público, na forma do art. 288”.

495

## 1. A POLÊMICA

Para se dimensionar a dissensão jurisprudencial que ocorria antes da vigência do novel regimento, basta ver que o Acórdão 187 de 2001, proferido pelo colegiado pleno do TCU, firmara entendimento contrário, “de que o julgamento das contas não impede a posterior apreciação de atos irregulares ocorridos na gestão já julgada, inclusive a aplicação de multa, exigindo recurso do Ministério Público tão-somente a alteração do juízo de valor incidente sobre as contas já julgadas, no caso de reflexos dos novos fatos apurados sobre o seu mérito”. Apenas um ano e três meses após essa decisão, o Plenário do Tribunal reveria sua posição, por meio da Decisão 1.505/2002, onde prevaleceu, após acirrados debates, o entendimento hoje inserido no Regimento Interno.

Ambas as correntes apresentam consistentes argumentos jurídicos em defesa dos seus posicionamentos. A tese atualmente preponderante, consubstanciada na inovação regimental, ampara-se, primordialmente, nos princípios da segurança jurídica e da coisa julgada. Considera que o julgamento das contas anuais forma coisa julgada em relação a todos os atos e a todos os recursos geridos no respectivo exercício. Consoante a Lei 8.443/92, lei orgânica do TCU, todos os recursos, orçamentários ou extraorçamentários, devem compor a tomada ou a prestação de contas de uma unidade ou entidade<sup>1</sup>.

Daí, presume que todos os atos praticados naquele período estão abrangidos pelo juízo de mérito proferido. Aduz que a mesma lei dispõe que o Tribunal, ao julgar as contas regulares ou regulares com ressalva, deverá dar quitação aos responsáveis<sup>2</sup>. Por interpretação sistêmica dos comandos legais, deduz que a quitação se refere a todos os recursos geridos. Portanto, não poderia o TCU vir, posteriormente, em outro processo, a cobrar valores para os quais haja dado quitação no processo de contas. Agir contrariamente seria uma violação à coisa julgada, um atentado ao princípio da segurança jurídica.

Para essa corrente, o recurso de revisão, que no âmbito do Tribunal de Contas da União tem natureza de ação rescisória, é o remédio jurídico apropriado e disponível para que irregularidades conhecidas posteriormente ao trânsito em julgado das contas possam ser levadas ao mérito do julgamento da gestão. De acordo com a Lei Orgânica, consoante seu artigo 35, cabe ao Ministério Público junto ao TCU, dentro do prazo de cinco anos, contados da publicação do acórdão, interpor, por uma única vez, dito recurso junto ao Plenário da Casa, em razão de: erro de cálculo nas contas; falsidade e insuficiência de documentos em que se tenha fundamentado a decisão recorrida; superveniência de documentos novos com eficácia sobre a prova produzida. Claro está que, de outra parte, o responsável ou seus sucessores, na defesa de seus interesses, dispõem da mesma faculdade, sob os mesmos requisitos de admissibilidade.

A outra linha de entendimento, por sua vez, funda-se também em princípios basilares do direito, como o da verdade material e o da prevalência e indisponibilidade do interesse público. Argumentam seus partidários que a Constituição Federal, ao definir as competências do TCU, não o fez estabelecendo primazias, hierarquias ou subordinações. Todas elas têm igual importância para o pleno exercício da missão constitucional do Tribunal. Assim, por exemplo, o julgamento das contas anuais dos administradores e demais responsáveis, o julgamento das contas daqueles que causarem prejuízo ao erário, a realização de inspeções e auditorias, a fiscalização dos recursos repassados pela União a outros entes da Federação são obrigações das quais o TCU não se pode afastar no exercício do controle externo e, portanto, na defesa do erário e do interesse público. Deve, o Tribunal, utilizar-se plenamente de todos os meios legais para o melhor alcance de sua finalidade constitucional. Aludem, assim, ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual a estas deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhes dê.

Da mesma forma, acrescentam que a Lei Orgânica não estabelece supremacias entre as competências, muito menos impedimento para que o Tribunal aprecie fatos e atos atinentes a gestões anteriormente julgadas, impedimento que se concretizou com amparo em interpretação restritiva das atribuições constitucionais e legais do Tribunal.

Quanto à coisa julgada, defendem que não há ofensa a este fundamental princípio de estatura constitucional. O julgamento das contas ordinárias estabelece um juízo de mérito, nos limites materiais permitidos pela sistemática e pelos procedimentos afetos ao processo de tomada ou prestação de contas, acerca da gestão como um todo, se regulares, regulares com ressalva ou irregulares. Posterior apreciação de irregularidades ocorridas no mesmo exercício não interferem necessariamente no juízo estabelecido. Este só poderá ser alterado se, confirmada a falta e apenados os responsáveis ou a estes imputados os prejuízos apurados, o Ministério Público ingressar com recurso de revisão às contas julgadas, num primeiro momento, e se, conhecido o recurso, o Tribunal, num segundo momento, decidir que as irregularidades revestem-se de gravidade e amplitude suficientes para reformar o juízo inicial proferido.



Portanto, a imposição de multa ou débito em processo distinto e ulteriormente ao julgamento das contas ordinárias em nada afeta a coisa julgada, pois o juízo já emitido sobre a gestão continua o mesmo enquanto não for atacado por recurso de revisão.

○ entendimento, sustentam, é perfeitamente compatível com as normas e as práticas processuais internas e com o caráter unitário da gestão, que orienta as decisões do Tribunal, quando se trata da apuração de irregularidades praticadas antes do julgamento das contas, seja no próprio processo de tomada ou prestação de contas, seja em processos distintos, como tomadas de contas especiais, denúncias, representações, auditorias. A caracterização de uma ocorrência gravosa ou mesmo a imposição de multa em outro processo não implica, necessariamente, o julgamento das respectivas contas pela irregularidade. A falta é analisada em conjunto e em confronto, sob os prismas da materialidade e da relevância, com os demais atos e fatos conhecidos da gestão, para então se formar um juízo de valor abrangente sobre a gestão do exercício sob exame. Do mesmo modo, a imputação de débito não leva obrigatoriamente à irregularidade das contas do gestor, desde que haja a devolução dos valores inquinados e o reconhecimento de sua boa-fé.

○ julgamento das contas como regulares forma, de acordo com essa segunda corrente, apenas uma presunção de regularidade do conjunto de atos da gestão, ou seja, uma presunção *juris tantum*, uma vez que não há um julgamento material de todos os atos praticados no período, mas a apreciação da gestão como um todo. Pelas próprias limitações de ordem prática, os processos de contas ordinárias não abrangem todos os fatos ocorridos e os atos praticados na gestão anual. O conjunto de normas que rege o assunto estabelece procedimentos amostrais para o levantamento e apreciação da regularidade e da eficiência dos atos de gestão. Portanto, a coisa julgada material se forma apenas para os atos efetivamente verificados e analisados, para os quais se estabelece o impedimento de nova apreciação, a não ser em sede de recurso. Os demais atos continuam perfeitamente passíveis de exame e julgamento pelo TCU.

○ mesmo raciocínio é aplicado quanto à quitação exigida pela Lei 8.443/92. A quitação que o Tribunal atribui aos gestores que têm suas contas julgadas regulares ou regulares com ressalva forma presunção *juris tantum*, indica que o exame procedido nas contas não identificou débitos dos gestores para com o tesouro ou com a entidade, nos limites materiais das análises procedidas e dos atos examinados.

Entrelaçada na mesma controvérsia jurídica acima exposta está a discussão acerca da prescrição do exercício da prerrogativa do TCU em punir o gestor faltoso ou de lhe imputar débito, principalmente em razão do que dispõe o § 5º do art. 37 da Constituição Federal<sup>3</sup> - que denota, em princípio, a imprescritibilidade das ações de recomposição do erário - em confronto com as disposições sob prescrição contidas no Código Civil e ainda com o já mencionado artigo 35 da Lei Orgânica do TCU, que estabelece o prazo de cinco anos para a interposição de recurso de revisão ao julgamento de contas.

Contudo, as duas polêmicas não podem ser confundidas. Uma trata do instituto da coisa julgada, outra do da prescrição, ambos no âmbito das competências do Tribunal de Contas da União. Para sua melhor compreensão e deslinde, devem ser tratadas separadamente.

## 2. A NOSSA ABORDAGEM PARA A QUESTÃO

Com efeito, a questão que deve ser aclarada para o deslinde do debate exposto é realmente a da coisa julgada, se este instituto se manifesta nas decisões definitivas dos Tribunais de Contas<sup>4</sup> e quais são seus limites objetivos, se abriga todos os atos e fatos ocorridos na gestão submetida a julgamento. Sem menosprezar, longe disso, o extenso rol de argumentos da segunda corrente, trata-se de celeuma que deve ser abordada, antes e sobretudo, sob o prisma do direito processual; que deve ter por objetivo, primordialmente, averiguar se as decisões definitivas dos Tribunais de Contas transitadas em julgado, proferidas em processos de tomada ou prestação de contas ordinárias, abrigam sob a autoridade da coisa julgada todos os fatos e atos ocorridos na gestão apreciada.

Pois não se pode querer contrapor a autoridade da coisa julgada à supremacia do interesse público. Ao contrário, aquela nasce deste princípio. Liebman, em sua teoria sobre a eficácia da sentença e a autoridade da coisa julgada, teoria amplamente albergada pela doutrina pátria e também por nossa legislação processual, consolidou o entendimento de ser a coisa julgada uma opção política pela estabilidade das relações jurídicas e pela paz social, mesmo que, eventualmente, com sacrifício da verdade material.

Para pensar diversamente [que os efeitos da sentença se podem produzir e se produzem ainda antes da sua passagem em julgado], dever-se-ia sustentar que a coisa julgada fosse caráter essencial e necessário da atividade jurisdicional e, portanto, impossível imaginar o efeito da sentença independentemente da coisa julgada. Mas a opinião dominante é concorde em justificar o instituto por meio de considerações práticas e de utilidade social... (LIEBMAN, 1981, p. 39).

É muito exata, porém, a mesma afirmação, e fecunda em largos desenvolvimentos, se se refere à eficácia natural da sentença, independentemente da autoridade da coisa julgada, e é ela possível sempre que se sustente, em conformidade com opinião de grande prevalência e quase pacífica, que a autoridade da coisa julgada não é um caráter essencial e necessário dos atos jurisdicionais, mas somente um instituto disposto pela lei por motivos de oportunidade e de conveniência política e social. (Ibid., p. 122).

Nessa mesma trilha, leciona Antonio Gidi (1995, p. 6): “Com efeito, a coisa julgada, assim como os institutos da decadência e da prescrição, por exemplo, foi concebida com o objetivo de evitar a perduração de situações indefinidas, indesejável na vida social, pois comprometedora da própria segurança.” E, ainda, Barbosa Moreira (1977, p. 83): “A coisa julgada – nunca será demais repeti-lo – é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o **resultado final** do processo”.

Ajunte-se o ensinamento de José Frederico Marques, apoiado em diversos autores:

Pedro Batista Martins assim externa seu entendimento: a coisa julgada “não é nem ficção, nem presunção de verdade, nem *lex specialis*, como o pretendem as correntes doutrinárias em luta. Ela é, simplesmente, uma criação da lei, oriunda de imperativos de ordem política e social, como o adverte Liebman”...

Para Manuel Aureliano de Gusmão, a coisa julgada tem “o seu fundamento na ordem pública, cuja manutenção requer que não se perpetuem a incerteza e a

instabilidade das relações de direito” (**Coisa Julgada no Cível, no Crime e no Direito Internacional**, 1922, p. 8).

Diz Lopes da Costa: “A coisa julgada **vale porque é coisa julgada**: porque a lei não permite se lhe contradiga a autoridade. Não porque se presume representar a realidade, a verdade dos fatos e a exata aplicação da lei” (**Direito Processual Civil Brasileiro**, 1945, vol. III, p. 61, nº 849). Entendimento idêntico é perfilhado por Gabriel de Resende Filho (**Curso de Direito Processual Civil**, 1959, vol. III, p. 61, nº 849). (MARQUES, 1999, v. IV, p. 347, grifos do autor).

O interesse público está em muito maior grau nesses três objetivos – a confiabilidade na tutela jurisdicional do Estado, a estabilidade das relações jurídicas instituídas e a preservação da paz e da ordem sociais, imprescindíveis para a própria sobrevivência de uma sociedade fundada no direito – do que em estabelecer sempre e a qualquer custo uma verdade indiscutível, pretensão há muito descartada pelo direito. Por isso, prevaleceu o instituto da coisa julgada, que visa a dar imutabilidade ao comando contido nas sentenças.

Procura-se, aqui, portanto, debater a ocorrência, os efeitos e os limites objetivos da coisa julgada em processos de tomada ou prestação de contas anuais, considerando o instituto da autoridade da coisa julgada dentro da doutrina e do ordenamento jurídico brasileiros, mormente diante das competências constitucionais e legais do Tribunal de Contas da União e das disposições do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária às normas processuais internas a essa Corte. O trabalho pretende contribuir, assim, para o esclarecimento e a pacificação do assunto, buscando a solução da polêmica na doutrina e nas normas legais que tratam da coisa julgada no direito pátrio. A questão central a ser discutida é se o julgamento das contas de determinado exercício cria impedimento para que o Tribunal, posteriormente, apure e aprecie atos e fatos referentes àquele período, independentemente da reabertura das contas por meio de recurso.

499

### 3. A COISA JULGADA ADMINISTRATIVA E A COISA JULGADA NOS PROCESSOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Cabe, inicialmente, examinar se as decisões dos Tribunais de Contas, após o trânsito em julgado, formam coisa julgada administrativa ou não. Então, algumas preliminares se apresentam desde logo. Há coisa julgada administrativa? Qual a natureza das decisões dos Tribunais de Contas brasileiros? Elas constituem coisa julgada administrativa, ou simplesmente coisa julgada, ou não formam coisa julgada?

Acerca do que é coisa julgada, deve-se a Liebman a concepção dominante na doutrina processual brasileira, a qual se assenta na clara distinção que deve ser feita entre os efeitos ou a eficácia da sentença e a sua possível imutabilidade. A autoridade da coisa julgada, na lição de Liebman, não deve ser confundida com a eficácia da sentença. Para o mestre processualista italiano, considerado o fundador da escola de direito processual brasileiro, a eficácia da sentença se define pela imperatividade do ato estatal, que a todos se impõe, “na sua qualidade de ato ditado pela autoridade do Estado” (LIEBMAN, 1981, p. 48). A eficácia da sentença, consoante seu ensinamento, independe da definitividade da decisão, pois, mesmo enquanto sujeita a reforma, a sentença é imperativa e produz todos os seus efeitos (Ibid., p. 40)<sup>5</sup>.

Liebman (1981, p. 6) ensina também que a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma qualidade que reveste a sentença e seus efeitos. Como

já visto, entende o autor não ser a coisa julgada um imperativo lógico-jurídico, mas uma opção legislativa de utilidade social e política a visar à estabilidade das relações jurídicas estatuídas por normas concretas. Tem caráter sociológico e não jurídico. Para se atingir plenamente o escopo da jurisdição, “o legislador dá mais um passo e veda toda a apreciação e todo o reexame, quando se torna a sentença definitiva: como a preclusão dos recursos, não só a sentença já não é recorrível (a chamada coisa julgada formal), mas os seus efeitos já não são contestáveis, nem por outro juiz, em qualquer processo (a chamada coisa julgada material)” (Ibid., p. 53, nota).

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do **comando** emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a **definitividade** e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. (Ibid., p. 54).

O ensinamento do mestre peninsular sofreu questionamentos pela doutrina pátria, embora acolhido e mantido em sua essência. Barbosa Moreira (1984, p. 281-282) enxergou na autoridade da coisa julgada não uma qualidade da sentença, mas uma situação jurídica “que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável”. Discordou, ainda, com completa pertinência, quanto à imutabilidade dos efeitos<sup>6</sup>. Para Barbosa Moreira (1977, p. 89), seguindo Allorio, “na realidade, os efeitos da sentença **não** se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se preferir, indiscutível) é **o próprio conteúdo** da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.” Nisto, foi acompanhado, entre outros, por Souza Rego (1984, p. 7-8), Ovídio Araújo Baptista da Silva (1985, p. 280-281), em parte, e, com alguma hesitação, Sérgio Gilberto Porto (1998, p. 71-72).

500

Não temos a intenção ou a pretensão aqui de reproduzir, nem é objetivo deste artigo, todas as nuances que envolvem a extensa discussão travada ao longo de praticamente todo o século passado (e que certamente não está esgotada) acerca do exato conceito de coisa julgada. Até porque é uma discussão que se confunde, às vezes se perde, em torno de conceitos estritamente semânticos<sup>7</sup>.

Contudo, pode-se pretender definir, em consonância com a melhor doutrina, coisa julgada como a imutabilidade que reveste a norma concreta (o comando) proferida pela sentença transitada em julgado, seja no próprio processo em esta foi prolatada, seja impedindo a rediscussão da mesma lide (mesmas partes, mesmo pedido, mesmas causas de pedir) em qualquer outro processo.

Quanto à coisa julgada administrativa, não se pode querer dissociar seu conceito do de coisa julgada. A coisa julgada administrativa só pode ser entendida, em princípio, como a imutabilidade do comando de uma decisão administrativa. Assim, só haverá coisa julgada administrativa, em sentido **lato**, naquelas decisões, dos órgãos e tribunais administrativos, que não puderem, depois de transitadas em julgado ou precluídos todos os recursos administrativos, ser objeto de rediscussão, seja no âmbito da própria administração seja no dos órgãos judiciais.

Essa é a razão de a maioria dos autores nacionais<sup>8</sup> não admitir a existência de coisa julgada em decisões administrativas. Entende-se que estas sempre estão à mercê da revisão judiciária, frente ao princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação

judicial a qualquer ameaça ou ofensa a direito<sup>9</sup>, quando não da revisão da própria administração, por meio de revogação ou anulação. É uma visão parcial, pois certas decisões administrativas não estão ao alvedrio do juízo judiciário nem podem ser desconstituídas de ofício.

As decisões que envolvem mérito administrativo não estão sujeitas ao controle judicial, exceto no que se refere a sua conformidade com a lei e com o devido processo legal. Para Hely Lopes Meirelles (2004, p. 643), controle de mérito “É todo aquele que visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado”. Não cabe ao judiciário opinar ou decidir sobre quando e como deve o administrador agir, sobre que meios utilizar, sobre o modo mais eficiente, econômico ou efetivo de administrar. Ao judiciário cabe, quando provocado, controlar a legalidade das decisões e dos atos administrativos, a adequação destes às disposições legais e às formalidades procedimentais estatuídas, e a verificação da necessária vinculação dos atos ao interesse público, em suma, o controle estrito da legalidade e da legitimidade<sup>10</sup>. Não pode, portanto, o judiciário rediscutir as questões de mérito administrativo, não obstante minoritária corrente em contrário. A posição dominante dos tribunais superiores pátrios afirma os limites do judiciário<sup>11</sup>.

Por outro lado, nem todas decisões administrativas podem ser revogadas. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 421) considera coisa julgada administrativa como “a situação sucessiva a algum ato administrativo em decorrência do qual a Administração fica impedida não só de retratar-se dele na esfera administrativa, mas também de questioná-lo judicialmente”. Para o autor, as decisões administrativas decorrentes do contraditório, que visem a solucionar disputas entre a administração e os administrados, são irrevogáveis e irretratáveis, vencidas as instâncias internas, embora com definitividade restrita ao âmbito da própria administração (Ibid., p. 421-422). Cretella Júnior (1966, p. 226-227) afirma estabelecerem coisa julgada administrativa todos os atos administrativos que geram situações jurídicas individuais.

Na mesma linha, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari (2002, p. 44) consideram ser pacífico o entendimento de que a revogação não é aplicável quando dela decorrerem “lesões (ou ameaças) a direitos de terceiros, direitos, esses, que inquestionavelmente emergem de uma decisão, em processo administrativo, em benefício do administrado”. Defendem, também, a existência da coisa julgada administrativa, digamos, restrita, afeta apenas à impossibilidade de a administração rever, de ofício ou por provocação, seus atos decorrentes do devido e regular processo administrativo (Ibid., p. 44).

A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na esfera federal, confirma esse entendimento. Sempre que trata, direta ou indiretamente, de revogação, o faz consignando a necessidade de se observar, quando envolvidos direitos subjetivos, o devido processo legal e o direito adquirido. Assim, a parte final do inciso XIII do parágrafo único do art. 2º<sup>12</sup>, o art. 53<sup>13</sup>, o § 2º do art. 63<sup>14</sup>, o parágrafo único do art. 64<sup>15</sup>, o art. 65<sup>16</sup>.

Se não há a possibilidade de rediscussão de questão de mérito administrativo, seja no âmbito da administração, por motivo de trânsito em julgado ou pela irretratabilidade da decisão, seja no âmbito judicial, por não ser da competência desse poder, fica então caracterizada a existência de coisa julgada em relação ao conteúdo da decisão administrativa. Eventual anulação pela administração ou pelo judiciário, por vício de forma ou por ofensa à lei, não descaracteriza a existência da coisa julgada. Deve ser considerada, sim, uma desconstituição da coisa julgada, em defesa da ordem jurídica, assim com o é a revisão criminal, na esfera penal, e a ação rescisória, na esfera civil. Remédios jurídicos, exceções ou relativizações à coisa julgada, para se evitar erros e injustiças crassos.

Esse o enfoque de Ferraz e Dallari, quanto à anulação pela própria administração de decisões emitidas como resultado de processo administrativo:

A consideração superveniente da ocorrência de ilegalidade na decisão processual só poderá autorizar a busca de seu desfazimento pela via, também processual, também balizada pelo contraditório e pela ampla defesa, da revisão do processo administrativo. Ou seja, o que no processo administrativo se afirmou só em outro poderá ser desfeito. A processualização incontestável da Administração, imposta pela Constituição de 1988, dita inexoravelmente a submissão da matéria aos parâmetros aqui enunciados. (FERRAZ; DALLARI, 2002, p. 45).

Por isso, concluem os autores ser o novo processo administrativo instaurado, visando à desconstituição de decisão anterior, “uma verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil” (Ibid., p. 47).

As decisões dos Tribunais de Contas em julgamentos de contas ordinárias (ou extraordinárias<sup>17</sup>), ao dizer sobre a regularidade ou irregularidade das contas, amoldam-se perfeitamente aos dois requisitos apontados. Não podem ser revogadas simplesmente, pois se originam de rito procedimental próprio, legalmente regulamentado, emulando, em certa medida, o processo judicial, com contraditório, ampla defesa, recursos, prazos, formas estabelecidas; nem podem ser objeto de revisão ou rediscussão no judiciário, pois a sentença acerca do mérito das contas, se devem ser declaradas regulares, regulares com ressalva ou irregulares, resulta de um juízo de valor, um juízo de mérito administrativo, que se forma a partir da análise e do confronto de um conjunto de atos, dados, informações que formam o chamado processo de prestação ou tomada de contas.

502

Esse juízo não decorre simplesmente da verificação da legalidade ou não dos atos administrativos. Até porque, por limitações práticas, apenas uma pequena parcela dos atos relativos ao período de gestão analisado é efetivamente verificada. A legalidade é um dos critérios de análise, que é colocado em confronto com outros para que se possa chegar a um juízo sobre o mérito de regularidade: relevância das atividades desenvolvidas, materialidade dos recursos geridos, economicidade, eficiência e eficácia da ação administrativa, reincidência nas irregularidades cometidas, ações corretivas efetivadas ou em curso, dificuldades ou facilidades externas, resultado operacional. São todos aspectos a ser considerados e ponderados para se fazer o julgamento do mérito da gestão, que deve ser, primordialmente, um julgamento do desempenho administrativo.

Embora tradicional e culturalmente a legalidade seja o critério de maior peso no julgamento de contas, ele está longe de ser o único. A partir da Constituição de 1988, outros aspectos, mormente aqueles relacionados ao princípio da eficiência da administração pública, insculpido no seu art. 37, ganharam maior relevância na fiscalização e no julgamento da gestão da coisa pública, consoante o disposto nos arts. 70 e 74 da Carta Magna.

Portanto, considerando-se que a anulação administrativa ou judiciária não descaracteriza a coisa julgada, mas apenas a desconstitui, pode-se dizer que, sob o prisma da imutabilidade da declaração contida na decisão, o julgamento de contas ordinárias está apto a formar coisa julgada, pois se amolda àquela espécie de decisão administrativa irrevogável e irretroatável pela própria administração e, a par disso, não pode ser revista pelo

judiciário, por ser essencialmente de mérito administrativo. São julgamentos insuscetíveis de rediscussão quanto ao conteúdo da declaração que emitem.

Deixe-se claro estar-se tratando apenas das declarações referentes à regularidade e à quitação quanto à gestão como um todo, obrigatórias de todos os julgamentos em contas. Situação diversa a do mérito de legalidade de cada ato que compõe a gestão em apreciação. Este não pode ser afastado de eventual exame do poder judiciário. Assim, portanto, estão sempre sujeitos a nova apreciação - e a entendimento diferente e prevacente do judiciário - não se conformando à definição de coisa julgada. Deste último modo devem ser vistos também os julgamentos em tomadas de contas especiais e nos demais tipos de processos de fiscalização, onde, de maneira geral, o mérito proferido, o débito, a multa imputados, referem-se à legalidade de determinados atos ou fatos.

Ainda que se considere a coisa julgada administrativa como restrita à própria administração, certo que também não pode ser considerada, em todos os casos, apenas como preclusão máxima (coisa julgada formal), como querem alguns autores, pois como visto, determinadas decisões administrativas devem ser protegidas pelo manto da irretratabilidade, seja para garantir direitos adquiridos, seja para dar estabilidade e credibilidade às soluções dadas, seja para garantir a observância do devido processo legal, dos procedimentos legalmente instituídos. Isto é, não pode ser a questão já decidida ser objeto de nova apreciação em outro processo administrativo. Não é apenas a decisão, em seu sentido formal (coisa julgada formal), que é irretratável, mas o conteúdo de seu comando.

Indubitavelmente, as sentenças proferidas pelo Tribunal de Contas da União em processos de contas revestem-se de irretratabilidade, mormente em razão do disposto em suas normas processuais e da sua jurisprudência consolidada. Como assinalado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro (1996, p. 33), as decisões do TCU fazem coisa julgada administrativa não só no âmbito do próprio Tribunal, mas também e principalmente na esfera da administração pública federal, no sentido de que elas devem ser necessariamente acatadas pelos órgãos administrativos controlados.

Assim, mesmo que se considerem as decisões definitivas em tomadas ou prestações de contas ordinárias como aptas a formar apenas coisa julgada administrativa, na acepção restrita do termo, ou seja, aptas a se tornarem irretratáveis pela própria administração, a terem seu conteúdo revestido de imutabilidade tão-somente no âmbito administrativo, certo é que o esclarecimento da questão em foco deve ser buscado no instituto da coisa julgada, pois é nele que reside o cerne da polêmica e é nele que a irretratabilidade vai buscar sua inspiração e fundamento, sendo, ou tentando ser, uma manifestação, mesmo que parcial, da autoridade da coisa julgada aplicada restritivamente ao âmbito da administração.

Pois, se Liebman (1981, p. XII, prefácio, e p. 60-61) considerou ser a preclusão (coisa julgada formal) e a coisa julgada (coisa julgada material) significados diversos de “um fenômeno jurídico essencialmente único, em razão do diferente objeto sobre o qual opera”, mais identidade ainda se encontra entre a coisa julgada e a irretratabilidade, pois esta ultrapassa o processo decidido e impede a rediscussão da mesma lide em outro processo administrativo.

Devemos, então, nos aprofundar em outros aspectos das sentenças proferidas pelos Tribunais de Contas em julgamentos de tomadas de contas ordinárias, de modo a desvendar se estas decisões tem autoridade de coisa julgada *lato sensu* ou apenas se

revestem de irretratibilidade, o que majoritariamente se convencionou chamar de coisa julgada administrativa, e quais os seus efeitos e limites objetivos.

#### 4. A NATUREZA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A COISA JULGADA

Quanto à natureza das decisões dos Tribunais de Contas, muito e há muito se tem discutido acerca do tema. A celeuma se inicia com a própria gênese do Tribunal de Contas da União, na proposta de Rui Barbosa, e se arrasta ao longo desse mais de século, sempre recrudescendo a cada novo texto constitucional.

Várias e variadas posições são defendidas. Num extremo, há os que entendem, peremptoriamente, não haver nenhuma natureza de jurisdição nas atividades e nas sentenças dos Tribunais de Contas, sendo suas decisões estritamente administrativas<sup>18</sup>. Outros vêem as atribuições de julgamento de contas estabelecidas pela Constituição Federal como uma jurisdição própria do Tribunal de Contas da União<sup>19</sup>. Posições intermediárias, em diversas nuances, são encontradas. Maria Sylvia Di Pietro (1996, p. 36) defende que as decisões do TCU não têm caráter jurisdicional, mas, por outro lado, não são puramente administrativas, pois têm fundamento constitucional e são impositivas para toda a administração. Hely Lopes Meirelles (2004, nota 19, p. 733) e Castro Nunes (1967, p. 134, 167) advogam a existência da jurisdição administrativa, diferente da jurisdição judicial. Para o primeiro, apenas a jurisdição judicial forma coisa julgada. Segundo Carlos Ayres Brito, o Tribunal de Contas da União não exerce função jurisdicional, mas também não é um tribunal simplesmente administrativo, pois seu regime jurídico é quase todo constitucional; é um tribunal político-administrativo e seus processos têm ontologia própria, não são parlamentares, nem judiciais, nem administrativos, são processos de contas.

504

Que não sejam processos parlamentares nem judiciais já ficou anotado, e até justificado (relembrando, apenas, que os Parlamentares decidem por critério de oportunidade e conveniência). Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade *externa corporis* (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim. Sua atuação é conseqüência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo, e em que medida. (BRITO, 2002, p. 29).

Comungamos com a mesma linha de visão do ilustre ministro do Excelso Pretório, no sentido de não se poder querer atribuir às decisões de um órgão com natureza *sui generis* – que não se amolda ao modelo clássico da tripartição de poderes ou ao do contencioso administrativo; que tem competências, atribuições e prerrogativas constitucionais peculiares – classificação que também não espelhe essas especificidades. As decisões dos Tribunais de Contas são singulares no que se refere a sua natureza, não se conformam perfeitamente a classificações e modelos jurídicos tradicionais e, portanto, devem ser entendidas dentro da singularidade do modelo de Tribunal de Contas estabelecido pela Carta Magna.

Contudo, não cremos que essa seja uma discussão necessária para o ponto objeto deste escrito. Embora muitos autores<sup>20</sup> considerem a coisa julgada como uma das características essenciais da jurisdição, esta pode subsistir sem aquela. Souza Rego (1984, p. 12) ensina, apoiado em Chiovenda, que "... a coisa julgada não é nada de



absolutamente indispensável à idéia de exercício da jurisdição, ou de realização da Justiça”. Até porque, como visto e repisado, a coisa julgada não é conseqüência lógico-jurídica, mas opção político-social. Nesse sentido, a lição de Antônio Gidi:

Houve quem quisesse ver na coisa julgada a própria essência da atividade jurisdicional. Na própria definição de jurisdição se colocava o traço da imutabilidade, de definitividade. A coisa julgada era, inclusive, critério de distinção entre a jurisdição e outras atividades afins de aplicação do direito.

Ensina Calmon de Passos, entretanto, que a coisa julgada é uma questão de política legislativa, nada tendo a ver com a substância mesma do processo ou da atividade jurisdicional. (GIDI, 1995, p. 6).

Tendo ou não as decisões dos Tribunais de Contas caráter jurisdicional, a coisa julgada, se existente, pode manifestar-se independentemente disso. Exercendo função judicante, parcialmente judicante ou apenas administrativa, é assente entre os administrativistas pátrios que existe a irretratabilidade de determinadas decisões administrativas, como visto, chamada por muitos de coisa julgada administrativa. Portanto, estando pacífica a existência da irretratabilidade no âmbito administrativo, ou seja, a imutabilidade do comando de uma sentença administrativa transitada em julgado, certo é que os limites e os efeitos dessa imutabilidade devem ser entendidos de acordo com o instituto da coisa julgada, pois a irretratabilidade é, em princípio, a coisa julgada limitada ao âmbito administrativo. Nesse sentido, a definição da real natureza das decisões dos Tribunais de Contas ao exercerem a competência constitucional de “julgar” contas não influencia nossa abordagem para o problema da existência e amplitude da coisa julgada em contas ordinárias, pois não é a jurisdição que informa a coisa julgada, mas a coisa julgada que qualifica a jurisdição.

## 5. EXTENSÃO E PROFUNDIDADE DA COGNIÇÃO NOS PROCESSOS DE CONTAS ORDINÁRIAS

Para Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. (WATANABE, 2000, p. 58).

Na lição de Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 273), “cognição é a técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las”.

A cognição, em princípio, deve ser realizada sobre todas as questões de fato ou de direito que possam influenciar na decisão do juiz acerca do mérito do objeto do processo (WATANABE, 2000, p. 106). De acordo com a doutrina pátria mais abalizada, a cognição deve ser analisada sob dois planos de incidência do conhecimento do juiz sobre as questões prévias e as de mérito, o plano horizontal e o plano vertical. O primeiro, o chamado plano horizontal, representa a extensão ou a amplitude da cognição sobre o universo de questões afetas ao processo, se o conhecimento abarca total ou parcialmente as questões de fato e de direito, trazidas ao processo pelas partes ou levantadas pelo juiz,

que podem ter reflexo no juízo de valor a ser estabelecido. O segundo, o plano vertical, representa a profundidade com que essas todas questões são efetivamente analisadas pelo juiz, a percuciência da análise empreendida pelo julgador.

Diz-se que a cognição é plena quando, no plano horizontal, todas as questões de fato e de direito, prévias ou de mérito, são apreciadas. Caso contrário, tem-se que a cognição é parcial, ou limitada, pois nem toda a extensão do universo de questões existentes e pertinentes ao objeto do processo foi atingida pela atividade cognitiva do juiz.

Segundo Freitas Câmara (2005, p. 280-282), a cognição vertical pode ser classificada em três espécies: exauriente, sumária e superficial. A primeira é o conhecimento que busca o esgotamento possível, “a resolução definitiva” de cada questão, que produz “uma decisão baseada num juízo de certeza”. A segunda é aquela baseada em algumas provas, “insuficientes para produzir um juízo de certeza, mas capazes de convencer o juiz da probabilidade de existência do direito afirmado”. A terceira não é baseada em provas, mas em fatos alegados, em afirmações, “típica das decisões liminares em processo cautelar”. Watanabe (Ibid., p. 112), por sua vez, considera que a cognição no plano vertical pode ser classificada em apenas duas espécies, a exauriente e a sumária, esta englobando todo tipo de cognição incompleta em profundidade. Sérgio Gilberto Porto (1998, p. 90), de seu modo, chama de sumária toda cognição incompleta, em qualquer dos dois planos.

De acordo com o processo, esses planos de incidência da cognição podem se apresentar em diversas combinações. Assim, é possível, adotando-se a terminologia de Watanabe, ter-se cognições plena e exauriente, plena e sumária, parcial e exauriente, parcial e sumária.

506

Para Freitas Câmara (2005, p. 279-280), só as decisões provenientes de cognição exauriente permitem a formação de coisa julgada, pois baseadas em juízo de certeza proveniente do contraditório estabelecido, que possibilita às partes envolvidas levar todas suas alegações ao descortino do juiz. Para Watanabe, de modo mais rigoroso, a coisa julgada só nasce, em princípio, da cognição plena e exauriente:

Em linha de princípio, pode-se afirmar que a solução definitiva do conflito de interesses é buscada através de provimento que se assente em cognição plena e exauriente, vale dizer, em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade dessa cognição. Decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido, de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada. (WATANABE, 2000, p. 113-114).

Pondera adiante, contudo, que as sentenças proferidas com espeque em cognição parcial e exauriente também estão aptas a produzir coisa julgada no que se refere aos pontos e questões conhecidos e resolvidos. Para o autor, com o objetivo de tornar o processo mais simples e/ou célere, a lei pode limitar a cognição no plano horizontal, de forma a possibilitar o atingimento da justiça com mais rapidez, em relação aos pontos com cognição exauriente, com a ressalva que os demais pontos e questões podem ser objeto de questionamento em ações autônomas (Ibid., p. 117).

No mesmo sentido, afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (2003, p. 92-93): “Nos casos em que há cognição parcial, se, em relação aos temas que serão objeto de decisão, for permitida a realização de cognição *exauriente*, em princípio ocorrerá coisa julgada **em relação aos temas que tiverem sido objeto de**

**cognição judicial**". Daí decorre o corolário desta conclusão: "O mesmo não ocorre, necessariamente, com as decisões fundadas em cognição sumária, que, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não têm aptidão para gerar coisa julgada" (Ibid., p. 93).

Esta a posição quase que pacífica dos doutrinadores nacionais, citando-se, ainda, Luiz Guilherme Marinoni (1999, p. 27) e Sérgio Gilberto Porto, este com a seguinte lição:

Com isso, se está a sustentar que as demandas de sumariedade material no sentido vertical – vale dizer, as que sofrem limitação em torno da profundidade da cognição – não são aptas a atingir o estado de coisa julgada material, pois, em face da superficialidade do conhecimento, se constituem em mero juízo de probabilidade e, como tais, são passíveis de revisão futura. Entretanto, as demandas sumárias no sentido horizontal, as quais consagram cognição parcial ou limitada em torno da extensão, todavia exaurientes quanto à profundidade, podem atingir o estado de coisa julgada material, eis que na parcela das questões apreciadas há declaração que resulta em nova situação jurídica, após o trânsito em julgado da sentença. (PORTO, 1998, p. 94).

Tal como no processo de conhecimento do direito civil, o processo de contas ordinárias visa essencialmente ao pronunciamento de uma declaração, consistente no sentenciamento acerca da regularidade ou irregularidade das contas apreciadas. Para este fim, o Tribunal de Contas aprecia todas as informações contidas nas peças técnicas que informam o processo, assim como, quando é o caso, os elementos produzidos por eventual contraditório, para, ao fim, formar um juízo de valor sobre a gestão com um todo e decidir, emitir sua declaração sobre as contas.

Esse juízo de mérito é formado a partir da cognição exercida sobre, basicamente, demonstrativos contábeis, informações prestadas pelos próprios administradores (relatórios de gestão) e resultados de verificações de legalidade e de avaliação de desempenho efetuadas pelos órgãos de controle interno (auditorias de gestão) e pelas próprias unidades técnicas do Tribunal (auditorias, inspeções, diligências). Por limitações de ordem prática, apenas pequena parcela dos atos administrativos é submetida a verificações de legalidade, economia, eficiência e eficácia, ou seja, a verificações da boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Portanto, em geral, se forma um juízo de mérito a partir de informações unilaterais dos gestores e de verificações de regularidade e adequação de parte, pequena, do conjunto de atos que compõe a gestão. A partir desses dados, faz-se uma presunção acerca do conjunto da gestão, um juízo de probabilidade e possibilidade, estende-se o juízo da parte para o todo. Exara-se uma decisão de mérito amparada por um conjunto probatório deficiente, pois incompleto.

Mesmo os atos de gestão submetidos à efetiva fiscalização dos órgãos de controle interno e das unidades técnicas do Tribunal de Contas, na maioria das vezes, não são levados em sua completa inteireza, com todos os aspectos envolvidos, ao descortino dos julgadores, pois não submetidos ao contraditório, a não ser quando essas unidades apontam alguma irregularidade que, entendem, possam inquinhar as contas do período examinado.

Assim, o juízo que o Tribunal de Contas forma sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da gestão não se constrói a partir de uma cognição plena e exauriente de todos os atos, resultados, aspectos da ação administrativa. Trata-se, sim, claramente,

de cognição parcial e superficial, quando baseada apenas nos relatórios dos gestores e das unidades técnicas de controle, e de cognição parcial e exauriente apenas no que se refere aos atos efetivamente analisados pelas unidades instrutivas e levados ao conhecimento dos julgadores nos relatórios técnicos para o estabelecimento do contraditório. Só as questões submetidas ao contraditório estariam aptas a formar coisa julgada – desde que contidas na declaração da sentença (o que será discutido no item a seguir) e não sujeitas a revisão do judiciário (senão, como visto anteriormente, formariam apenas coisa julgada administrativa, no sentido restrito do termo) – porque só após isso o julgador pode levar em consideração as razões dos gestores e dos demais eventualmente interessados, e assim dispor de todos os elementos necessários a uma cognição exauriente acerca daqueles pontos ou questões.

Os processos de contas têm sua cognição limitada, tanto horizontalmente quanto verticalmente, para que haja a possibilidade material do julgamento das contas de todos órgãos e entidades, por razões de ordem prática, inerentes a esse tipo de processo, por abarcarem enorme quantidade de atos, dados e informações, impossíveis de serem apresentados, todos eles, e analisados na devida profundidade em um único processo, tanto mais quanto se considera o conjunto da administração pública. Criou-se, assim, para o julgamento das contas ordinárias, procedimentos de tomada/prestação de contas e controle externo adequados a sua natureza e peculiaridades.

Watanabe fala em cognição adequada aos fins do processo:

É através do procedimento, em suma, que se faz a adoção das várias combinações de cognição considerada nos dois planos mencionados, criando-se por essa forma tipos diferenciados de processo que, consubstanciando um procedimento adequado, atendam às exigências das pretensões materiais quanto à sua natureza, à urgência da tutela, à definitividade da solução e a outros aspectos, além de atender às opções técnicas e políticas do legislador. (WATANABE, 2000, p. 124).

Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especificidade do caso concreto. Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina. (Ibid., p. 128).

A atuação do controle externo deve ser tempestiva, célere e ampla, por isso o tipo de cognição encontrado nos processos de contas, limitada no plano horizontal, sempre, e sumária no plano vertical, na ampla maioria dos casos. De outra forma, se necessário o exame detido de cada ato e fato administrativos de cada órgão e entidade da administração, ocorreria a inviabilização da atividade de controle no que se refere à atribuição constitucional de julgar contas.

A cognição adequada, portanto, para os processos de contas ordinárias, é aquela estatuída pelas normas processuais dos Tribunais de Contas, o que não permite, contudo, de acordo com a melhor doutrina, utilizar-se dessa cognição adequada para os processos de contas para obstruir, por meio de uma indevida invocação da coisa julgada, o pleno exercício do controle.

Conclui-se, assim, que as decisões definitivas em contas são irretroatáveis, como visto anteriormente, mas, segundo a teoria da cognição, não têm o poder de formar

coisa julgada, a não ser, em princípio, para aquelas questões submetidas ao crivo do contraditório e cuja resolução conste da parte dispositiva da sentença.

Cabe aqui reproduzir, para concluir a abordagem deste item, o comentário de Tereza Alvim e José Miguel Medina, a respeito de decisões irreversíveis e coisa julgada:

Há, no entanto, como se disse, questões relacionadas às decisões fundadas em cognição sumária que, a despeito de não ensejarem a formação de coisa julgada, podem ser capazes de produzir efeitos irreversíveis. A circunstância que se verifica, neste caso, não autoriza dizer que a irreversibilidade dos efeitos da decisão atribuiria a esta a condição de decisão acobertada pela coisa julgada. (WAMBIER; MEDINA, 2003, p. 93).

## 6. OS LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL NAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS EM CONTAS ORDINÁRIAS

Considerando-se as decisões definitivas do Tribunal de Contas da União em processos de contas ordinárias como apenas irretratáveis (coisa julgada administrativa, na acepção restrita do termo), em consonância com a teoria da cognição, ou, *contrario sensu*, como aptas a formar coisa julgada material, deve-se averiguar, por fim, quais são os limites objetivos dessa imutabilidade.

A discussão acerca dos limites objetivos da coisa julgada também é pródiga em polêmicas, nas quais não é nosso objetivo adentrar. De qualquer modo, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, houve um quase consenso no sentido de que o novo ordenamento processual veio a estabelecer, quanto ao tema, disposições muito mais coerentes, em relação ao antigo Código de 1939, com a teoria defendida pelos autores mais abalizados, dentre os quais se destaca, sempre que o assunto é coisa julgada, Liebman.

De acordo com Liebman (1981, p. 55), na esteira de Chiovenda e Carnelutti e diferentemente de Savigny, a coisa julgada se limita aos dispositivos da sentença, não se estendendo aos fundamentos da decisão. Uma vez que define a coisa julgada como sendo “a imutabilidade do comando emergente de uma sentença”, coerentemente conclui que “é só o comando pronunciado pelo juiz que se torna imutável, não a atividade lógica exercida pelo juiz para preparar e justificar a decisão”. Com formidável clareza, Liebman esclarece porque as questões examinadas, mas não sentenciadas, não estão acobertadas pela autoridade da coisa julgada:

... não se abrangem na coisa julgada, ainda que discutidas e decididas, as questões que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, o juiz deverá examinar, como premissa da questão principal (questões prejudiciais, em sentido estrito): foram elas **conhecidas**, mas não **decididas**, porque sobre elas o juiz não sentenciou, e por isso podem ser julgadas livremente em outro processo, mas para fim diverso do objetivado no processo anterior; e o resultado desse processo dever permanecer intangível, mas para qualquer outro efeito subsistem intactas as questões prejudiciais...

Por essa razão, ao invés de estabelecer os limites da coisa julgada com fundamento nas questões discutidas, convém lembrar que o que a coisa julgada deve assegurar é o **resultado prático e concreto do processo** (ou, em outras palavras, o seu efeito), e nada mais que isso; e é, pelo contrário, irrelevante a

amplitude da matéria lógica discutida e examinada. Pode esta ter ultrapassado os limites da questão que foi deduzida no processo como seu objeto, ou pode também ter-se restringido mais do que ela poderia ter comportado, sem que por isso se altere o âmbito em que opera a coisa julgada. E para identificar o **objeto** (sentido técnico) do processo e, em conseqüência, da coisa julgada, é necessário considerar que a sentença representa a resposta do juiz aos pedidos das partes e que por isso (prescindindo da hipótese excepcional de decisão *extra petita*) tem ela os mesmos limites desse pedidos, que ministram, assim, o mais seguro critério para estabelecer os limites da coisa julgada. Em conclusão, é exato dizer que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença; a essa expressão, todavia, deve dar-se um sentido **substancial** e não **formalístico**, de modo que abranja não só a parte final da sentença, mas também qualquer outro ponto em que tenha o juiz eventualmente provido sobre os pedidos das partes. Excluem-se, por isso, da coisa julgada os motivos, mas são eles mesmos um elemento indispensável para determinar com exatidão a significação e o alcance do dispositivo. (LIEBMAN, 1981, p. 56-58, notas).

Para Ada Pellegrini Grinover (LIEBMAN, 1981, notas ao § 1º, p. 8), o Código de 1973 acolheu a teoria da coisa julgada de Liebman “ainda que com algum recuo e certa imprecisão”.

Que a atividade lógica desenvolvida pelo juiz no processo não cai nas malhas da coisa julgada, cuja abrangência se limita ao dispositivo da sentença, é pacífico perante o código em vigor. O estatuto de 1939 havia dado margem a intermináveis dúvidas ao estabelecer, no parágrafo único do art. 287, que “considerar-se-ão decididas todas as questões que constituem premissa necessária da conclusão”. À luz desse dispositivo, parte da doutrina havia reavivado – com algum disfarce – o velho pensamento de SAVIGNY, estendendo a coisa julgada aos fundamentos da decisão. A doutrina dominante, porém, já se firmara no sentido restritivo, entendendo que a abrangência da coisa julgada se limitava ao dispositivo da sentença. E hoje, a limitação da autoridade da coisa julgada ao dispositivo da sentença vem consagrada no art. 469, CPC, que dela exclui expressamente: I – os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III – a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo. (Ibid., p. 10-11).

Barbosa Moreira (1974) também conclui no mesmo sentido. Para ele, o CPC, além de enfático e explícito em definir os limites da coisa julgada, ao incluir um artigo específico para enumerar as matérias excluídas da autoridade da coisa julgada, foi até redundante, pois os motivos, a verdade dos fatos e as questões prejudiciais são, na verdade, todos pressupostos lógicos da solução do litígio, a motivação, as razões de decidir, os fundamentos da sentença. Não bastasse a contundência do art. 469, aponta, a corroborar a inexistência de *res iudicata* além do comando da sentença, a previsão legal da ação declaratória incidente (arts. 5º e 325), instrumento que objetiva obter do juiz sentença incidente, no curso do processo, acerca de questão prejudicial. Ora, se as questões prejudiciais ou outras, de fato e de direito, examinadas pelo julgador no decorrer do *iter* lógico da lide, fossem alcançadas pela autoridade da coisa julgada, não haveria a necessidade de se estabelecer sentença específica para determinada questão. A sentença incidente é necessária caso se queira estabelecer coisa julgada (art. 470) sobre questão prejudicial (passando esta a ser o objeto do pedido da ação declaratória incidental), que não é objeto do pedido inicial e que, portanto, não estará nos contornos da sentença de mérito.

Souza Rego (1984), após fazer brilhante comparativo entre as vantagens e desvantagens dos sistemas “amplexivo” (em que a autoridade da coisa julgada abarca os motivos da decisão), “restritivo” (exclusão dos motivos do âmbito da coisa julgada) e de algumas variações de sistemas mistos, chega à conclusão de “que a autoridade da coisa julgada deve mesmo cobrir, como deflui do sistema do Código de 1973, aliás expresso na exclusão dos motivos, unicamente a atribuição ou negação do ‘bem da vida’ objeto do pedido”, isto é, que o CPC adotou sistema restritivo puro, em que “nenhum fundamento da decisão fica revestido da autoridade da coisa julgada” (Ibid., p. 18, 21).

Cabe, ainda, registrar a posição de Cândido Rangel Dinamarco, a qual expõe de modo simples e categórico os limites objetivos da coisa julgada material estabelecidos pelo ordenamento jurídico e admitidos pelo entendimento amplamente dominante entre os processualistas nacionais<sup>21</sup>:

Na atividade jurisdicional, o juiz dá, sim, solução a questões, mas ele o faz apenas num segmento do *iter* lógico de sua atividade, ao colocar os pilares sobre os quais assentará depois o serviço acabado, que é a solução da causa. A jurisdição não tem vocação às generalizações. E o Código de Processo Civil, refletindo o pensamento amplamente majoritário em doutrina, afasta com firmeza qualquer autoridade de julgado incidente sobre os motivos da sentença, ou sobre a verdade dos fatos por ela admitida, ou seja: afasta a possibilidade de ficarem definitivamente julgadas, com autoridade que depois se projete em outros processos e na própria vida das pessoas, as questões enfrentadas na sentença (cfr. CPC, art. 469, incs. I-II). O que obtém a autoridade da coisa julgada material é apenas o preceito concreto formulado na sentença, ou seja, é a disposição nela contida, acerca da situação concreta trazida para o juiz com o pedido de solução. (DINAMARCO, 1987, p. 192, grifos nossos).

No julgamento de contas ordinárias, os motivos, a fundamentação, as razões de decidir são ou vêm de todos aqueles dados, informações e verificações mencionados anteriormente. O julgamento visa a, precipuamente, emitir uma declaração sobre a regularidade ou não das contas e a dar quitação ou não dessas mesmas contas. Evidentemente, o comando da sentença pode ter outros elementos além do declaratório, como o condenatório e o mandamental<sup>22</sup>. Os relatórios analisados, os demonstrativos acostados, as auditorias realizadas, cada ato efetivamente verificado quanto a sua regularidade, economicidade, legitimidade, efetividade, eficiência, eficácia, compõem os motivos da decisão. Não são, em regra, conteúdo da parte dispositiva da decisão. Quando o são, o que eventualmente acontece quando o Tribunal inclui, explicitamente no texto de sua decisão, declaração de regularidade ou irregularidade acerca de determinado(s) ato(s), cominação de multas, imputação de débitos – o que pressupõe, em geral, um processo de contraditório, onde as partes interessadas manifestam suas razões –, esses pontos ou questões passam a formar coisa julgada administrativa, após o trânsito em julgado, pois fazem parte da parte dispositiva da decisão, deixando de ser apenas motivos, questões prejudiciais ou verdade dos fatos, mas parte, conteúdo da própria sentença de mérito. Mas tão-somente coisa julgada administrativa, no sentido restrito, se a questão decidida disser respeito a legalidade ou legitimidade de determinado ato, o que, como visto, pode ser objeto de posterior apreciação do judiciário, cuja decisão prevalecerá sobre a do Tribunal de Contas.

Não estamos aqui fazendo apenas uma analogia com as disposições do Código de Processo Civil. Como demonstrado, estas refletem as acepções teóricas mais aceitas e abalizadas acerca dos limites objetivos da coisa julgada material. Não defendemos, ademais, que os procedimentos do Tribunal de Contas submetam-se às disposições do CPC, até porque, por óbvio, trata-se de diferentes instâncias, administrativa e judiciária,

independentes. O CPC, contudo, não deixa de ser um dos paradigmas, senão o maior, para o estabelecimento do regramento processual (ou procedimental, para os mais rigorosos) do Tribunal de Contas. Tanto que, por disposição do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União<sup>23</sup>, o CPC lhe é de aplicação subsidiária. Ao se pretender importar o instituto da coisa julgada do processo judiciário para o processo administrativo, não se pode olvidar ou deturpar a construção teórica e científica que o forma.

O que está protegido pela autoridade da coisa julgada, enfim, é apenas o conteúdo da parte dispositiva da sentença, a norma concreta estabelecida por esta. Assim, no julgamento de contas ordinárias, o que está sob o manto da coisa julgada, se e quando esta existir, ou da irretratabilidade, na inexistência daquela, é tão-somente a declaração de regularidade ou de irregularidade, a de quitação, quando for o caso, e os demais elementos contidos expressamente na decisão de mérito. Os limites objetivos da irretratabilidade devem ser os mesmos estabelecidos pela coisa julgada, pois aquela nada mais é do que a coisa julgada restringida ao âmbito administrativo. Por isso é comumente chamada de coisa julgada administrativa.

Ou seja, a irretratabilidade de que se reveste a decisão definitiva em julgamento de contas ordinárias, quanto ao mérito da gestão como um todo, não impede que os pontos e questões que fundamentaram a sentença, mas que não sejam objeto do comando da decisão, que não estejam em seu conteúdo, sejam discutidos em outros processos, desde que estes não tenham o mesmo objetivo das contas – declarar sobre a regularidade das contas do período examinado<sup>24</sup>. O mesmo se aplica, com muito mais pertinência ainda, aos pontos e questões que nem sequer foram objeto de conhecimento.

Ainda que se queira considerar o julgamento de contas como apto a formar coisa julgada material, em descon sideração à teoria da cognição, seus limites objetivos, em consonância com o ordenamento processual pátrio e a melhor doutrina, devem se restringir ao conteúdo da parte dispositiva da decisão. Coisa julgada material ou apenas irretratabilidade, as decisões definitivas transitadas em julgado em processos de contas ordinárias não poderiam impedir que os fatos e atos administrativos referentes ao período analisado fossem objeto de processos autônomos posteriores, onde se apurasse e apreciasse sua legalidade, legitimidade, economicidade.

Resta enfrentar o problema acerca da declaração de quitação. A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União dispõe que, ao julgar as contas regulares ou regulares com ressalva, o Tribunal dará quitação, plena no primeiro caso, aos responsáveis<sup>25</sup>. Segundo a interpretação hoje prevalecente no TCU, dá-se quitação sobre todos os recursos que compuseram a gestão apreciada. Desse modo, não se poderia, sob pena de se violar a coisa julgada, exigir-se, em outro processo, a devolução de recursos já declarados como quitados.

Em primeiro lugar, deve-se considerar o já exposto sobre a cognição em processos de contas ordinárias. Sendo a cognição, em geral, parcial e superficial, as decisões transitadas em julgado não formam coisa julgada, mas apenas a irretratabilidade do *decisum*. Em segundo lugar, deve ser averiguado qual é o real significado dessa declaração de quitação, para então se estabelecer os limites objetivos da irretratabilidade, que, como visto, devem ser buscados no conteúdo do comando da decisão, tal qual acontece com os limites objetivos da coisa julgada material.

Se partirmos do pressuposto que, conforme quer a corrente atualmente majoritária no Tribunal de Contas da União, a declaração contida na decisão de julgamento de contas constitui uma quitação de todos os recursos geridos pelos responsáveis, no sentido de que estes nada mais devem ao erário em relação àqueles recursos, pois tidos como bem



aplicados, então o conteúdo dessa declaração implica limites objetivos muito mais amplos do que a declaração acerca da regularidade das contas.

Pois esta última, sem dúvida, reflete um juízo de mérito formado a partir do confronto e da ponderação dos dados, informações, verificações e análises constantes do processo. Não significa uma declaração de que todos os atos administrativos cometidos no período foram considerados regulares, eficientes, eficazes, etc, mas que, confrontados aqueles submetidos a conhecimento, formou-se um entendimento de que o conjunto da gestão, sopesados todos seus aspectos, pode ser considerado regular, mesmo na ocorrência de eventuais irregularidades ou deficiências reputadas de menor importância. Quanto a isso, atualmente não há dissensão. Tanto que o Regimento Interno do TCU expressamente estabelece que “a aplicação de multa em processo de fiscalização não implicará prejulgamento das contas ordinárias da unidade jurisdicionada, devendo o fato ser considerado no contexto do demais atos de gestão do período envolvido”<sup>26</sup>. É, pois, uma declaração acerca do desempenho, em sentido amplo, da gestão, e não sobre a regularidade de cada ato individualmente considerado.

Situação bem diversa seria a da declaração de quitação, segundo o entendimento vigente. Pois significaria que o conteúdo da declaração diz respeito a todos os recursos geridos, sem exceções. Assim, cada recurso utilizado, individualmente considerado, estaria alcançado pelos limites objetivos da irretroatividade da decisão.

Não vemos como concordar com esse entendimento. Primeiro, porque encerra uma evidente contradição sob o aspecto da cognição efetuada no processo de contas ordinárias. Tanto quanto a declaração acerca da regularidade das contas, a declaração de quitação, se entendida como quitação dos recursos utilizados, é resultado da mesma cognição parcial e superficial que informou aquela, e, portanto, ambas as declarações consubstanciam um juízo de possibilidade, verossimilhança ou possibilidade<sup>27</sup>. Não são juízos de certeza, que se formam a partir de cognição exauriente (CÂMARA, 2005, p. 279-283). Desse modo, não se pode querer atribuir um juízo de certeza tão abrangente como consequência de um conhecimento tão precário como o que acontece no processo de contas ordinárias.

Segundo, e principalmente, porque a quitação a que se refere a lei não pode ser entendida como referente aos recursos utilizados. A quitação diz respeito, sim, à prestação de contas em si, como obrigação imposta pela Constituição a todos que utilizem ou guardem, de algum modo, recursos públicos.

Conforme os melhores dicionários da língua portuguesa, quitar é satisfazer uma dívida ou obrigação, desobrigar alguém do que devia dar ou fazer, desembaraçar-se, livrar-se de algo, de uma obrigação, de uma dívida. Os responsáveis pelo uso de recursos públicos, ao submeterem suas contas ordinárias ao Tribunal de Contas, não estão em dívida, em princípio, para com o erário ou para com o próprio Tribunal em relação aos recursos geridos. Estão em dívida, sim, até aquele momento, com sua obrigação de prestar contas, de apresentar sua prestação de contas na forma legalmente estabelecida, ao Estado e à sociedade.

Os gestores de recursos públicos só se tornam devedores em relação aos recursos a partir do momento em que lhes é imputado algum débito, em que lhes é atribuído algum prejuízo causado ao erário. Nesses casos, o instrumento adequado para apuração dos fatos, definição de responsabilidades, mensuração e imputação da dívida é a tomada de contas especial, embora tal procedimento também possa se dar em um processo de contas ordinárias.

Ao julgar as contas, o Tribunal dá como satisfeita, ou não, a obrigação dos gestores em apresentar sua prestação de contas. A isso é que se refere a quitação, à entrega e à aceitação da prestação de contas ordinárias. Essa não é uma interpretação puramente literal da lei, mas principalmente sistêmica. Ao julgar as contas regulares sem ressalvas, dá-se quitação plena. Ao julgar regulares com ressalva, dá-se quitação. Considerando-as irregulares, não há declaração de quitação<sup>28</sup>. Ora, a adjetivação dada à quitação na primeira situação não é inútil, cria uma diferenciação entre a declaração de quitação plena e a de quitação, de acordo com a existência ou não de ressalvas às contas, ou seja, com a verificação ou não de falhas e impropriedades, ou mesmo de irregularidades de menor importância.

Vê-se, assim, que o entendimento de que a quitação se refere aos recursos geridos é incompatível com o conjunto das disposições da Lei 8.443/92. Pois, se há uma quitação plena e outra “não-plena”, implicaria dizer, forçosamente, que a primeira abrangeria todos os recursos geridos e a segunda, não. Então, quais seriam os recursos considerados não quitados? Se nem todos os recursos foram quitados, permaneceriam os responsáveis pelas contas em dívida em relação a parte deles. Isto é absolutamente incongruente com a sistemática de julgamento de contas estabelecida pela lei, pois se há débito para com o erário, as contas devem ser julgadas irregulares<sup>29</sup>. Por outro ângulo, se não há quitação no julgamento pela irregularidade, significaria dizer que os gestores permaneceriam em dívida em relação a todos os recursos geridos no período, o que é, também, absolutamente incompatível com o conjunto da lei e até mesmo com o princípio da ampla defesa, pois, por óbvio, só são imputados débitos e penas, como consequência do julgamento pela irregularidade<sup>30</sup>, em relação a questões submetidas ao contraditório.

Portanto, a declaração de quitação se refere à satisfação de uma obrigação que atinge a todos os gestores públicos. Esse é o entendimento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1974, p. 172), para quem dar quitação é ter as contas como prestadas. Quando julga as contas regulares, ou seja, quando estas “expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável”, o TCU dá como plenamente satisfeita a obrigação de prestar contas dos recursos utilizados. Quando considera que há “impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao erário”, julga as contas regulares com ressalva e declara satisfeita a obrigação de apresentar as contas, mesmo estas apresentando algumas falhas, mesmo havendo alguns “senões” quanto ao cumprimento da obrigação. Quando julga as contas irregulares, o Tribunal não dá como satisfeita a obrigação de prestar contas, em razão da própria inexistência destas ou das graves irregularidades que as inquinam. Por isso, não há declaração de quitação.

Assim, a declaração de quitação emitida nos julgamentos pela regularidade das contas ordinárias não cria impedimentos para que, posteriormente, se apurem irregularidades e eventualmente se imputem débitos referentes ao período de gestão já julgado, pois a irretratabilidade da declaração cinge-se à quitação em si, compreendida como a satisfação da obrigação dos gestores em apresentar suas contas ao Tribunal de Contas.

## CONCLUSÕES

Sob a perspectiva da imutabilidade do comando da decisão, o julgamento de contas ordinárias está apto a formar coisa julgada, no que se refere ao mérito das contas, pois se amolda àquela espécie de decisão administrativa irrevogável e irretratável pela própria administração e, a par disso, não pode ser revisto pelo judiciário, por ser essencialmente

de mérito administrativo. São julgamentos insuscetíveis de rediscussão quanto ao conteúdo da declaração que emitem, considerando-se que a anulação administrativa ou judiciária não descaracteriza a coisa julgada, mas apenas a desconstitui.

Contudo, a cognição levada a efeito nos processos de contas ordinárias não tem profundidade e alcance suficientes para a formação da autoridade da coisa julgada. São decisões tão-somente irretratáveis pela administração, amparadas em juízos de possibilidade e probabilidade, não possuindo os atributos necessários, pacificamente considerados pelos autores administrativistas, para o estabelecimento do instituto da coisa julgada, a não ser, em princípio, para aquelas questões submetidas ao crivo do contraditório, em que há cognição exauriente, e cuja resolução conste do dispositivo da sentença.

De qualquer forma, ainda que se queira desconsiderar a teoria da cognição, sendo as decisões em processos de contas ordinárias apenas irretratáveis ou aptas a formar coisa julgada, certo é que os limites objetivos de sua imutabilidade cingem-se, de acordo com a melhor doutrina e em consonância com o ordenamento processual pátrio, ao conteúdo da parte dispositiva das sentenças, não alcançando, portanto, a motivação, os fundamentos da sentença, as razões de decidir.

Assim, no julgamento de contas ordinárias, o que está sob o manto da imutabilidade é tão-somente a declaração de regularidade ou de irregularidade sobre a gestão como um todo, a de quitação, quando for o caso, e os demais elementos contidos expressamente na parte dispositiva da decisão. Essa imutabilidade não impede que os pontos e questões que fundamentaram a sentença, mas que não são objeto da decisão de mérito, que não estão em seu conteúdo, sejam discutidos em outros processos.

A declaração de quitação emitida nos julgamentos pela regularidade das contas ordinárias diz respeito à prestação de contas em si, como obrigação constitucional imposta a todos que utilizem ou guardem, de algum modo, recursos públicos. Refere-se à satisfação da obrigação dos gestores em apresentar suas contas ao Tribunal de Contas e não à quitação dos recursos geridos. Portanto, a imutabilidade da declaração de quitação não cria obstáculos para que, posteriormente, se apurem irregularidades e eventualmente se imputem débitos referentes ao período de gestão julgado.

Enfim, verifica-se que o art. 206 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União – ao criar impedimento para apuração e apreciação, em processos autônomos, de irregularidades conhecidas posteriormente ao julgamento das contas ordinárias – utiliza inapropriadamente a autoridade da coisa julgada, visto que contraria a construção epistemológica do instituto e é incongruente com o conjunto do ordenamento processual brasileiro.

Os normativos e as práticas internas ao Tribunal de Contas da União dão cada vez mais importância às demais competências em detrimento do julgamento das contas ordinárias, percebendo a maior efetividade daquelas para o controle. Nesse sentido, vem o Tribunal, progressivamente, adotando medidas visando à simplificação dos procedimentos de formação, análise e apreciação desses processos, de forma a redirecionar seus recursos e esforços para instrumentos mais eficientes e efetivos de controle, mais próximos à sociedade e aos órgãos estatais, além de mais tempestivos em ação e resultados, como a realização de auditorias, a apuração de denúncias e representações, a resposta a consultas.

Verifica-se, diante disso, uma contradição nos normativos internos que regulam a ação do TCU. Enquanto, por um lado, simplificam-se e superficializam-se cada vez mais os processos de tomada e prestação de contas anuais, tornando-os peças essencialmente formais,

por outro, por meio da exposta inovação regimental, confere-se ao seu julgamento caráter de abrangência suficiente a embargar posterior apreciação de atos relativos ao mesmo período.

O objetivo da Constituição, ao exigir o julgamento das contas dos administradores públicos, é possibilitar o mais amplo espectro de atuação do controle externo, fazendo-o presente em todos os recantos administrativos e capaz de, potencialmente, atingir todos os atos e ações dos gestores. Não o de conceder proteção incondicional da autoridade da coisa julgada para atos administrativos que não sofreram processo de cognição suficiente por parte do Tribunal de Contas.

Configura-se, assim, uma indesejada subversão do princípio da prestação de contas. Instituído como prerrogativa pela e da sociedade como modo de se proteger contra governantes e administradores ímprobos ou incapazes, transmuta-se, um de seus instrumentos, em proteção para aqueles a quem a sociedade gostaria de ver punidos e impedidos de gerir recursos públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n.32, p. 23-29, 1996.

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. Natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, n. 27, p. 223-247, 2001.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Texto constitucional de 5 de outubro de 1988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/1992 a 48/2005. **Boletim do Tribunal de Contas da União** – especial, Brasília, n. 14, 24 ago. 2005.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, seção I, p. 1, 17 jan.1973.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a lei orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, seção I, p. 9457-9458, 17 jul.1992.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, seção I, p. 1, 1 fev. 1999.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 7861/DF. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 11 de setembro de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 169, 07 out. 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 7863/DF. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, 11 de setembro de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 241, 16 dez. 2002.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de segurança nº 9384/DF. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 23 de junho de 2004. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 130, 16 ago. 2004.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança nº 13542/SP. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 12 de agosto de 2003. **Diário da Justiça**, Brasília, p. 343, 22 set. 2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Acórdão Plenário 187/2001. Redator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Brasília, 8 de agosto de 2001. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, seção I, 5 set. 2001.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. Decisão Plenário 1505/2002. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 6 de novembro de 2002. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, seção I, 19 nov. 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 44, n. 3, p. 13-31, jul./set. 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1988.

COSTA, Carlos Casimiro. Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba**, João Pessoa, v. 2, n. 4, p. 57-89, jul./nov. 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

517

\_\_\_\_\_. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, Brasília, ed. esp., n. 145, p. 45-56, 1987.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. VI.

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 36, p. 129-148, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 27, n.70, p. 23-36, 1996.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo** – atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Francisco. **Dicionário de sinônimos e antônimos da língua portuguesa**. 37. ed. rev. e amp. por Celso Pedro Luft. São Paulo: Globo, 1998.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. Limites à revisibilidade judicial das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 27, n.70, p. 39-71, 1996.

\_\_\_\_\_. O devido processo legal e a TCE. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v. 22, p. 21-23, 1996.

\_\_\_\_\_. O julgamento pelos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, v. 22, p. 25-28, 1996.

\_\_\_\_\_. **Tomada de contas especial** – processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

FERRAZ, Sérgio ; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria geral do processo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LAPA, José Borba Pedreira. Lineamento constitucional do Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal**, Brasília, n. 8, p.33-46, 1978.

LEAL, Vítor Nunes. Valor das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 12, p. 418-431, 1948.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença** e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, especialmente legitimação. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 294-311, mai./1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5. ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. e atual. Campinas: Millennium, 1999, v IV.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. II.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. III.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo V.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, p. 273-285, 1984.

\_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 246, p. 30-33, 1974.

\_\_\_\_\_. **Temas de direito processual**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

MUKAI, Toshio. Os Tribunais de Contas no Brasil e a coisa julgada. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 27, n. 70, p. 83-86, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Castro. **Do mandado de segurança** e de outros meios de defesa contra atos do Poder Público. 7. ed. atual. por José de Aguiar Dias. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

PAULA, Alexandre de. **Código de processo civil anotado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa julgada civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.

REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada (em especial, os arts. 810 e 817 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 7-23, 1984.

RESTIFFE, Lauro Paiva. Aspectos práticos da coisa julgada. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 48, p. 13-16, 1977.

SILVA, José Afonso da. Limites da coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 417, p. 41-49, 1970.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 37, p. 270-285, 1985.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil** : processo de conhecimento. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Regimento Interno do Tribunal de Contas da União. Aprovado pela Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002. **Boletim do Tribunal de Contas da União** – especial, Brasília, n. 1, 6 fev. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WATANABE, Kazuo. **Controle jurisdicional**: princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro e mandado de segurança contra atos judiciais. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

520 | \_\_\_\_\_. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

## NOTAS

Lei 8.443/92, art. 7º, parágrafo único.

<sup>2</sup> Lei 8.443/92, arts. 17 e 18.

<sup>3</sup> “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, **ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.**” (grifo nosso)

<sup>4</sup> Consoante o art. 75 da Constituição Federal, as normas estabelecidas por seus artigos 70 a 74 “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”.

<sup>5</sup> Posição contestada por Barbosa Moreira (1984, p. 276), para quem a relação entre eficácia da sentença e imutabilidade de seu conteúdo deve ser analisada de acordo as disposições de cada ordenamento jurídico.

<sup>6</sup> Não obstante Liebman, posteriormente à publicação de sua teoria, ter procurado explicar que os “efeitos” a que se refere são exteriores à relação jurídica: “Observou-se, contudo, que a essa definição contradiria a circunstância inegável de que uma relação jurídica que foi objeto de sentença pode ser sucessivamente modificada pelas partes. A objeção, porém, não me parece fundada, porquanto confunde o objeto com o resultado do processo: o que a coisa julgada torna imutável é o efeito da sentença, isto é, a declaração ou a mudança, não a relação jurídica em que incide o efeito, relação sobre a qual conservam as partes plena e íntegra a sua liberdade de disposição.” (LIEBMAN, 1981, p. 183).

<sup>7</sup> Veja-se, como exemplo ilustrativo, a explicação de Liebman para o termo “efeitos”, reproduzida na nota anterior.



- <sup>8</sup> Como, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Hely Lopes Meirelles, Diógenes Gasparini, além do próprio Liebman (em razão de seu trabalho e influência no direito pátrio, não podemos deixar de considerar Liebman como um autor, também, nacional).
- <sup>9</sup> Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV.
- <sup>10</sup> Nesse sentido, também José Cretella Júnior (2003, p. 255).
- <sup>11</sup> Ver STJ-RMS 13542/SP, STJ-MS 9384/DF, STJ-7863/DF, STJ-7861/DF e os precedentes a que remetem.
- <sup>12</sup> “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação.**” (grifo nosso)
- <sup>13</sup> “A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e **pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.**” (grifo nosso)
- <sup>14</sup> “O não-conhecimento do recurso não impede a Administração de **rever de ofício o ato ilegal, desde que não ocorrida preclusão administrativa.**” (grifo nosso)
- <sup>15</sup> “Se da aplicação do disposto neste artigo [modificação, anulação ou **revogação**, total ou parcial, **decorrente de apreciação de recurso**] puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.” (grifos nossos)
- <sup>16</sup> “Da **revisão** [a pedido ou **de ofício**] do processo [que resultou em sanção] **não poderá resultar agravamento da sanção.**” (grifos nossos)
- <sup>17</sup> Todo o raciocínio desenvolvido aqui para as decisões definitivas em processos de tomada ou prestação de contas ordinárias é válido para os de contas extraordinárias, visto que estas diferem daquelas apenas por não se referirem a um exercício financeiro completo.
- <sup>18</sup> Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Júnior, Lúcia Valle Figueiredo, Daniel Blume Pereira de Almeida, Odete Medauar, A. J. Ferreira Custódio.
- <sup>19</sup> Seabra Fagundes, Pontes de Miranda, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, Carlos Casimiro Costa, Rodolfo Mancuso.
- <sup>20</sup> Liebman, Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Di Pietro, Diógenes Gasparini, José Frederico Marques, entre outros.
- <sup>21</sup> Podemos citar ainda, dentre outros, Nelson Néry Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, Alexandre de Paula, José Frederico Marques, Pedro Batista Martins. Em posição contrária, mas flagrantemente minoritária, Ronaldo Cunha Campos.
- <sup>22</sup> Seguindo a classificação consagrada por Pontes de Miranda.
- <sup>23</sup> Art. 298.
- <sup>24</sup> Sobre eficácia preclusiva, ver Barbosa Moreira (1977, p. 97-109).
- <sup>25</sup> Lei 8.443/92, arts. 17, 18 e 23.
- <sup>26</sup> Art.250, § 5º.
- <sup>27</sup> Utilizando-se a terminologia de Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 279-283).
- <sup>28</sup> Lei 8.443/92, arts. 17, 18, 19 e 23.
- <sup>29</sup> Lei 8.443/92, art. 16.
- <sup>30</sup> Lei 8.443/92., art. 19.



VALDIR LAVORATO

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1. PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL; PUNIÇÃO DO LITIGANTE DE MÁ-FÉ NO PROCESSO DO TCU; 2.1 PRESENÇA DE LITIGANTES NO PROCESSO DO TCU; 2.2 A DESLEALDADE NO PROCESSO DO TCU É EXERCIDA CONTRA O ESTADO; 2.3 REQUISITOS PARA IMPOSIÇÃO DE MULTA AO LITIGANTE ÍMPROBO; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## INTRODUÇÃO

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (TCU) – Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 – não prevê mecanismos para coibir plenamente a infração ao dever de boa-fé por aqueles que figuram como responsáveis nos processos da Corte de Contas – exceto quanto às hipóteses previstas nos incisos IV, V e VI do art. 58, que visam a reprimir atitudes protelatórias.

O texto constitucional incumbe o TCU do exercício do controle externo, em especial o julgamento de contas e a realização de fiscalizações. “Tamanha é a importância da prestação de contas, no espectro republicano, que o Texto Magno a positivou na sobranceira posição de ‘princípio’ (art. 34, VII, ‘d’).”<sup>1</sup>

Decerto que o cumprimento dessa importante missão constitucional não pode ser obstado por atitudes processuais antiéticas, praticadas pelos responsáveis nos processos do Tribunal de Contas.

523

Nesse sentido, o presente artigo ocupa-se em avaliar a possibilidade da utilização subsidiária de disposições do Código de Processo Civil para coibir condutas contrárias ao dever de boa-fé nos processos do TCU.

O trabalho está estruturado em três seções, sendo a primeira reservada a esta apresentação. A segunda seção destina-se a apresentar o conceito de lealdade processual e sua previsão do Código de Processo Civil. A última seção, por sua vez, cuida de avaliar a possibilidade de punição do litigante de má-fé no processo do Tribunal de Contas, a partir da aplicação de disposições do CPC.

## 1. PRINCÍPIO DA LEALDADE PROCESSUAL

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa garantem ampla liberdade para que as partes e seus procuradores defendam seus interesses em processo judicial ou administrativo. Essa liberdade, entretanto, encontra limite em postulados éticos e morais. “Sendo o processo, por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos.”<sup>2</sup>

O princípio da lealdade processual encontra-se expresso no artigo 14 do Código de Processo Civil, que impõe às partes e a todos aqueles que participam do processo o dever de: expor os fatos em juízo conforme a verdade (inciso I); proceder com lealdade e boa-fé

(inciso II); não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento (inciso III); não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do Direito (inciso IV); e cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final (inciso V).

O dever de lealdade processual (inciso II) acaba por abarcar todas as demais hipóteses. Nesse sentido, Valter Ferreira Maia faz notar que:

a presença no artigo 14 de dois valores éticos que, não obstante estejam expressos no inciso II deste artigo, permeiam todos os demais incisos do mesmo. Trata-se de proceder com lealdade e com boa-fé, que permitem concluir que o artigo 14 do Código de Processo Civil, na verdade, disciplina o princípio da lealdade processual.<sup>3</sup>

Ao agir em desconformidade com o disposto no artigo 14 do Código de Processo Civil, as partes atentam contra a boa-fé processual e assumem a condição de litigantes ímprobos. Rui Stoco, citando Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, assim conceitua o litigante de má-fé:

É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas **positivamente**, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no art. 14 do CPC. (grifo do original).<sup>4</sup>

O artigo 17 do CPC descreve as condutas que caracterizam infração ao dever de lealdade processual enunciado no artigo 14:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Trata-se de rol taxativo, no qual se pretendem tipificados todos os atos não compatíveis com a boa-fé. Especifica-se o que já se encontrava genericamente previsto no sistema. Existe, pois, intenso nexos entre os arts. 14 e 17.<sup>5</sup>

Constatada a litigância de má-fé, a parte infratora será condenada ao pagamento de multa de até um por cento do valor atribuído a causa, em razão do seu comportamento inadequado. “Essa pena decorre apenas da má-fé e não tem caráter indenizatório.”<sup>6</sup>

Além de incorrer em multa, o litigante de má-fé poderá ser condenado a indenizar a parte contrária dos prejuízos sofridos e a ressarcir as despesas processuais desta, incluindo os honorários advocatícios.

A imposição de sanção ao litigante ímprobo decorre do disposto nos artigos 16 e 18 do Código de Processo Civil:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

[...]

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

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Ao agir com má-fé, o litigante não ofende apenas o seu oponente, mas também o Estado, que tem a responsabilidade de distribuir a justiça e promover a paz social. “O que há é um dever das partes para com o Estado, um ‘atuar com probidade’ que é devido ao Estado”.<sup>7</sup> Essa agressão deve ser prontamente repelida pelo Estado-juiz, de ofício ou a requerimento.

## 2. PUNIÇÃO DO LITIGANTE DE MÁ-FÉ NO PROCESSO DO TCU

Constatada a ausência de dispositivo que tipifique as condutas contrárias ao dever de lealdade processual e que estabeleça a sanção aplicável ao litigante de má-fé na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas, deve-se avaliar a possibilidade de utilizar os parâmetros do CPC para colmatar essa lacuna.

O uso das disposições do Código de Processo Civil para suprir lacunas das regras processuais acomodadas na Lei Orgânica e no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União não é recente. A Súmula nº 103, de 25 de novembro de 1976, estabelece que “na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Tribunal, aprovado por meio da Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002, autoriza o uso, em caráter subsidiário, de disposições do Código de Processo Civil e de outras normas processuais:

Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

O Regimento Interno do TCU prevê, ainda, a possibilidade de uso de disposições das “leis processuais aplicáveis subsidiariamente aos processos do Tribunal” para o suprimento de nulidades (art. 172, parágrafo único).

De igual sorte, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 24.961-7, reconheceu a validade da aplicação subsidiária de disposição do CPC a processo administrativo do Tribunal de Contas:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, “DJ” de 28.6.2002. II. - **Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC.** Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido. (grifei).<sup>8</sup>

Deve-se ter presente, entretanto, que não se pode utilizar indiscriminadamente os preceitos do Código de Processo Civil ou de outra norma processual nos processos em curso no Tribunal de Contas.

A integração de lacunas deve observar o disposto nos arts. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) e 126 do CPC, que prescrevem o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (LICC)

Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito. (CPC)

Tratando-se da transposição de dispositivos de norma processual para os processos do TCU o único método de integração possível é a analogia, que consiste “em aplicar, a um caso não contemplado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma norma prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado.”<sup>9</sup>

A aplicação analógica requer, entretanto, o atendimento a determinados pressupostos. A primeira exigência é que “o caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica”, pois “se houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva”.<sup>10</sup>

O segundo pressuposto a ser cumprido refere-se aos elementos de identidade entre o caso não contemplado (litigância de má-fé no processo do TCU) e o previsto na norma (arts. 14, 16, 17 e 18 do CPC). Exige-se “uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações”.<sup>11</sup> Carlos Maximiliano assim leciona sobre a exigência de semelhança entre o caso não contemplado e o previsto:

Este elemento não pode ser qualquer, e, sim, **essencial, fundamental**, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo. Não bastam afinidades aparentes, semelhança **formal**; exige-se a **real**, verdadeira igualdade sob um ou mais aspectos, consistente no fato de se encontrar, num e noutro caso, o mesmo princípio básico e de ser uma só idéia geradora tanto da regra existente como da que se busca. A hipótese nova e a que se compara com ela, precisam

assemelhar-se na essência e nos efeitos; é mister exigir em ambas a mesma razão de decidir. Evitem-se as semelhanças aparentes, sobre pontos secundários. O processo é perfeito, em sua relatividade, quando a frase jurídica existente e a que da mesma se infere deparam como entrosadas as mesmas idéias **fundamentais**. (grifos do original).<sup>12</sup>

O legislador infraconstitucional, apesar de não ter previsto mecanismos para reprimir todos os casos de litigância de má-fé no processo do TCU, dotou a Corte de Contas de meios para enfrentar a postura tendente a retardar o andamento dos seus processos.

Nesse contexto, o artigo 58 da Lei Orgânica do TCU autoriza a aplicação de multa aos responsáveis que não atenderem à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal (inciso IV), obstruírem o livre exercício de inspeções e auditorias (inciso V) ou sonegarem processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias (inciso VI).

Além de viabilizar a aplicação de multa de natureza processual, a Lei Orgânica autoriza o Tribunal a afastar temporariamente o responsável<sup>13</sup>, “se existirem indícios de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção” (art. 44).

Essas hipóteses se subsumem ao disposto no artigo 17, inciso IV, do Código de Processo Civil, mas não alcançam todas as situações nele contempladas. Dessa forma, o uso do disposto nos artigos 17 e 18 do CPC para reprimir a litigância de má-fé nos processos do TCU não configura uma situação inteiramente nova, apenas amplia o rol de condutas contrárias ao dever de lealdade processual.

O preenchimento do segundo pressuposto, entretanto, exige maior cuidado. É necessário identificar os elementos de identidade entre a situação regulada pelo CPC e aquela que se apresenta nos processos administrativos do TCU.

A possibilidade de punição do litigante ímprobo no processo do TCU está centrada em dois argumentos: a presença de litigantes no processo do Tribunal de Contas e, principalmente, o fato de a deslealdade processual ser exercida contra o Estado.

## 2.1 Presença de litigantes no processo do TCU

A regularidade das contas submetidas ao julgamento do TCU é avaliada por meio de processo, que, apesar de sua natureza administrativa, não se comporta como mero procedimento.

A moderna doutrina tem caracterizado o processo como espécie do gênero procedimento administrativo, em razão da colaboração dos interessados sob a forma de contraditório. Sobre o tema, assim disserta Odete Medauar:

O rol dos critérios comumente invocados para distinguir procedimento e processo revela não só o empenho científico de administrativistas e processualistas na caracterização de cada uma das figuras, mas também a própria evolução da matéria no rumo da valorização procedimental, da mais precisa noção do processo e da idéia de existência de processualidade no exercício de todos os poderes estatais.

Essa evolução culmina, principalmente, na concepção do procedimento-gênero, como representação da passagem do poder em ato. Nesse enfoque, procedimento consiste na sucessão necessária de atos encadeados ente si que antecede e precede um ato final. **O procedimento se expressa como processo se for prevista a cooperação de sujeitos, sob prisma contraditório.** (grifei)<sup>14</sup>

Benjamin Zymler acrescenta que a atuação dos colaboradores nos processos administrativos “visam a defender um interesse próprio e, somente de forma mediata, atendem a interesse da Administração Pública.”<sup>15</sup>

O processo no Tribunal de Contas informa-se, entre outros, pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, por força da disposição constitucional que assegura essa garantia aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral:

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

Registre-se, por oportuno, que parte da doutrina brasileira tem entendido como litigantes “as partes que se envolverem em controvérsia, em razão de conflito de interesse.”<sup>16</sup> Nesse conceito enquadra-se a figura do responsável no processo do TCU (art. 144 do Regimento Interno do TCU).

Vale lembrar que a relação processual triangular no Tribunal de Contas é *sui generis*, posto que “a unidade técnica do TCU incumbida da instrução do processo e o próprio responsável posicionam-se em dois vértices (partes), enquanto o terceiro, destinado ao ‘Estado-juiz’, é ocupado pelo relator ou Colegiado competente (Câmaras ou Plenário).”<sup>17</sup>

528

Afastando-se da exegese majoritária, Carlos Ayres Britto vê nos processos instaurados pelo Tribunal de Contas uma ontologia própria. “São processos de contas, e não processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos.”<sup>18</sup> (grifo do original). O autor assim justifica a classificação desses processos como não-administrativos:

Que também não sejam processos administrativos, basta evidenciar que as Instituições de Contas não julgam da própria atividade *externa corporis* (quem assim procede são os órgãos administrativos), mas da atividade de outros órgãos, outros agentes públicos, outras pessoas, enfim, Sua atuação é consequência de uma precedente atuação (a administrativa), e não um proceder originário. E seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se que tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo, e em que medida.<sup>19</sup> (grifo do original).

Por não interpretar o processo do Tribunal de Contas como judicial ou administrativo, Carlos Ayres Britto afasta desse processo a figura do litigante a que se refere o art. 5º, inciso LV, da Constituição. Todavia, o autor reconhece a necessidade do contraditório e da ampla defesa “se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado”<sup>20</sup>, vez que a Constituição estende essa garantia aos “acusados em geral”.

Deve-se ter presente, entretanto, que a simples existência de processo no TCU, não implica a presença de litigante.



Em face da peculiaridade do processo no Tribunal de Contas, o responsável não assume, de imediato, a condição de litigante. No processo administrativo do TCU – ou no “processo de contas”, como prefere Carlos Ayres Britto – o responsável somente se transforma em litigante com a inauguração do contraditório.

Todavia, o contraditório somente será instaurado nos casos em que o Tribunal de Contas identificar situação que possa configurar a prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, a ocorrência de dano ao Erário, ou, ainda, o desfalque ou desvio de dinheiros, bens e valores públicos. Não observada qualquer dessas hipóteses, o responsável não assumirá a condição de litigante ou de acusado e o processo será apreciado sem a instauração do contraditório.

De igual forma, se ao interessado<sup>21</sup> não for atribuída conduta contrária à lei não se estabelecerá o contraditório em relação a este.

O Código de Processo Civil considera como litigante, para efeito de responsabilização por dano processual, o autor, o réu e o interveniente (art. 16). Essas figuras também podem ser encontradas no processo do Tribunal de Contas, apesar da sua relação processual peculiar.

A figura do réu no CPC está associada a do responsável no processo do Tribunal de Contas, desde que inaugurado o contraditório. Todavia, se o processo no TCU se desenvolver sem que o responsável seja citado ou ouvido em audiência, não haverá a figura do litigante ou do réu.

O interveniente de que trata o Código de Processo Civil, por sua vez, tem por correspondente no processo do TCU o interessado, nos termos do art. 144, § 2º, do Regimento Interno. A Lei Orgânica e o Regimento Interno do Tribunal garantem ao interessado as mesmas prerrogativas processuais conferidas ao responsável.

Situação menos comum no TCU diz respeito à figura equivalente a do autor. Essa situação parece estar restrita ao caso de denúncia (art. 53, da Lei Orgânica do TCU). Embora o denunciante não disponha de meios para impulsionar o processo ou para recorrer das respectivas decisões, ele pode incidir em algumas situações caracterizadoras da litigância de má-fé preconizadas pelo CPC, a exemplo dos incisos II e III do art. 17.

A Lei Orgânica do TCU põe o denunciante a salvo de qualquer sanção administrativa, cível ou penal, em decorrência da denúncia, “salvo em caso de comprovada má-fé” (art. 55, § 2º).

Da presença do litigante ou do acusado nos processos do Tribunal de Contas decorre a possibilidade de transgressão ao dever de lealdade processual e, por conseqüência, a aplicação de penalidades.

## 2.2 A deslealdade no processo do TCU é exercida contra o estado

Os alicerces do controle externo estão assentados no ideário republicano, que inspira a construção da nossa sociedade. Carlos Ayres Britto registra que “numa República impõe-se responsabilidade jurídica pessoal a todo aquele que tenha por competência (e conseqüente dever) cuidar de tudo que é de todos, assim do prisma da decisão como do prisma da gestão.”<sup>22</sup>

Essa responsabilidade pessoal se insere no conceito de *accountability*, que traduz a obrigação daqueles que administram bens e valores públicos ou privados a responder pelos resultados de sua gestão. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), assim conceitua *accountability*:

Obrigação de demonstrar que o trabalho se desenvolve segundo as regras e normas acordadas e de declarar, de forma precisa e imparcial, os resultados obtidos em comparação com a responsabilidade do cargo e os planos propostos. Isso pode exigir uma demonstração cuidadosa, inclusive judicialmente, de que o trabalho realizado é compatível com os termos pactuados. (tradução própria).<sup>23</sup>

Ana Maria Campos, citando Frederich Mosher, acrescenta que “a *accountability*, sendo uma responsabilidade objetiva, ‘acarreta a responsabilidade de uma pessoa ou organização perante uma outra pessoa, fora de si mesma, por alguma coisa ou algum tipo de desempenho’”.<sup>24</sup>

O gestor público tem, portanto, o dever de prestar contas da conformidade e dos resultados da sua gestão. Nesse sentido, a Constituição Federal confere ao TCU a missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por bens e valores públicos (arts. 70, parágrafo único, e 71, inciso II) e de fiscalizar a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos responsáveis por bens e valores públicos, sob a ótica da legalidade, da legitimidade e da economicidade (arts. 70 e 71, incisos IV, V e VI).

A principal competência do TCU é, sem dúvida, a de julgar contas. Competência esta que é exercida com exclusividade.<sup>25</sup> Sua atividade fiscalizadora é acessória e tem o condão de subsidiar o exame das contas dos administradores e demais responsáveis indicados no art. 71, inciso II, da Constituição Federal.

A fiscalização do Tribunal visa a “assegurar a eficácia do controle” e a “instruir o julgamento das contas” dos gestores públicos (Lei Orgânica do TCU, art. 41). De igual sorte, o Regimento Interno do TCU determina o apensamento dos processos de fiscalização às contas correspondentes, se úteis à apreciação destas (art. 250, incisos I e II, e §§ 2º e 4º).

A atividade fiscalizadora do TCU se caracteriza, pois, como espécie do gênero julgamento de contas e contribui para dar efetividade ao princípio constitucional da prestação de contas (art. 34, inciso VII, alínea ‘d’).

É por intermédio da atuação do Tribunal de Contas que o Estado exerce a função de controle externo. Assim, quando o responsável usa de artifício contrário a boa-fé para retardar ou impedir que o TCU cumpra sua missão constitucional há uma ofensa direta ao Estado.

É exatamente a ofensa ao Estado que justifica a repressão à litigância de má-fé no Código de Processo Civil. Esse é o elemento de conexão entre a situação prevista no CPC e a não regulada na Lei Orgânica do TCU.

Se não se pode admitir a deslealdade nos processos regulados originariamente pelo CPC, com igual razão não se pode tolerar a má-fé nos processos promovidos pelo Tribunal de Contas, no exercício do controle externo, pois, em ambos os casos, o abuso processual é exercido contra o Estado.

## 2.3 Requisitos para imposição de multa ao litigante ímprobo

Constatada, pois, uma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC, cabe ao Tribunal de Contas utilizar as disposições daquele Código para coibir a conduta desleal do responsável ou interessado.

Nesse sentido, o litigante ímprobo pode ser condenado de ofício, face ao disposto no art. 18, *caput*, do Código de Processo Civil e ao princípio da oficialidade, que rege os processos TCU.

A possibilidade de condenação do litigante de má-fé, entretanto, está limitada ao pagamento da multa preconizada na parte inicial do art. 18, *caput*, do CPC, vez que, face à peculiaridade da relação processual no Tribunal de Contas, inexistente a “parte contrária”, a quem se destinaria a indenização e o ressarcimento de honorários advocatícios previstos na parte final do mesmo artigo.

Especial atenção deve ser dispensada ao contraditório e à ampla defesa do acusado. “Vislumbrando a prática de ato caracterizador da litigância de má-fé, deverá o juiz dar oportunidade ao litigante para que se manifeste a respeito, ao mesmo tempo em que deverá ser ouvido o *improbis litigador* para que se defenda (CF, art. 5º, LV).”<sup>26</sup>

## 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador infraconstitucional conferiu ao Tribunal de Contas prerrogativa para reprimir condutas que visem a delongar sua atuação. Nesse sentido, a Lei Orgânica do TCU prevê a imposição de multa ao responsável que não atender à diligência do Relator ou à decisão do Tribunal, que obstruir o exercício de sua atividade fiscalizadora ou, ainda, sonegar processo, documento ou informação.

Essas hipóteses guardam estreita conformidade com o disposto no art. 17, inciso IV, do CPC, que qualifica como litigante ímprobo aquele que impuser resistência injustificada ao andamento do processo, mas não esgotam o rol de condutas tipificadas pelo Código de Processo Civil como contrárias ao dever de boa-fé.

Para colmatar essa lacuna, o Tribunal de Contas pode valer-se da aplicação subsidiária do CPC aos seus processos. A possibilidade de punição do litigante de má-fé pelo TCU justifica-se pela existência de elementos de identidade entre a situação regulada pelo Código de Processo Civil e aquela presente nos processos da Corte de Contas.

Essa identidade decorre da existência da figura do litigante nos processos do TCU e, principalmente, de a deslealdade ser exercida contra o Estado.

Dessa forma, constatada a má-fé processual, pode o Tribunal de Contas condenar o litigante de má-fé ao pagamento da multa prevista no art. 18 do Código de Processo Civil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.961-7, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 55.251, da primeira Turma, Brasília, DF, 18 de setembro de 1967. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. In: Cadernos de Soluções Constitucionais, n. 1. São Paulo : Malheiros, 2003. p. 20-31.

CAMPOS, Anna Maria. **Accountability: quando podemos traduzi-la para o português?** Rio de Janeiro, 1987. Mimeografado.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993.

CUNHA, Rosanne Gay. Do abuso do direito de demandar. São Paulo. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 29, p. 13-16, 22 jul. 2002.

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileira interpretada**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2005.

MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2002.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo : Atlas, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Glossary of key terms in evaluation and results based management**. Paris : OECD Publications, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 1996**: monografias vencedoras. Brasília : TCU, 1997.

## NOTAS

<sup>1</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos tribunais de contas**. In: Cadernos de Soluções Constitucionais, n. 1. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 30.

- <sup>2</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo : Malheiros, 1993, p. 66.
- <sup>3</sup> MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 42.
- <sup>4</sup> STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 88.
- <sup>5</sup> MARCATO, Antonio Carlos (coord.). **Código de Processo Civil interpretado**. São Paulo : Atlas, 2004, p. 92.
- <sup>6</sup> *Ibid.*, p. 96.
- <sup>7</sup> CUNHA, Rosanne Gay. Do abuso do direito de demandar. São Paulo. **Informativo Jurídico Consulex**, v. 16, n. 29, p. 13-16, 22 jul. 2002, p. 15.
- <sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.961-7, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 24 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.
- <sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileira interpretada**. 11. ed. São Paulo : Saraiva, 2005, p. 112.
- <sup>10</sup> DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 2002., p. 160.
- <sup>11</sup> DINIZ, 2005, p. 114.
- <sup>12</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 212.
- <sup>13</sup> Aquele que pratica atos sujeitos ao controle do TCU. O art. 5º da Lei Orgânica do TCU relaciona os responsáveis em processos do Tribunal: (i) qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária; (ii) aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário; (iii) os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que de qualquer modo venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade pública federal; (iv) os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; (v) os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social; (vi) todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei; (vii) os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; (viii) os sucessores dos administradores e responsáveis a que se refere este artigo, até o limite do valor do patrimônio transferido, nos termos do inciso XLV do art. 5º da Constituição Federal; (ix) os representantes da União ou do Poder Público na Assembléia Geral das empresas estatais e sociedades anônimas de cujo capital a União ou o Poder Público participem, solidariamente, com os membros dos Conselhos Fiscal e de Administração, pela prática de atos de gestão ruínoza ou liberalidade à custa das respectivas sociedades.
- <sup>14</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993, p. 40.
- <sup>15</sup> ZYMLER, Benjamin. Processo administrativo no Tribunal de Contas da União. *In*: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Prêmio Serzedello Corrêa 1996**: monografias vencedoras. Brasília : TCU, 1997, p. 146.
- <sup>16</sup> *Ibid.*, p. 155.
- <sup>17</sup> *Ibid.*, p. 166.
- <sup>18</sup> BRITTO, *op. cit.*, p.29.
- <sup>19</sup> *Ibid.*, p. 30.
- <sup>20</sup> BRITTO, *op. cit.*, p. 27.
- <sup>21</sup> Interessado é aquele que, em qualquer etapa do processo, tenha reconhecida, pelo relator ou pelo Tribunal, razão legítima para intervir no processo (art. 144, § 2º, do Regimento Interno do TCU).
- <sup>22</sup> BRITTO, *op. cit.*, p. 30.
- <sup>23</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Glossary of key terms in evaluation and results based management*. Paris : OECD Publications, 2002, p. 15.

- <sup>24</sup> CAMPOS, Anna Maria. **Accountability**: quando podemos traduzi-la para o português? Rio de Janeiro, 1987. Mimeografado, p.68.
- <sup>25</sup> O Supremo Tribunal Federal reconhece a competência exclusiva do Tribunal de Contas para julgar as contas dos responsáveis por haveres públicos, exceto nos casos de “irregularidade formal grave” ou de “manifesta ilegalidade” no julgamento (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 55.251, da primeira Turma, Brasília, DF, 18 de setembro de 1967. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006).
- <sup>26</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 250.