

Vice-Governador comenta sobre as dificuldades geradas pela crise mundial, sua influência na arrecadação do Estado e ressalta a importância de investimentos em infraestrutura.

# REVISTA DO TCE

TRIBUNAL DE CONTAS DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS

**MINA DA  
PASSAGEM,**  
história de permanência

Tribunal delimita as formas de indenização de despesas com viagem a agente público



# FICHA CATALOGRÁFICA

ISSN 0102-1052

Publicação do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais  
Av. Raja Gabáglia, 1.315 – Luxemburgo  
Belo Horizonte – MG – CEP: 30380-435  
Revista: Edifício anexo, sala 301 – (0xx31) 3348-2142  
Endereço eletrônico: <revista@tce.mg.gov.br>  
Site: <www.tce.mg.gov.br>

As matérias assinadas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Solicita-se permuta.  
Pidese canje.  
Man bittet um Austausch.

Exchange is invited.  
On demande l'échange.  
Si richiede lo scambio.

## FICHA CATALOGRÁFICA

Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.  
Ano 1, n. 1 (dez. 1983- ). Belo Horizonte: Tribunal de  
Contas do Estado de Minas Gerais, 1983 -

Periodicidade irregular (1983-87)  
Publicação interrompida (1988-92)  
Periodicidade trimestral (1993- )

ISSN 0102-1052

1. Tribunal de Contas – Minas Gerais – Periódicos 2. Minas  
Gerais – Tribunal de Contas – Periódicos.

CDU 336.126.55(815.1)(05)

### Projeto gráfico e diagramação:

Alysson Lisboa Neves – MTB/0177-MG – emaildoalysson@gmail.com

### Foto da capa:

Mina da Passagem – Mariana-MG (cedida pelo Serviço Geológico do Brasil – CPRM).

### Foto da primeira folha:

Detalhe do painel da artista mineira Yara Tupinambá,  
no Auditório Vivaldi Moreira, no edifício anexo do TCEMG.

### Impressão e acabamento:



**IMPRESA OFICIAL**  
Governo do Estado de Minas Gerais

# TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## CONSELHO

Wanderley Geraldo de Ávila  
Presidente

Antônio Carlos Doorgal de Andrada  
Vice-Presidente

Adriene Barbosa de Faria Andrade  
Corregedora

Eduardo Carone Costa  
Conselheiro

Elmo Braz Soares  
Conselheiro

Gilberto Diniz  
Conselheiro em exercício

Licurgo Joseph Mourão de Oliveira  
Conselheiro em exercício

## AUDITORIA

Edson Antônio Arger  
Gilberto Diniz  
Licurgo Joseph Mourão de Oliveira  
Hamilton Antônio Coelho

## MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS

Maria Cecília Mendes Borges  
Cláudio Couto Terrão  
Glaydson Santo Soprani Massaria

# TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

## CORPO INSTRUTIVO

### DIRETORIA-GERAL

Cristina Márcia de Oliveira Mendonça  
Fone: (31) 3348-2101

### DIRETORIA DA SECRETARIA-GERAL

Marconi Augusto F. Castro Braga  
Fone: (31) 3348-2204

### DIRETORIA DE ANÁLISE DE ATOS DE ADMISSÃO, APOSENTADORIA, REFORMA E PENSÃO

Janaína de Souza Maia  
Fone: (31) 3348-2250

### DIRETORIA DE ANÁLISE FORMAL DE CONTAS

Conceição Aparecida Ramalho França  
Fone: (31) 3348-2255

### DIRETORIA DE AUDITORIA EXTERNA

Valquíria de Sousa Pinheiro  
Fone: (31) 3348-2223

### DIRETORIA ADMINISTRATIVA

Flávia Maria Gontijo da Rocha  
Fone: (31) 3348-2120

### DIRETORIA DE PLANEJAMENTO

Isaura Victor de Pinho Oliveira  
Fone: (31) 3348-2146

### DIRETORIA DE FINANÇAS

Isabel Rainha Guimarães Junqueira  
Fone: (31) 3348-2220

### DIRETORIA DE INFORMÁTICA

Armando de Jesus Grandioso  
Fone: (31) 3348-2390

### DIRETORIA DA ESCOLA DE CONTAS

Renata Machado da Silveira Van Damme  
Fone: (31) 3348-2321

### DIRETORIA MÉDICO-ODONTOLÓGICA

Herculano F. Ferreira Kelles  
Fone: (31) 3348-2143

### GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Fátima Corrêa de Távora  
Chefe de Gabinete  
Fone: (31) 3348-2481

Antônio Rodrigues Alves Júnior

Assessor  
Fone: (31) 3348-2312

## COMPOSIÇÃO DO PLENO\*

Conselheiro Wanderley Geraldo de Ávila – Presidente  
Conselheiro Antônio Carlos Doorgal de Andrada – Vice-Presidente  
Conselheira Adriene Barbosa de Faria Andrade – Corregedora  
Conselheiro Eduardo Carone Costa  
Conselheiro Elmo Braz Soares  
Conselheiro em exercício Gilberto Diniz  
Conselheiro em exercício Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

\*As reuniões do Tribunal Pleno ocorrem às quartas-feiras, 14h.

---

Diretor da Secretaria-Geral: Marconi Augusto Fernandes de Castro Braga  
Fones: (31) 3348-2204 [Diretoria]  
(31) 3348-2128 [Apoio]

## COMPOSIÇÃO DA PRIMEIRA CÂMARA\*

Conselheiro Antônio Carlos Doorgal de Andrada – Presidente  
Conselheira Adriene Barbosa de Faria Andrade  
Conselheiro em exercício Gilberto Diniz  
Auditor Relator Edson Antônio Arger  
Auditor Relator Licurgo Joseph Mourão de Oliveira

\*As reuniões da Primeira Câmara ocorrem às terças-feiras, 14h30.

---

Diretora da Secretaria: Joeny Oliveira Souza Furtado  
Fones: (31) 3348-2585 [Diretoria]  
(31) 3348-2281 [Apoio]

## COMPOSIÇÃO DA SEGUNDA CÂMARA\*

Conselheiro Eduardo Carone Costa – Presidente  
Conselheiro Elmo Braz Soares  
Conselheiro em exercício Licurgo Joseph Mourão de Oliveira  
Auditor Relator Gilberto Diniz  
Auditor Relator Hamilton Antônio Coelho

\*As reuniões da Segunda Câmara ocorrem às quintas-feiras, 10h.

---

Diretora da Secretaria: Ana Maria Veloso Horta  
Fones: (31) 3348-2415 [Diretoria]  
(31) 3348-2189 [Apoio]

REVISTA DO  
**TCE**  
TRIBUNAL DE CONTAS DO  
ESTADO DE MINAS GERAIS

**DIRETOR**

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS DOORGAL DE ANDRADA

**VICE-DIRETOR**

AUDITOR LICURGO JOSEPH MOURÃO DE OLIVEIRA

**SECRETÁRIA**

MARIA TEREZA VALADARES COSTA

**REDAÇÃO E REVISÃO**

CÉLIA ROSA  
ESMERALDA MADUREIRA

**ELABORAÇÃO DE EMENTAS**

ELIANA SANCHES ENGLER

**ASSISTÊNCIA ADMINISTRATIVA**

REGINA CÁSSIA NUNES DA SILVA  
LEONOR DUARTE FADINI

**DIGITAÇÃO**

SOLANGE BÁRBARO BÁRRIOS

# Mina da Passagem, história de permanência



*Bruno Reis de Oliveira*<sup>1</sup>

Tomada a terra-mãe ilustre, por certo se firme o ouro mineiro ancestral próximo da geologia genealógica pré-cambriana. Reforçar a necessidade metafórica de tal imagem permite a sentença, pelo verbo assumido e sem delongas arqueológicas, de que é de muito tempo a gestação da riqueza herdada sob o céu de Minas Gerais. E não por vias outras que as de um parto secular, veio à luz, também, o motivo da Passagem de Mariana — que, por sua vez, é motivo dessa edição da Revista.

Pois daí que, retomado o tempo do século XVIII, logo ao cabo das investidas interioranas rumo ao brilhante lustro sob suspeição, as bandeiras tocam o Tripuí, que logo responde em tom reluz. Alcançada é a vontade de fixação dos desbravadores do sertão, de espírito cigano. Manoel Velho, de reverberada notícia, imediato clama outros senhores a ocupar a esperança do interesse ganancioso, proporcionando João Lopes de Lima no Bom Sucesso e João Siqueira no sumidouro de Mariana.

Entre Mariana e Vila Rica de Nossa Senhora do Pilar de Ouro Preto, o Ribeirão do Carmo. Turvo aos olhos daquela primeira como notícia de um povoado logo antes, o ribeirão provoca sua escalada acima, fazendo fixar no entremeio os batedores mais ousados, a colher o ouro primário como em feito de safra histórica e aluvial. Assim, recrutados tantos escravos quanto necessários à medida das ambições, torna fundada sobre a pedra a Mina da Passagem.

De princípio, basta-se a mina, pelas curtas invasões de pouco terra abaixo até os freáticos limítrofes. Da jacutinga, dos itabiritos e da canga ferroaurífera, simplesmente, recupera-se a produção monetária, até que a extrema abundância mineral e o espírito

<sup>1</sup> Administrador público, escritor e colaborador da Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais.

de silente intuição do Barão W. L. von Eschwege sinalizam a indústria imprescindível para aquele local.

Decretada está a primeira mineradora do Brasil. Sob pilões californianos em dez, a compor a cena do fabuloso engenho, estabelece-se a Sociedade Mineralógica de Passagem como missão de plano primeiro de lavra subterrânea. Ao longo das chuvas e sóis demais evolui, a sugerir outras sofisticções possíveis no plano das jazidas de exploração mecanizada — em franco contraste com o imaginário popular a sustentar prováveis *meninos de couro* por aquelas bandas.

Do apogeu ao declínio esperado, a Mina da Passagem fixa-se, em dado momento, como a maior mina de ouro de uma época, como a primeira mina de ouro mecanizada do País. Em cenário efervescente de labor, a Passagem também se configura como ponto de equilíbrio entre o moderno e o antiquário, preservando, em pacata convivência, a máquina a infringir rochedos e a tradição escravocrata; o burgo embrionário e o projeto colonialista quinhentista...

Fato é que, ainda hoje, se lançar ínfimo à garganta pretensa, a bordo do *trolley* acostumado ao oportuno caminho e antigo, é saber da exata emoção de investigar o trabalho do homem que não se basta do ouro. Render-se mínimo a tamanha embocadura é coragem, é retorno — cento e vinte metros além da superfície, trezentos anos além da atualidade.

Um lançar-se ao abismo que compensa pela recompensa... de um lado, galerias labirínticas a traçar hesitações: feridas de picaretas compulsivas, destroços de cada explosão fatal. De outro, ainda, o lago disponível da paisagem subterrânea: tonalidade azul sutil que desencaminha a compreensão marrom verdadeiro depositado no leito — de sangue, de fato, por séculos assimilado. *O ouro gosta de sangue*, diziam os do passado. E a natureza faz-se em exuberância, mesmo cúmplice das tragédias do progresso humano que o próprio homem provocou e sonhou em forma de riqueza.

Enfim, por tão desejado e arrancado das entranhas da terra grávida, o ouro, pelo menos na Passagem, caminha rumo à lenda em eterna permanência do imaginário. Como a ponte estreita que algum dia conduziu, em meio às cordas bambas, à casa de dona Mariana, há de fulgurar no sonho de certa vez a consciência vacilante de um tempo de fartura. De um tempo em que o subsolo fértil do nosso canto, repleto do espírito de maternidade, perfez loira prole a iluminar os altares e os retoques essenciais de algum canto com arte, fé, morada velha.

# SUMÁRIO

## Entrevista

Vice-Governador do Estado de Minas Gerais Antonio Augusto Junho Anastasia	13
---	----

## Notícias

Conselheiro Simão Pedro deixa saudade no TCE de Minas	24
TCEMG vai fiscalizar a aplicação de quase R\$ 2 bilhões	25
Tribunal aprova as contas do Governador Aécio Neves	25
TCE lança Informativo de Jurisprudência	26
Minas e Bahia assinam termo de cooperação	26
Tribunal promove palestras sobre saúde	26

## Doutrina

Prescrição e decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas Licurgo Mourão	29
Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito Álvaro Ricardo de Souza Cruz Frederico Barbosa Gomes	63
A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo – o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização José Luiz Quadros de Magalhães	92
História e Estado de Direito Karine Salgado	102
Direito da função pública: fundamentos e evolução Daniela Mello Coelho	114

## Pareceres e decisões

Impossibilidade de aplicação de multa a presidente de Câmara Municipal sem autonomia financeira pelo não envio de prestação de contas ao TCE Recurso de Revisão n. 695.367 Relator: Conselheiro Simão Pedro Toledo	131
Regulamentação municipal do pregão e do sistema de registro de preços Consulta n. 732.557 Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa	135

Sujeição das associações de Municípios às normas de direito público Consulta n.731.118 Relator: Conselheiro Eduardo Carone Costa	146
Pagamento de juros por atraso no adimplemento de obrigações resulta em dano ao erário Embargos Infringentes n. 675.896 Relator: Conselheiro Elmo Braz	155
Pagamento com recursos do FUNDEB a diretores e vice-diretores de escolas de níveis de ensino diversos Consulta n. 715.518 Relator: Conselheiro Wanderley Ávila	158
Emprego de recursos do FUNDEB em despesas com transporte para professores Consulta n. 716.243 Relator: Conselheiro Wanderley Ávila	162
Prorrogação de contratos de concessão de serviços de transporte coletivo sem licitação Processo Administrativo n. 734.282 Relator: Conselheiro Antônio Carlos Andrada	175
Indenização de despesas com viagem a servidor público e agente político Consulta n. 748.370 Relator: Conselheiro Antônio Carlos Andrada	197
Suspensão de concurso público por irregularidades no edital Edital de Concurso Público n. 760.740 Relatora: Conselheira Adriene Andrade	204
Levantamento de suspensão de concurso público Edital de Concurso Público n. 760.740 Relatora: Conselheira Adriene Andrade	221
Pavimentação de vias públicas custeada com receita advinda da alienação de bem móvel Consulta n. 753.232 Relator: Conselheiro substituto Gilberto Diniz	233
Retenção de repasses tributários a Municípios Consulta n. 721.052 Relator: Conselheiro substituto Gilberto Diniz	236
Fornecimento de combustível por posto de gasolina de propriedade do prefeito Consulta n. 767.269 Relator: Conselheiro substituto Licurgo Mourão	247
Julgamento das contas do chefe do Executivo municipal sem emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas Prestação de Contas Municipal n. 686.694 Relator: Auditor Hamilton Coelho	257
Ilegalidade na prorrogação de contrato de transporte coletivo Procurador Glaydson Santo Soprani Massaria	260



Entrevista

# ENTREVISTA

## VICE-GOVERNADOR ANTONIO AUGUSTO ANASTASIA

**A** Revista do Tribunal (2009-2010) sente-se honrada por entrevistar o vice-governador de Minas Gerais, que também é professor universitário, mestre em Direito Administrativo pela UFMG e vem se dedicando, desde os anos 80, aos serviços da administração pública. Em Minas, realizou projetos de grande monta ainda quando compunha o quadro técnico da Fundação João Pinheiro, a qual presidiu no Governo Hélio Garcia, exercendo concomitantemente a função de secretário-adjunto de Planejamento e Coordenação Geral. Posteriormente, no governo federal, exerceu o cargo de secretário-executivo do Ministério do Trabalho e a seguir do Ministério da Justiça. Regressando em 2001, coordenou o programa de governo da candidatura do então Deputado Federal Aécio Neves ao governo mineiro, cuja proposta principal foi o Choque de Gestão. Em 2006, eleito vice-governador do Estado, passou a coordenar o Programa Estado para Resultados, ou a chamada segunda geração do Choque de Gestão, cujas metas de desenvolvimento integrado se estendem até 2023. Eis então o nosso entrevistado!

**REVISTA DO TCE – A economia mundial tem passado por um período de grave turbulência, e isso tem refletido no Brasil. Como o Estado de Minas Gerais está atravessando a crise? Como está a arrecadação?**

**VICE-GOVERNADOR –** Em primeiro lugar, a situação financeira do Poder Público mineiro melhorou muito ao longo dos últimos anos. A política adotada pelo Choque de Gestão – combinada com a política econômica de atração de investimentos e o momento favorável internacional – permitiu que o Estado equilibrasse suas contas e executasse um maciço programa de investimentos, o que nos permitiu fazer economia de custeio e, ao mesmo tempo, aumentar expressivamente nossa receita bem acima da dos outros Estados. Entretanto, a crise econômica – que é mundial, afeta o Brasil e afeta Minas Gerais – gerou uma queda brutal na receita do Estado. Contudo, felizmente, a crise nos encontrou com a despesa cheia, ou seja, o Poder Público estadual tem uma estrutura econômica e financeira que nos permite passar o ano de 2009 – que acreditamos ser o pior ano – em uma situação que se não de otimismo, pelo menos sem cortes e sem restrição de investimentos.



Fazendo um pequeno parêntese, é sempre bom lembrar que há um esforço muito grande do governo de Minas a favor da nossa infraestrutura. Quando falo em infraestrutura, não estou falando somente de estrutura física, como estradas, mas também de escolas, saúde, segurança pública, infraestrutura urbana, rodovias, telefonia. Ficamos muitas décadas defasados em relação a outros Estados da Federação. Sem infraestrutura, não temos condições de atrair investimentos e perdemos o bonde da história, porque os investimentos migram para outros Estados. Infraestrutura é primordial e para estabelecê-la deve haver recursos e investimentos. De fato, a despesa positiva, a verdadeira semente, aquilo que vai alavancar o desenvolvimento e progresso do Estado, são os recursos de investimento. Então, esse é nosso foco principal.

A crise econômica, é claro, nos abalou, diminuiu a receita do Estado, e vamos ter — tudo indica que pela primeira vez na história — a receita tributária de 2009 menor que a de 2008. Uma coisa é ficar aquém do orçamento, outra coisa é ficar aquém do executado no ano passado. Então, de fato, é um caso difícil mesmo. Como disse, isso nunca tinha acontecido, mas como temos a despesa cheia, estamos passando bem.

Na economia mineira, não mais o Poder Público, a crise atingiu setores diferenciados. Aquela economia voltada para exportação sofreu mais. Portanto, no nosso caso, a cadeia siderúrgica como um todo, desde a mineração até o aço. Outros setores, especialmente comércio e serviços, sofreram menos, porém, sob o ponto de vista da arrecadação tributária, em todos os segmentos tivemos perdas; uns mais, outros menos. Contudo, acreditamos que a crise encontrou seu patamar mais baixo, e a partir do segundo semestre haverá, tudo indica, uma recuperação, ainda que lenta, da economia mundial, e, naturalmente, vamos retomar o ritmo anterior. Alguns especialistas afirmam que, no segundo semestre de 2010, teremos as mesmas condições do primeiro semestre de 2008, ou seja, um momento positivo. Façamos votos, pois dependemos da economia internacional.

**REVISTA DO TCE — Com a crise, qual a perspectiva do Estado quanto ao cumprimento das metas fiscais preestabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO)?**

**VICE-GOVERNADOR** — Ainda estamos no meio do ano, e não posso precisar o que acontecerá no segundo semestre. Contudo, é sempre bom lembrar — e nós todos sabemos — que a receita fundamental do Estado é proveniente do ICMS, um tributo baseado na atividade econômica; e se essa atividade diminui, por consequência diminui a arrecadação. Outros Estados, especialmente os menores, têm uma participação grande de transferências, como o FPE — Fundo de Participação dos



“A crise econômica, é claro, nos abalou, diminuiu a receita do Estado, e vamos ter — tudo indica que pela primeira vez na história — a receita tributária de 2009 menor que a de 2008”

Estados. Em Alagoas, por exemplo, disse-me o governador, o FPE corresponde a 50% de sua receita. Em Minas, o FPE é quase insignificante. Dependemos da recuperação da nossa receita para cumprirmos todas as metas, mas, de todo modo, como eu disse, estamos em uma situação muito positiva, o que nos faz acreditar que neste ano de 2009 vamos conseguir cumprir as metas fiscais preestabelecidas na LDO. O mais importante é que as metas de investimentos não sofrerão atrasos, porque essas são cruciais. Dessas depende a vinda de novas empresas, como, aliás, temos anunciado.

**REVISTA DO TCE — O Estado de Minas Gerais tem um modelo de gestão para resultados baseado em uma série de instrumentos, dentre os quais está a captação de empréstimos. Quais os destaques desse modelo?**

**VICE-GOVERNADOR** — Conseguimos um modelo de gestão, concebido a partir de 2003 com base em resultados e metas, porque chegamos à conclusão de que, além das questões formais, que são fundamentais para o funcionamento do Estado, o Poder Público também carecia, como ainda carece, de uma ciência mais adequada ao estabelecimento de resultados e metas para mobilizar, galvanizar todo o corpo, não somente de servidores, mas o gerencial e o diretor. Então, foram estabelecidas de maneira muito detalhada as metas do nosso PPAG — Plano Plurianual de Ação Governamental. Na verdade elas estão inseridas dentro do PMDI — Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado —, planejamento de longo prazo, de 20 anos, que são desdobrados de quatro em quatro anos, sempre revisto no PPAG. Isso porque a Administração Pública é dinâmica e o planejamento não é estanque, uma camisa de força, ele se amolda à situação e é revisto anualmente. Portanto o modelo de gestão tem esse caráter inovador, até mesmo empreendedor.

Mas o que acontece, repito, é que necessitamos de investimentos. Para isso contamos com os recursos ordinários do tesouro e com os recursos internacionais, até porque a economia internacional sempre apontou que os grandes investimentos são feitos por empréstimos e que o custeio é bancado pelo tesouro. O Estado de Minas Gerais estava, há muitos anos, sem receber empréstimos internacionais, ao contrário de outros Estados. Nós conseguimos colocar nossas finanças em dia, recebemos o aval do tesouro nacional — parte imprescindível — e conseguimos um primeiro empréstimo de 170 milhões de dólares do Banco Mundial — no primeiro mandato do governador. Esse empréstimo é muito simbólico, porque não exigiu contrapartida, ao contrário de todos os demais, foi aprovado tendo como contrapartida exclusivamente o modelo de gestão de Minas Gerais, o modelo da nossa governança. Foi tão exitoso



“O Estado de Minas Gerais estava, há muitos anos, sem receber empréstimos internacionais, ao contrário de outros Estados. Nós conseguimos colocar nossas finanças em dia, recebemos o aval do tesouro nacional (...)”

que, neste segundo mandato, se repetiu, agora no valor de 1 bilhão de dólares. É claro que esses recursos são destinados exclusivamente a investimentos em todas as áreas.

### **REVISTA DO TCE — Como o Estado irá adimplir esses empréstimos?**

**VICE-GOVERNADOR** — Com os recursos ordinários. Aqui cabe uma explicação: algumas pessoas que não têm conhecimento técnico confundem a questão do déficit com a dívida do Estado. É claro que o Estado de Minas Gerais, como todos os demais, tem dívidas com a União, porque, no final da década de 90, a União comprou as dívidas que esses Estados tinham com os bancos privados. Essa dívida é paga regularmente — no nosso caso é chamado serviço da dívida — com cerca de 13% da nossa Receita Corrente Líquida. Pagamos mensalmente à União. Essa é a dívida do Estado, que está em dia, o que não estava no passado. Outra coisa é o equilíbrio orçamentário do Estado. Durante mais de dez anos seguidos, o Estado teve déficit orçamentário, gastou mais do que arrecadava, o que não pode acontecer. De 2004 em diante, temos equilíbrio orçamentário e pagamos regularmente todas as nossas dívidas, tanto que subimos muito no *rate* do tesouro nacional. Então, vamos pagar os empréstimos — que possuem longa duração e carência — com recursos ordinários do tesouro sem a menor dificuldade, como, aliás, pagamos também os empréstimos que foram tomados na década de 90.

### **REVISTA DO TCE — O governo do Estado celebrou recentemente com o BIRD um contrato de empréstimo de aproximadamente dois bilhões de reais. Os recursos estão sendo investidos em projetos estruturadores do Estado; quais V.Exa. entende serem mais importantes? E quais resultados pretendidos?**

**VICE-GOVERNADOR** — Volto a insistir que a nossa ideia é aquela de infraestrutura como força mobilizadora. O empréstimo é muito amplo, temos recursos alocados na área da educação, obras, segurança pública, todas elas áreas de investimento. Então, os próprios programas como o ProAcesso — Programa de Pavimentação de Ligações e Acessos Rodoviários aos Municípios —, o ProMG — Programa de Recuperação e Manutenção Rodoviária de Minas Gerais—, o PEP — Programa de Ensino Profissional dos Alunos — e o programa relativo à melhoria das instalações da nossa rede pública de saúde pelo Estado afora, todos são realizados com recursos de empréstimo. Nós temos hoje cerca de cinquenta projetos estruturadores nas diversas áreas do governo. São projetos importantes, porque são capazes de modificar a realidade do Estado. O ProAcesso talvez seja o exemplo mais característico. No momento em que conseguimos levar o acesso asfáltico a Município que não o tinha antes, melhoramos a qualidade de vida daquela gente e, ao mesmo



“Nós temos hoje cerca de cinquenta projetos estruturadores nas diversas áreas do governo. São projetos importantes, porque são capazes de modificar a realidade do Estado.”

tempo, tornamos aquela região ou Município atrativo para empresas. Isso cria infraestrutura favorável para mobilizar empresários locais ou de fora para gerarem emprego e renda de qualidade nas regiões. Essa é a idéia do projeto estruturador, o que modifica as características da região.

**REVISTA DO TCE — No modelo de gestão para resultados, busca-se adotar medidas para reduzir a hipertrofia da estrutura estatal, ampliando-se as delegações e as parcerias com o terceiro setor. Como V.Exa. vê essa tendência?**

**VICE-GOVERNADOR** — Essa é uma questão delicada. Nós temos sempre, nesse caso, de nos fiarmos na razoabilidade dos antigos romanos — a virtude está sempre no meio. Eu sou muito crítico dessa discussão, que me parece desnecessária e puramente ideológica, de Estado máximo *versus* Estado mínimo, Estado neoliberal *versus* Estado intervencionista. A meu juízo, isso inexistente. O que deve existir é o Estado eficiente, do tamanho que seja necessário. É claro que o Estado brasileiro tem que ser muito maior que o Estado suíço ou o Estado sueco, mas nem por isso tem que ser um Estado gigantesco, detentor de hotéis, empresas de transporte ou frigorífico, atividades com as quais o Estado não tem afinidade para sua gestão. Todavia, é fundamental que nas áreas sensíveis — nas quais o Estado ainda é muito ausente na sua eficiência, como as de saúde, educação e segurança, as três áreas sociais mais importantes — haja maiores investimentos. Mas, mesmo nessas áreas nós não podemos fechar os olhos à sociedade civil. O mundo mostra que os países são mais civilizados quanto mais a sociedade civil participa, e não participa somente no momento da eleição, participa da coexecução das políticas públicas. Esse é um modelo aprovado em todo mundo civilizado e nos países já desenvolvidos. Precisamos adotá-lo aqui também. Precisamos mobilizar a sociedade, contar com instituições da sociedade civil como parceiras do Poder Público na execução dessas políticas nas áreas de saúde, educação, cultura, assistência social. E assim estamos fazendo com as OSCIPs, com as organizações não governamentais, com as entidades representativas do setor privado, todas nossas parceiras em diversos projetos. Acreditamos ser um modelo muito positivo e muito importante para o desenvolvimento do Estado. Vou citar um exemplo: o Plano Diretor de Desenvolvimento da Região Centro-Oeste de Minas está sendo conduzido por uma universidade parceira do Estado, a Universidade estadual em Divinópolis. Isso, porque eles é que têm o conhecimento, que estão próximos, são nossos parceiros e recebem recursos do Estado para desenvolver essa atividade. Sou muito favorável a esse tipo de abertura porque permite, aí sim, uma democracia mais participativa, em que todas as instituições participam também da execução das políticas públicas.



“O mundo mostra que os países são mais civilizados quanto mais a sociedade civil participa, e não participa somente no momento da eleição, participa da coexecução das políticas públicas.”

## **REVISTA DO TCE — O Estado de Minas Gerais tem efetivado Parcerias Público-Privadas (PPP) como forma de servir-se do capital privado na realização de grandes empreendimentos. Quais as dificuldades na implementação desse modelo de parceria?**

**VICE-GOVERNADOR** — Em primeiro lugar o desconhecimento, porque é um modelo muito novo, naturalmente gera resistência e dúvidas. Mas isso já está sendo superado porque o modelo das PPPs também ocorre com muito êxito em todos os países desenvolvidos. Não há motivo para não ser assim no Brasil. No Chile, por exemplo, é um sucesso estrondoso. Contudo, temos que tomar cautela — mais uma vez eu volto à ideia do ponto intermediário como o mais virtuoso —, nem tudo pode ser PPP. Por outro lado, também, não podemos falar que PPP é uma péssima ideia.

Como o Poder Público não tem recursos suficientes para todos os investimentos, uma vez que não pode destinar os de pessoal ou de custeio, por exemplo, para esse fim, o valor de investimento sempre é um valor pequeno perto do montante do orçamento. Também não é possível conseguir empréstimos internacionais para todos os investimentos necessários. Por isso, é fundamental contar com os capitais privados, que, antes da crise, existiram em maior abundância e agora, com a crise, diminuíram bastante.

Fizemos uma experiência muito exitosa na primeira PPP rodoviária do Brasil, MG 050, e agora estamos fazendo com referência ao sistema penitenciário. Volto a dizer, ocorre com muito êxito no estrangeiro.

O desconhecimento e a identificação correta das garantias são as maiores dificuldades. O investidor que vai efetuar um investimento, muitas vezes bilionário, por trinta anos, quer garantias do Poder Público. Lamentavelmente, no Brasil, não temos ainda como algo forte — o que já existe nos países plenamente desenvolvidos — a segurança jurídica. Aqui nós temos uma instabilidade jurídica, e os capitais têm medo dessa insegurança e cobram caro por isso. Então, temos que caminhar a favor dessa segurança. Quanto mais estabilidade jurídica nos contratos tivermos — justiça seja feita, melhoramos muito nos últimos quinze anos no Brasil como um todo — mais condições teremos de atrair recursos internacionais não especulativos, recursos de investimento, como esses feitos, por exemplo, na MG 050, recursos importantes dos nossos empresários nacionais, ou mesmo internacionais, que geram empregos e geram a infraestrutura tão necessária para o nosso desenvolvimento.

## **REVISTA DO TCE — Considerando os resultados já obtidos na parceria existente, qual a expectativa do governo quanto à realização de novas parcerias?**



**“Fizemos uma experiência muito exitosa na primeira PPP rodoviária do Brasil, MG 050, e agora estamos fazendo com referência ao sistema penitenciário.”**

**VICE-GOVERNADOR** – Não vamos realizar novas parcerias porque temos o limite das garantias. O Estado não tem tantas garantias assim a oferecer, e já cumprimos a primeira etapa. No mandato do governador, lançamos a lei – a primeira lei do País foi a mineira –, fizemos a PPP rodoviária e estamos fazendo a penitenciária. Há também estudos relativos à concessão administrativa sob a modalidade PPP de alguns prédios do Estado, mas nada em dimensão muito grande. Acreditamos que duas grandes PPPs foram feitas, a rodoviária e a penitenciária. Agora, vamos ver o êxito desse modelo para, no futuro, eventuais governos implementarem outras iniciativas.

**REVISTA DO TCE – A construção da cidade administrativa se daria mediante PPP, mas verificou-se a inviabilidade de fazê-la. Quanto à administração da referida cidade, há possibilidade de ser feita mediante PPP?**

**VICE-GOVERNADOR** – De fato, inicialmente cogitou-se que a construção da cidade administrativa poderia ser realizada sob a forma de PPP, mas logo se identificou que, pelas razões estratégicas, seria conveniente que o conjunto pertencesse ao Poder Público. Além disso, havia uma decisão do Governador Aécio Neves de não usar recursos do tesouro na construção da cidade administrativa, porque esses são destinados a outros setores. Então, a Codemig, que é uma empresa de economia mista do Estado, com seus recursos, está construindo a cidade administrativa. Não se cogita em transformá-la numa PPP. É claro que a exploração de áreas privadas poderá ser feita não por PPP, mas por concessão clássica: estacionamento, restaurantes, lanchonetes, atividades bancárias, ou seja, atividades que o Estado não explora poderão ser realizadas em parceria com o setor privado.

**REVISTA DO TCE – Quais investimentos e ações estão sendo realizados tendo em vista a condição de Belo Horizonte como uma das sedes da Copa do Mundo de 2014?**

**VICE-GOVERNADOR** – Essa é uma pergunta muito importante porque terminada, digamos assim, a batalha da cidade administrativa, vamos entrar na batalha da Copa de 2014. O governador me designou coordenador do grupo gestor, e nós temos basicamente quatro frentes de atuação. A primeira se refere à questão do estádio de futebol. Em uma copa do mundo, o mais importante é ter o local dos jogos. Temos um belo estádio, mas que necessita de ampla reforma para se adequar às exigências da FIFA. Estamos agora concluindo o projeto, adequando-o a um tamanho razoável, porque o primeiro foi muito bem feito, mas foi muito amplo. Estamos realizando já um projeto detalhado, um projeto executivo, que é fundamental ficar pronto para ser licitado.



“Em uma copa do mundo, o mais importante é ter o local dos jogos. Temos um belo estádio, mas que necessita de ampla reforma para se adequar às exigências da FIFA”

Além disso, temos uma frente de trabalho dedicada às questões dos estádios alternativos, o que é muito importante, porque nós todos gostamos muito de futebol e não podemos ficar com o Mineirão fechado e não termos jogos. Então, existe a questão da reforma do Independência e do campo do Democrata Futebol Clube de Sete Lagoas.

Há, também, a frente relativa à infraestrutura da cidade, que se refere, por exemplo, à mobilidade urbana e atuará junto ao Município e ao governo federal. Outra frente é a de natureza econômica, relativa a hotéis, turismo, condições de recepção, o estado das subsedes do interior, hospedagem, etc. Portanto, são quatro frentes que estão se desdobrando no trabalho.

Temos, ainda, uma parceria com a Fundação Getúlio Vargas, que possui grande experiência em eventos e ajudou muito nos jogos pan-americanos no Rio. Assim, teremos o capital técnico necessário para desenvolver nossa atividade.

#### **REVISTA DO TCE – Quais serão as fontes de recursos?**

**VICE-GOVERNADOR** – Estamos estudando. Existe possibilidade de haver um *mix*, de termos recursos privados, públicos e das empresas estatais. Como o Mineirão é um imóvel público, pertence ao Estado, nós vamos estabelecer as condições para o investimento se dar de maneira muito clara, identificando recursos, mas da mesma forma que foi feita para a cidade administrativa, sem prejudicar os recursos ordinários do tesouro do Estado.

#### **REVISTA DO TCE – A crise poderá afetar a execução desses projetos?**

**VICE-GOVERNADOR** – Não sabemos ainda a dimensão da crise, mas todos os projetos poderão ser afetados. Em um primeiro momento, não só a subsele de Belo Horizonte, mas todas as outras pelo Brasil cogitavam fazer parcerias público-privadas com grandes investimentos internacionais. Com a crise, houve emagrecimento dos capitais internacionais. Então, de fato, ela pode prejudicar, mas, como a copa ainda ocorrerá em 2014, e as obras vão de 2010 a 2012, certamente o quadro econômico vai se transformar.

**REVISTA DO TCE** – A Revista possui um tema anual para a capa de suas edições. O deste ano é *Minas de Minas*. Nós, mineiros, sabemos da importância das minas e da mineração em toda a construção de nossa história. Sabemos também que essa atividade econômica é primordial na arrecadação do Estado. Dito isto, gostaríamos de saber se a crise econômica afetou o valor das *commodities* minerais e, conseqüentemente, a arrecadação.



“Como o Mineirão é um imóvel público, pertence ao Estado, nós vamos estabelecer as condições para o investimento se dar de maneira muito clara, identificando recursos, mas da mesma forma que foi feita para a cidade administrativa, sem prejudicar os recursos ordinários do tesouro do Estado.”

**VICE-GOVERNADOR** — Talvez o setor mineral tenha sido o setor econômico brasileiro mais afetado. É bom lembrar que boa parte da exportação mineral já não recolhe ICMS, em razão da Lei Kandir, mas do que fica no País, do que é usado em nossas siderúrgicas, houve uma queda bastante acentuada. Tende a melhorar. Os economistas demonstraram que, quando a crise iniciou, os países estrangeiros detinham grandes estoques minerais. Assim, eles não precisaram comprar durante alguns meses, e esses estoques, especialmente na China, estão chegando ao fim. Logo, volta-se a comprar. Mas, de fato, não há dúvida alguma de que o setor mineral foi o mais atingido. Como somos um Estado mineral e exportador, sofremos a consequência. Por outro lado, quando houver retomada do crescimento econômico, seremos os primeiros beneficiados, porque aquilo que está na base da cadeia produtiva é o minério e o aço.

**REVISTA DO TCE — O Estado tem equilibrado a atividade extrativista com a questão ambiental?**

**VICE-GOVERNADOR** — Temos. Há sempre um choque, natural e próprio, mas Minas Gerais possui uma política ambiental muito impositiva, até objeto de queixas por parte de alguns setores produtivos, mas eles percebem que esse controle é importante. Nosso Estado tem inclusive a maior biomassa em termos de reflorestamento — cerca de 1/3 do reflorestamento do Brasil está em Minas Gerais. Agora, é claro que a questão ambiental hoje toma uma importância maior ainda, inclusive estratégica. Por isso mesmo, a legislação do Estado é rígida, e o Governador Aécio Neves tem muita atenção para que Minas tenha condições de manter a sua biodiversidade bastante intacta.

**REVISTA DO TCE — Além dos temas discutidos, V.Exa. gostaria de abordar algum outro assunto que entenda ser relevante?**

**VICE-GOVERNADOR** — Um tema importante, sendo a Revista do egrégio Tribunal de Contas, é que, durante todo o desenvolvimento desse modelo de gestão ao longo dos anos — modelo baseado no equilíbrio entre os poderes do Estado, com autonomia e respeito mútuo entre Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas —, assuntos foram discutidos, aventados, e soluções foram encontradas sempre dentro da constitucionalidade, dentro da autonomia e independência de cada poder, com vistas ao interesse público do Estado de Minas Gerais. Esse é um dado relevante a ser colocado, pois todo o efeito positivo que tivemos ao longo desses anos resultou também desse ambiente integrado em prol de nosso Estado.



“(...) Minas Gerais possui uma política ambiental muito impositiva, até objeto de queixas por parte de alguns setores produtivos, mas eles percebem que esse controle é importante.”

**Por: Clarice Costa Calixto, Maria Tereza Valadares Costa e Wallace Oliveira Chaves**



Notícias

# NOTÍCIAS

## Conselheiro Simão Pedro deixa saudade no TCE de Minas

Faleceu no dia 2 de maio, aos 69 anos, o Conselheiro Simão Pedro Toledo. Carismático, humano, inteligente e generoso, Simão Pedro era casado com Eunice Riera Toledo, teve os filhos Denise, Aline e Renato e os netos Matheus, Pedro, Thaís, Renato, Júlia e Lucas.

A simplicidade e a dedicação do conselheiro se destacaram em toda sua vida profissional. Advogado e professor universitário, Simão Pedro foi vereador, presidente da Câmara Municipal e prefeito de Pouso Alegre por dois mandatos. Foi também deputado estadual por duas legislaturas e assumiu o cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais em maio de 1997. Durante doze anos de dedicação à Corte mineira, foi corregedor no biênio 1999-2000, vice-presidente de 2001 a 2003 e presidente no período de fevereiro de 2003 a fevereiro de 2005.

No exercício da presidência, instituiu a medalha Emílio Moura com objetivo de prestigiar o servidor da Casa; criou o Fiscalizando

com o TCE — projeto premiado pelo Ministério do Planejamento e Gestão —, que estende o canal de comunicação com a sociedade, promovendo a transparência dos gastos públicos; lançou o Programa Contas na TV; iniciou o Programa de Educação Ambiental; fundou o Núcleo de Planejamento e Desenvolvimento Organizacional; implementou na Escola de Contas o Curso de Especialização em Contabilidade e Finanças Públicas; implantou o Projeto Gente que Conta, trazendo a esta Corte personalidades nos campos jurídico, filosófico, sociológico, político, cultural e educacional, estreitando os laços entre a sociedade e a instituição.

Os conselheiros do TCEMG prestaram homenagem ao Conselheiro Simão Pedro Toledo na Sessão do Pleno do dia 6 de maio. Todos se manifestaram emocionados pela perda do companheiro de trabalho, amigo e destacado homem público, que deixa *uma lacuna irreparável e a saudade eterna a todos seus pares e servidores da Corte de Contas*.



## TCEMG vai fiscalizar a aplicação de quase R\$ 2 bilhões

O Tribunal de Contas se prepara para fiscalizar modelo inédito de empréstimo acertado entre o governo do Estado e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD. São quase dois bilhões de reais que serão investidos nos projetos estruturadores do setor público, do desenvolvimento do setor privado e nas áreas da saúde, educação, transporte e meio ambiente. É a primeira vez, no País, que recursos provenientes de um empréstimo são direcionados a tantos programas.

Uma comissão de servidores do TCE foi constituída para definir as diretrizes que serão aplicadas no procedimento de auditoria. *É indispensável uma rigorosa fiscalização dessa operação, considerando o expressivo montante a ser recebido pelo Estado*, resalta o Conselheiro Vice-Presidente Antônio Carlos Andrada.



CONSELHEIRO ANDRADA DESTACA O PAPEL DO TCE

## Tribunal aprova as contas do Governador Aécio Neves

Em Sessão Extraordinária, realizada no dia 25 de junho, o Pleno do Tribunal de Contas emitiu, por unanimidade, parecer prévio pela aprovação das contas do Governador do Estado de Minas Gerais Aécio Neves, relativas ao exercício de 2008.

A Conselheira Relatora Adriene Andrade destacou os principais aspectos positivos no desempenho governamental, entre eles a consolidação de Minas Gerais como o segundo maior Estado exportador do País; as políticas socioeconômica, orçamentária, fiscal e contábil; os limites constitucionais; a

padronização da gestão pública; o superávit orçamentário de aproximadamente R\$ 624 milhões; a superação de metas da receita total; os avanços na estruturação de projetos de parcerias público-privadas e parcerias firmadas na área da saúde.



ASSCOM TCEMG

O colegiado acolheu as sugestões de realização de inspeções extraordinárias feitas pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada, no tocante à operação de criação do Fundo de Apoio Habitacional aos Militares do Estado de Minas Gerais – FAHMEMG, e pelo Conselheiro Gilberto Diniz, referente ao controle da Dívida Ativa do Estado, propiciando ao TCE decidir com maior segurança sobre a legalidade e a razoabilidade das inscrições e baixas na referida dívida.

CONSELHEIRA RELATORA ADRIENE ANDRADE

# Minas e Bahia assinam termo de cooperação

Os Tribunais de Contas de Minas Gerais e da Bahia firmaram, no dia 12 de maio, um convênio de cooperação técnica, visando ao intercâmbio de informações, procedimentos e metodologias para a modernização do sistema de fiscalização governamental.

Assinado pelos Presidentes do TCEMG, Conselheiro Wanderley

Ávila, e do TCEBA, Conselheiro Manoel Figueiredo Castro, o acordo consiste na capacitação da equipe técnica, por meio de treinamentos e estágios, quando houver interesse recíproco, e no conhecimento das normas e procedimentos aplicáveis às inspeções e auditorias, bem como da jurisprudência firmada pelos tribunais.

O convênio terá vigência de um ano, a partir da data de sua publicação, prorrogando-se automaticamente por períodos sucessivos de um ano, até que se complete o prazo máximo de cinco anos.

PRESIDENTE DO TCEMG E AS SERVIDORAS QUE REPRESENTARAM O TCE DA BAHIA



# TCE lança Informativo de Jurisprudência

Em maio, o TCEMG inaugurou nova publicação que contém resumos dos principais julgamentos das Câmaras e do Pleno, além de decisões de outros órgãos, as quais são relevantes às atividades de controle externo. Elaborado pela Comissão de Jurisprudência e Súmula, sob a coordenação do Vice-Presidente Conselheiro Antônio Andrada, o boletim visa democratizar informações e fomentar o debate, promovendo maior transparência na administração pública.

Para tanto, o informativo quinzenal, distribuído para os servidores da Casa, está disponibilizado na intranet e no portal <www.tce.mg.gov.br>, preenchendo uma lacuna na comunicação entre a instituição e seus jurisdicionados.

## Tribunal promove palestras sobre saúde

Preocupado com o bem-estar dos servidores e da sociedade em geral, o TCE realiza, há vários anos, o Programa de Promoção da Saúde. Com a finalidade de orientar e debater sobre assuntos referentes à área de saúde, são realizadas, na Corte mineira, palestras abertas ao público. No último semestre, aconteceu o ciclo de palestras intitulado Controle do Peso.

No dia 11 de agosto, será abordado o tema doação de medula óssea e sangue. Ainda em agosto, o Mestre em Neurologia pela Universidade Federal Fluminense, Ariovaldo Alberto da Silva Júnior, fará com os funcionários da Casa um estudo sobre a prevalência e o impacto da cefaléia. O neurologista encerrará o assunto com uma palestra no dia 8 de setembro.

Os eventos são realizados no auditório Vivaldi Moreira, sempre às 11 e às 17 horas. Os interessados podem obter mais informações pelo telefone (31) 3348-2143, na Diretoria Médico-Odontológica, av. Raja Gabaglia, 1.305, 1º andar, ou por e-mail: <palestras.dmo@tce.mg.gov.br>.



Doutrina

# Prescrição e decadência: emanções do princípio da segurança jurídica nos processos sob a jurisdição dos tribunais de contas\*

**Licurgo Mourão**

Auditor e conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Minas Gerais; palestrante e conferencista; mestre em Direito Econômico; pós-graduado em Contabilidade Pública, Controladoria Governamental e em Direito Administrativo; bacharel em Direito e em Administração de Empresas; ex-professor da Universidade Federal de Pernambuco — UFPE; professor em Cursos de pós-graduação na Universidade de Pernambuco — UPE e no Centro Integrado de Ensino Superior da Amazônia — CIESA; instrutor da Escola de Administração Fazendária — ESAF do Ministério da Fazenda, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Escola de Contas Públicas do Tribunal de Contas.

*Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.*

Eclesiastes 3: 1

## 1 Introdução

O universo jurídico deve refletir as influências do decurso do tempo e não somente o cotidiano da sociedade. Nesse viés, o Direito, enquanto ciência social aplicada, não pode ser diferente, haja vista que se a sociedade se transforma, por consequência, a ciência deve trilhar a mudança, sob pena de tornar-se estática, obsoleta, arcaica e, assim, o Direito não poderá alcançar o seu propósito de atender ao interesse público que visa à estabilidade e confiança no ordenamento jurídico.

Ressalte-se que no Estado de Direito o ordenamento jurídico-positivo arrima-se em dois axio-

\* Colaboração: Técnicos de Controle Externo do TCEMG Aline Loreto, Diogo Ferreira, Flávia Lopes e Marlon Nascimento.

mas principais: a justiça e a segurança. É nesse contexto que impende breve digressão acerca do princípio da segurança jurídica e dos institutos da prescrição e da decadência, eis que os tribunais de contas necessitam harmonizar a segurança jurídica ao interesse público, no exercício de seu mister constitucional.

## 2 Segurança jurídica e prescrição

É cediço que um dos princípios norteadores da administração pública é o princípio da segurança jurídica, resguardado em nossa Constituição Federal de 1988 e textualmente enumerado no *caput* do art. 2º da Lei Federal n. 9.784/99. Sua aplicação à função de controle exercida pelo Poder Legislativo, com o auxílio das cortes de contas, dar-se-á quando restar inoportuna a atuação do controle, tendente a desconstituir atos que se consolidaram com o protrair dos anos.

Não se pode olvidar que a preservação do interesse público poderá implicar no reconhecimento de que os atos administrativos tenham seus efeitos jurídicos preservados, quando a atuação dos órgãos de controle não se der de modo tempestivo, situação na qual colidem os princípios da legalidade — a autorizar o exercício do controle a qualquer tempo — e da segurança jurídica, a reclamar a estabilização das relações constituídas. Nesse sentido, é o magistério do jurisconsulto Juarez Freitas<sup>1</sup>, *in verbis*:

*No atinente ao princípio da segurança jurídica, dimanante da ideia de Estado democrático, significa que a Administração Pública deve zelar pela estabilidade e pela ordem nas relações jurídicas como condição para que se cumpram as finalidades do ordenamento. A estabilidade fará, por exemplo, que, em certos e excepcionais casos, a Administração tenha o dever de convalidar atos irregulares na origem. É que sem estabilidade não há justiça, nem paz, tampouco respeito às decisões administrativas.*

*(...) Como se vê, o princípio da confiança do administrado na administração pública e vice-versa deve ocupar, sob vários matizes, lugar de destaque em qualquer classificação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito brasileiro, precisando operar como um dos norteadores supremos do controle das relações de administração, inclusive e especialmente para bem solver o problema da imprescritibilidade e da eventualíssima não-decretação de nulidade dos atos administrativos, assim como, numa evidente correlação temática, para fixar limites à cogência anulatória de atos maculados por vícios originários. Força sopesar a íntegra das argumentações, dos bens e dos males, em confronto com tal princípio, antes mesmo de efetuar a requerida anulação em casos de longo curso temporal. Com efeito, às vezes impor-se-á, em seu obséquio, sanar ou convalidar atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo das diretrizes cogentes do sistema, contanto que não haja prejuízo a terceiros e se cristalizem situações marcadas por aquela nota de excepcionalidade, acentuada*

<sup>1</sup> FREITAS, 2004, p. 62-75.

*no capítulo precedente. (grifos nossos)*

É consabido que num sistema de normas constituído por regras e princípios constitucionais em constante e necessária transformação, que refletem uma sociedade dinâmica e heterogênea, inevitáveis são os conflitos entre as espécies normativas, o que reclama a adoção de critérios capazes de resolvê-los e salvaguardar a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

A propósito do tema, é do escólio de Paulo Bonavides<sup>2</sup> a seguinte lição, com base nos estudos do constitucionalista alemão Robert Alexy:

*A distinção entre regras e princípios desponta com mais nitidez, no dizer de Alexy, é ao redor da colisão de princípios e do conflito de regras. Comum a colisões e conflitos é que duas normas, cada qual aplicada de per si, conduzem a resultados entre si incompatíveis, a saber, a dois juízos concretos e contraditórios de dever-ser jurídico. Distinguem-se, por conseguinte, no modo de solução do conflito. Afirma Alexy: “Um conflito entre regras somente pode ser resolvido se uma cláusula de exceção, que remova o conflito, for introduzida numa regra ou pelo menos se uma das regras for declarada nula (ungültig)”. Juridicamente, segundo ele, uma norma vale ou não vale, e quando vale, e é aplicável a um caso, isto significa que suas consequências jurídicas também valem.*

*Com a colisão de princípios, tudo se passa de modo inteiramente distinto, conforme adverte Alexy. A colisão ocorre, p. ex., se algo é vedado por um princípio, mas permitido por outro, hipótese em que um dos princípios deve recuar. Isto, porém, não significa que o princípio do qual se abdica seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção nele se introduza.*

*Antes, quer dizer — elucidada Alexy — que, em determinadas circunstâncias, um princípio cede ao outro ou que, em situações distintas, a questão de prevalência se pode resolver de forma contrária. Com isso — afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo — se quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos e que o princípio de maior peso é o que prepondera. (grifos nossos)*

No mesmo diapasão, Emerson Garcia<sup>3</sup>, estudioso do tema, assim pondera sobre a teoria do constitucionalista norte-americano Ronald Dworkin:

*Os princípios possuem uma dimensão de peso (dimension of weight), referencial de análise que contribuirá para a solução de colisões, permitindo a identificação daquele que irá preponderar. Assim, verificando-se que vários princípios incidem sobre determinada situação concreta, deverá o responsável pela solução do conflito valorar o peso relativo de cada um deles, identificando os princípios cuja utilização, total ou parcial, será admitida ou afastada:*

<sup>2</sup> BONAVIDES, 2008, p. 279-280.

<sup>3</sup> GARCIA, 2008, p. 183.

*os princípios se assemelham a “vetores”, expressando “forças” que exigem seja calculada uma “resultante”. O princípio preterido preserva a sua força normativa, mas deixa de incidir na situação concreta, o que permite afirmar que a solução da colisão atua como incidente da aplicação da norma.* (grifos nossos)

Prosseguindo em sua lição, assevera o Mestre Emerson Garcia<sup>4</sup>, agora pautado na lição de Robert Alexy:

*(...) Acresce o jurista alemão que os princípios coexistem e convivem harmonicamente, permitindo que, em caso de colisão, um deles seja preponderantemente aplicado ao caso concreto, a partir da identificação do seu peso e da ponderação com outros princípios, conforme as circunstâncias em que esteja envolto.*

*(...) Nas palavras de Alexy, “princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no Direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. A discussão sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, uma discussão sobre ponderação.” (in Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático, RDA 217/75).* (grifos nossos)

A respeito da colisão de princípios, assim assentou o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em voto lapidar da Desembargadora Relatora Maria Elza, no Processo n. 1.0024.06.073260-9, do qual se extraem os seguintes excertos, *verbis*:

*Certo é que vivemos em uma fase histórica do Direito em que resta patente a ascensão dos princípios, estando eles dotados de alta carga axiológica e dimensão ética, aos quais os intérpretes têm atribuído ampla eficácia jurídica e aplicabilidade direta e imediata. E ao contrário das regras, que normalmente expressam relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto delimitado de situações, os princípios expressam valores a serem preservados ou fins públicos a serem realizados, sem especificar, portanto, a conduta a ser seguida.*

*É o que leciona o eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso ao analisar o papel do intérprete do Direito diante de tal quadro em que vige o alto grau de aplicabilidade dos princípios, no qual se mostra inaplicável o método tradicional de aplicação do Direito pelo qual se realiza uma subsunção do fato à norma e pronuncia a conclusão. “ (...) em uma ordem democrática, princípios frequentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: o intérprete irá aferir o peso de cada um, à vista das circunstâncias, fazendo concessões*

<sup>4</sup> GARCIA, 2008, p. 187.

*recíprocas. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato.” (Temas de Direito Constitucional. Tomo III. São Paulo: Renovar, 2005, p. 81-83).*

*(...) Em razão do princípio da unidade da Constituição, inexistindo hierarquia entre os diversos princípios constitucionais, o intérprete, ao se deparar em um caso concreto com a existência de dois ou mais direitos fundamentais, que, se aplicados de maneira ampla e integral, mostram-se contrários à solução da demanda, deve lançar mão do método da ponderação de interesses, de modo a aplicar aquele princípio preservando o máximo de cada um dos valores em conflito, realizando um juízo apto a tornar prevalente aquele que importe a menor lesão ao outro, sem, contudo, extirpá-lo ou esvaziá-lo em seu sentido. (grifos nossos)*

Assim, tem-se que na resolução da colisão entre princípios constitucionais devem ser consideradas as circunstâncias que cercam o caso concreto para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Modernamente, não há que se entender que a atividade de controle possa exceder a limites protetivos do cidadão, entre eles o da segurança jurídica. Nesse sentido é a lição de Júlio César Costa Silveira<sup>5</sup>, membro do Ministério Público do Rio Grande do Sul, em sua tese de doutorado, *verbis*:

*Caracterizado, fundamentalmente, por um dogmatismo associado de forma irrestrita ao princípio da legalidade estrita, o princípio da segurança jurídica, embora sempre tenha sido vocacionado à proteção dos interesses que estejam em total adequação aos textos legais, acabou por retratar uma certa distonia entre a sua essência protetiva e a regra jurídica formalmente produzida pelo Estado. Circunstâncias oriundas de comportamentos reconhecidos como lastreados, principalmente, pela boa-fé dos administrados, os quais, por decorrência de tal constatação, passaram a exigir uma proteção mínima à da confiança decorrente de tal postura subjetivamente alicerçada, acabaram por forçar e exigir a garantia de uma maior estabilidade para as situações jurídicas, mesmo aquelas que na sua origem pudessem apresentar algum vício por decorrência de ilegalidade. Em razão dessa nova visão, a própria ideia de Estado de Direito passou por mutações marcadas por uma maior flexibilização de suas estruturas normativas, diminuindo, sob certa ótica, a força, até então irresistível, atribuída ao princípio da legalidade estrita. Nesse passo, portanto, assumiram ambos os princípios a condição de subprincípios, de molde a, por força dessa nova concepção,*

<sup>5</sup> SILVEIRA, 2005, p. 134-135.

*passarem a integrar o conceito de Estado, não mais limitado pela submissão inafastável ao Direito Positivo, mas com a maleabilidade assegurada por um novo modelo de ordenação político-social, qual seja a do Estado Democrático de Direito.* (grifos nossos)

Discorrendo acerca do tema, cita o representante do *parquet* gaúcho que a quebra do paradigma interpretativo então vigente mereceu a atenção de juristas de escol, entre eles Almiro do Couto e Silva<sup>6</sup>. Para Júlio César Costa Silveira, citando Mauro Roberto Gomes de Mattos<sup>7</sup>, *verbis*:

*O acolhimento do princípio da segurança jurídica, nos termos dessa nova visão, possibilitou, mormente pela força integradora da democracia como fator de busca permanente da equalização e uniformização das diferenças, que se utilizasse tal princípio como forma de instrumento de obstaculização da atividade da administração pública, em específico nas circunstâncias em que a sua inação a caracterizava por um período dilargado de tempo, desde que incoorrendo qualquer conduta informada por má-fé dos administrados interessados, ou eventualmente beneficiados por tal inação administrativa. Transpondo tais princípios para a esfera das relações disciplinadas pelo (...) Direito Público, a prescrição funciona também como fator de estabilidade na relação dos administrados com a administração pública, e vice-versa.* (grifos nossos)

### 3 Da prescrição incidente no âmbito dos tribunais de contas

Não raro, no âmbito dos tribunais de contas, quando do exame de autos que tratam de convênios, contratos, termos aditivos, seus instrumentos congêneres e respectivas prestações de contas, verifica-se a existência de processos autuados há muitos anos, cuja legalidade há de ser objeto da análise das cortes de contas. Não obstante o lapso temporal transcorrido, verifica-se eventualmente a não-realização de inspeção relativa aos respectivos fatos ou a inexistência de citação válida dos interessados. Ou seja, estariam prescritas as pretensões que emanam de seu direito de fiscalizar, quais sejam: a de agir, expedindo determinações positivas e negativas (pretensão corretiva); a de punir ilícitos no âmbito de sua competência (pretensão punitiva); e a de apurar danos ao erário (pretensão reparatória).

Na busca pelo estabelecimento do prazo de prescrição aplicável aos processos sujeitos às cortes de contas, visando à harmonização da segurança jurídica com o interesse público, faz-se necessário anotar as principais características do instituto da prescrição. Esse surgiu no ordenamento a fim de trazer segurança às relações jurídicas que poderiam ser atingidas, mesmo após um longo período de tempo, em razão da indeterminação de prazo para a propositura das respectivas ações

<sup>6</sup> COUTO E SILVA, 1996, p. 24.

<sup>7</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da prescrição intercorrente no processo administrativo disciplinar. *COAD – ADV: Seleções Jurídicas*, p. 58, mar. 2002.

assecuratórias de direitos. Na vetusta lição do insígne jurista alagoano Pontes de Miranda<sup>8</sup>:

*Os prazos prescricionais servem à paz social e à segurança jurídica. Não destroem o Direito, que é; não cancelam, não apagam as pretensões; apenas, encobrendo a eficácia da pretensão, atendem à conveniência de que não perdure por demasiado tempo a exigibilidade ou a acionabilidade.*

A prescrição é, em síntese, a extinção da pretensão, em razão da inércia do seu titular pelo decurso de determinado lapso temporal. O que se extingue é a ação e não propriamente o Direito, ficando este incólume. Sobre o tema, cumpre colacionar a lição de San Tiago Dantas, citado por Marques<sup>9</sup>:

*Esta influência do tempo, consumido o Direito pela inércia do titular, serve a uma das finalidades supremas da ordem jurídica, que é estabelecer a segurança das relações sociais. Como passou muito tempo sem modificar-se o atual estado das coisas, não é justo que se continue a expor as pessoas à insegurança que o direito de reclamar mantém sobre todos, como uma espada de Dâmocles. A prescrição assegura que, daqui em diante, o inseguro é seguro; quem podia reclamar não mais pode. De modo que o instituto da prescrição tem suas raízes numa das razões de ser da ordem jurídica: estabelecer a segurança nas relações sociais — fazer que o homem possa saber com que conta e com o que não conta. (grifos nossos)*

Ao tratar do assunto, assevera o eminente jurista pernambucano Aníbal Bruno<sup>10</sup>:

*O tempo que passa, contínuo, vai alterando os fatos e com estes as relações jurídicas que neles se apoiam. E o Direito, com o seu senso realista, não pode deixar de atender a essa natural transmutação de coisas (...). Além disso, o fato cometido foi-se perdendo no passado, apagando-se os seus sinais físicos e as suas circunstâncias na memória dos homens; escasseiam-se e tomam-se incertas as provas materiais e os testemunhos e assim crescem os riscos de que o juízo que se venha a emitir sobre ele se extravie, com grave perigo para a segurança do Direito. Umas e outras razões fazem da prescrição um fato de reconhecimento jurídico legítimo e necessário. Em todo caso, um fato que um motivo de interesse público justifica. (grifos nossos)*

Aliás, nunca é demais salientar que a prescrição alcança até mesmo as ações penais nos crimes dolosos contra a vida. Nesse sentido, os comentários do eminente Juiz federal Daniel Machado da Rocha<sup>11</sup>, *verbis*:

*Se até no Direito Penal, que tutela os bens jurídicos mais caros ao corpo social,*

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 101.

<sup>9</sup> MARQUES, 2003, p. 54-55.

<sup>10</sup> BRUNO, Aníbal *apud* CORDEIRO, 1997, p. 105-120.

<sup>11</sup> ROCHA, 2006, p. 160.

*os efeitos do tempo também fulminam a pretensão estatal de punir os delitos mais graves, qual a justificativa para perpetuar o direito de a Administração Pública desconstituir os seus atos? De fato, quando a ordem jurídica pretende não prescrever algum direito, o diz de maneira expressa (CF, arts. 5º, XLII; 182, § 3º, e 191, parágrafo único). Quer dizer, a prescritibilidade é a regra, e a imprescritibilidade, a exceção.* (grifos nossos)

No mesmo diapasão estão os comentários de Rita Tourinho<sup>12</sup>, Promotora de Justiça do Estado da Bahia, *verbis*:

*Como vimos, os prazos prescricionais estão a serviço da paz social e da segurança jurídica, valores primordiais à coletividade, que não podem ser suplantados por interesses de cunho patrimonial, mesmo que este pertença ao Estado. Observe-se que a preocupação com tais valores é tamanha em nosso ordenamento jurídico que até o crime de homicídio, que atenta contra a vida — bem maior, passível de proteção — prescreve em 20 anos.* (grifos nossos)

Infere-se, desse modo, que no Direito Administrativo não é diferente, pois a prescrição se inscreve como princípio informador de todo o ordenamento jurídico, não se admitindo incertezas nas relações reguladas pelo Direito. Na lição de Renato Sobrosa Cordeiro: *É regra geral de ordem pública, que se inscreve nos estatutos civis, comerciais e penais, submetendo-se as relações jurídico-administrativas a tal postulado.*<sup>13</sup>

Nesse sentido, por exemplo, a prescrição servirá como convalidadora de atos administrativos, entre eles os bilaterais, tais como os contratos, convênios e seus congêneres. Veja-se a lição de Júlio César Costa Silveira<sup>14</sup>, *verbis*

*As peculiaridades que tornam o Direito Administrativo um território marcado por contornos extremamente específicos exigem que a atividade de convalidação reste balizada por critérios de natureza pública. Entretanto, no que se refere ao fenômeno prescricional, não há obstáculo algum que se lhe reconheça, na hipótese de que o ato administrativo não reste convalidado, resulte sanado por força do evento prescricional. Isto porque a estabilidade e a ordem das relações jurídicas caracterizam-se como um objetivo fundamental a ser observado pela administração pública. Neste escopo a prescrição administrativa virá a estatuir a indispensável segurança jurídica. (...) Desse modo, conforme o até aqui realçado, no caso dos atos nulos, a prescrição administrativa assume, além da condição de fenômeno extintivo do poder de autotutela peculiar à administração pública, a feição de força sanatória dos eventuais vícios portados pelo ato administrativo. Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto*

<sup>12</sup> TOURINHO, Rita. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

<sup>13</sup> CORDEIRO, 1997, p. 105-120.

<sup>14</sup> SILVEIRA, 2005, p. 252-254.

*explicita que: “A prescrição produz, assim, uma sorte de sanatória indireta ou não voluntária, como preferimos classificá-la (...), considerando ‘interna’ aquela que se dá no âmbito da administração, impedindo-a de rever seus próprios atos, seja ‘ex-officio’ seja sob provocação, e ‘externa’ aquela que impede o Judiciário de operar a correção da violação de direitos subjetivos acaso ocorrida. Como se vê, em ambos os casos produzem-se ‘efeitos sanatórios’, ainda que os atos inquinados como tal permaneçam”. Desse modo, resta inexorável reconhecer-se que a prescrição administrativa exerce, entre outros de seus efeitos, a força de evento convalidador dos vícios eventualmente portados pelos atos administrativos, ante a imobilidade da administração pública no exercício de seu poder de autotutela. Dá-se tal circunstância em razão de diversas diretrizes a que, hodiernamente, o Direito Administrativo vê-se submetido, conforme acima explicitado. O primeiro de tais paradigmas é a relativização do princípio da legalidade. O segundo diz respeito ao acatamento do princípio da boa-fé dos administrados e dos servidores, os quais acreditam na legitimidade e na legalidade dos atos administrativos, além da presunção que lhes é inerente e integrante. Por fim, o terceiro referencial está diretamente associado ao princípio da segurança social, no fito de que a ordem, a estabilidade e a certeza das relações jurídicas nas quais intervém a Administração Pública, não restem marcadas pela desconfiança e pela insegurança, gerando-se, de tal circunstância, forte instabilidade social, o que se mostra totalmente inadequado ao Estado Democrático de Direito. (grifos nossos)*

Na espécie, conforme dito, deveriam os relatores de tais processos — em observância ao princípio da legalidade estrita que impõe ao Tribunal de Contas o exercício de seu mister fiscalizatório — determinar as medidas corretivas e/ou punitivas, embora extemporâneas e pouco efetivas em razão do protrair dos anos. Entretanto, a nosso ver, impõe-se a incidência do princípio da segurança jurídica, consubstanciado na utilização do instituto da prescrição, aplicável analogicamente aos processos sujeitos à jurisdição das cortes de contas.

A utilização de institutos de direito civil em processos de controle regidos por normas de direito administrativo evidencia a necessidade de integração do Direito, uma vez que, na lição de Limongi França, citando Francesco Ferrara<sup>15</sup>, analogia é, *verbis*:

*(...) raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para certo objeto, conclui pela validade da mesma solução para outro objeto semelhante não previsto. O mesmo processo, diga-se de passagem, pode ser adotado com relação ao costume, à jurisprudência, etc. (...) Noutras palavras, diz Ferrara que ela é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece, para um certo fato, a um outro fato não regulado mas juridicamente semelhante ao primeiro. (grifos nossos)*

<sup>15</sup> FERRARA, Francesco. *Trattato di diritto civile italiano*. Roma, v. I, 1921, p. 227.

Nos casos em que se constatem tais situações, há que se admitir a prescritibilidade das pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, pois, além de se referir a processos despidos de quaisquer elementos probatórios, estar-se-ia admitindo a eternização do direito de punir, o que é vedado pelo disposto no art. 5º, XLVII, alínea *b*, da Lei Maior.

Veja-se que o *mister* de fiscalizar — verdadeiro poder-dever — é um direito exercido pelos tribunais de contas em defesa do erário e da própria sociedade. Desse direito emanam, a nosso ver, várias pretensões, quais sejam: a de agir, expedindo determinações positivas e negativas (pretensão corretiva); a de punir ilícitos no âmbito de sua competência (pretensão punitiva); e a de apurar danos ao erário (pretensão reparatória).

Apenas argumentando, sobreleva notar que, atualmente, até mesmo a sólida construção acerca da imprescritibilidade das ações reparatórias de dano ao erário vem sendo discutida no meio acadêmico, embora entendamos não se confundir a reparação do dano com a aplicação de pena pecuniária. A propósito, a lição do Procurador do Estado de Minas Gerais e Professor da Faculdade de Direito da UFMG, Érico Andrade<sup>16</sup>, *verbis*:

*O art. 37, § 5º, da Constituição Federal parece, de forma indireta, declarar que a ação de ressarcimento de danos ao erário seria imprescritível. Todavia, esse entendimento mostra-se insustentável perante o próprio ordenamento jurídico vigente, pois a Constituição Federal estabelece, como direito e garantia fundamental, a vedação de penas perpétuas — art. 5º, XLVII, b. Ora, no caso, a se entender imprescritível o ressarcimento, estar-se-ia criando a possibilidade, eterna, de se demandar, v.g., um tataraneto de um administrador ímprobo (...). Criada estaria, assim, em antinomia com a própria Constituição, uma pena perpétua. (...) Tanto é certa a prevalência do direito fundamental de vedação de penas perpétuas sobre a norma do art. 37, § 5º, CF, que o art. 23, I, da Lei n. 8.429/92 prevê a prescrição quinquenal para a aplicação de suas sanções — entre as quais se situa, obviamente, o perdimento de bens ou imposição de indenizar o erário. (grifos nossos)*

Aliás, não se pode olvidar que a imprescritibilidade das pretensões em defesa dos direitos por parte do Estado é, de há muito, alvo de críticas dos mais autorizados juristas brasileiros, entre eles as do incomparável mestre cearense Clóvis Beviláqua<sup>17</sup>, em seus comentários ao Código Civil então vigente, *verbis*:

*Manteve o Código Civil o privilégio da União, quanto à prescrição quinquenária de suas dívidas passivas, e concedeu-a também aos Estados e Municípios, que não gozavam desse benefício. A razão não justifica semelhante privilégio e, muito menos, a imprescritibilidade das dívidas ativas, que vemos resultar dos termos do art. 66, III, combinados com o artigo 67. (grifos nossos)*

<sup>16</sup> ANDRADE, 2003, p. 49.

<sup>17</sup> BEVILÁQUA, 1956, p. 379.

Feita tal digressão e retornando ao ponto nodal, em tais casos, impõe-se a prevalência do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade estrita, com a aplicação de seus institutos assecuratórios, entre eles o da prescrição, notadamente depois de considerável lapso temporal. Nesse sentido, mais uma vez, é a lição de Júlio César Costa Silveira<sup>18</sup>, ao citar Almiro do Couto e Silva, *verbis*:

***A recepção de princípios, a título de diretrizes com força de orientação ao agir do administrador público, permitiu que se visualizassem tais circunstâncias sob o prisma da passagem do tempo. Tanto é assim que, na visão de Almiro Couto e Silva: “(...) os atos inválidos praticados pela administração pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão de boa-fé, convalidam, convalescem ou sanam. (...) É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o dever (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da administração pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjunção da boa-fé dos interessados com a tolerância da administração e com razoável lapso de tempo transcorrido”.***

***Ora, a partir de tal compreensão, em aceitando-a, o que nos parece, no mínimo, razoável, nada obstará que se possa admitir que, muito mais do que a mera convalidação do ato administrativo viciado por força do decurso do tempo, o acatamento da possibilidade do reconhecimento da prescrição administrativa exsurge como fator com consequência fática idêntica, no sentido de impedir que tais atos possam vir a ser revogados ou anulados por parte da administração pública.***

***Importa destacar que o que aqui se busca evidenciar diz respeito à prescrição administrativa, ou seja, fator impeditivo do exercício do poder-dever de anular o ato nulo a ser reconhecido pela própria administração pública.***

***Tal compreensão, aliás, não se mostraria esdrúxula e totalmente dissonante no espaço da regulação jurídica, na medida em que tal reconhecimento é fator indiscutível na esfera regulada pelo Direito Privado, não se criando, ante tal compreensão, nenhuma circunstância que possa ser tida como absurda, face aos parâmetros do ordenamento jurídico pátrio.***

***Ora, reconhecida a possibilidade de convalidação, enquanto ato jurídico de maior abrangência, em caso de inexistência de um tempo legalmente determinado para tal atuação, possibilitado também estará o reconhecimento da prescrição administrativa, na medida em que tal efeito extintivo***

<sup>18</sup> SILVEIRA, 2005, p. 248-250.

***também pode restar compreendido como evento que, em razão de seus particulares efeitos, acabaria por produzir efeito de natureza sanatória.***  
(grifos nossos)

Conforme dito, verificando tratar-se de assuntos sujeitos ao controle externo atuados há muitos anos, sendo certo ainda que não foi realizada a citação válida dos responsáveis ou interessados e nem foi praticado qualquer outro ato com vistas à instrução processual, impõe-se a aplicação do instituto da prescrição às pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, apurando-se responsabilidades de quem lhe deu causa.

Ainda, considerando todo o exposto, ao cumprir o seu *mister*, não seria razoável que o Tribunal de Contas, a fim de alcançar a efetividade no controle externo da gestão pública, promovesse a citação das partes interessadas ou a realização de diligência para a juntada de documentos, objetivando o saneamento destes autos, haja vista a ineficácia, por extemporânea, a nosso ver, dessas medidas.

### 3.1 Do prazo prescricional

A Constituição da República de 1988 adotou a prescritibilidade como regra e o fez no capítulo denominado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, explicitando as exceções, quais sejam: os crimes consistentes na prática do racismo e na ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, incs. XLII e XLIV) e as ações de ressarcimento por prejuízos causados ao erário, em seu artigo 37, § 5º.

Destarte, sendo somente tais crimes e tais ações imprescritíveis, há que se admitir a prescrição das pretensões punitiva e corretiva exercidas pelo Estado contra o responsável pela prática dos demais ilícitos, observada a legislação de regência.

Entretanto, a fixação de um prazo prescricional ante o silêncio legislativo, notadamente no que toca ao exercício da função de controle, é ponto de intenso debate doutrinário. Nesse sentido, adverte-nos Júlio César Costa Silveira<sup>19</sup>, *verbis*:

*Questão controvertida, entre tantas outras que gravitam em torno do instituto da prescrição administrativa, diz respeito ao silêncio do legislador em relação ao prazo prescricional. (...) A postura de buscar apoio no sistema legislado, a partir de um caso de regulação particular, para o efeito de situar um prazo que possa ser generalizado, de modo que, nos casos de omissão de manifestação legislativa, tenha-se um parâmetro a ser universalizado, esbarra na circunstância de que, além do fato de que muitas leis, na esfera de regulação administrativa, estatuem lapsos temporais diversos, a escolha de um só critério mostra-se extremamente problemática, ante a razão de que, de imediato, o primeiro gesto a ser praticado*

<sup>19</sup> SILVEIRA, 2005, p. 315-318.

*diz respeito à necessária demonstração da legitimidade da escolha procedida.*

*Tanto é assim que a própria escolha, tradicionalmente procedida, qual seja em relação aos prazos estatuídos pelo Direito Civil, padece da mesma ilegitimidade, dado que a escolha de tal critério não espelha ou indica a sua origem a partir de critério que possa ser havido, no âmbito do Direito Público, como um critério inquestionavelmente adequado.*

*(...) Ante tais perspectivas, não resulta inviável, portanto, deixar-se de envidar um esforço preliminar para a identificação de um prazo a ser universalizado. Poderíamos, por exemplo, partir de um critério inicial apoiado em diplomas legais, no âmbito da regulação administrativa, nos quais tal lapso resta fixado entre dois e cinco anos. Para tanto se usariam, como referência, as Leis n. 8.429, de 02 de junho de 1992; 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e 4.717, de 29 de junho de 1965, as quais, devem, por óbvio, ser compreendidas a partir do estabelecido pelo art. 37, § 5º, da Constituição Federal. Como consequência deste primeiro movimento de inteligência, de imediato exsurtem duas variáveis de identificação de tal concepção, quais sejam: a de que inexistente prescrição na esfera administrativa, salvo com expressa previsão legal; e que tais prazos serviriam como uma forma de identificação daquilo que se convencionou designar como sendo o espírito do legislador.*

*Percebe-se desde logo que a simples utilização de um ou mais diplomas legais para o efeito de assumirem, a título de referência, a função de identificação de um prazo a ser universalizado, caracteriza tarefa que já se depara com embaraço intransponível, na medida em que a própria lei abstém-se de firmar, de modo claro, incontroverso e pontual, um prazo fixo para as hipóteses que ultrapassam o seu conteúdo normativo. Ou seja, tais estatutos legais, de início, manifestam, de forma incontroversa, os limites e a temática que visam obedecer e regular, respectivamente, não dando, contudo, um passo além de si próprios.*

*Ante tal perspectiva, construiu-se uma nova tentativa de solução, qual seja: ante a ausência de previsão legal expressa a respeito do prazo para correção dos atos administrativos ilegais, por parte da própria administração pública, deslocaram-se os intentos para a construção de um critério a partir dos paradigmas estatuídos pelo estudo das nulidades e anulabilidades, no âmbito do Direito Administrativo, cuja característica maior é a de ter-se sedimentado sob a influência do Direito Civil. (grifos nossos)*

Embora não havendo ainda consenso acerca da matéria, o Tribunal de Contas da União, com amparo no voto do Ministro Guilherme Palmeira, no Acórdão n. 1.263/2006 da 1ª Câmara, utilizou os seguintes critérios para análise dos prazos prescricionais, em analogia com as normas de direito privado estatuídas no Código Civil brasileiro, *verbis*:

*Com a entrada no universo jurídico do novo Código Civil, a regra geral dos prazos prescricionais, disciplinada pelo art. 205, passou a ser de dez anos, prazo que vem sendo observado pelo TCU em suas deliberações. Neste sentido, vem a*

*propósito reproduzir parte do Acórdão 1.727/2003 — 1ª Câmara da relatoria do nobre Ministro Augusto Sherman Cavalcanti:*

*(...) 8. Entretanto, com a edição do novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002) e o início de sua vigência em 01/01/2003, os prazos prescricionais sofreram sensível alteração. A regra geral passou a ser o prazo de dez anos, conforme dispõe seu art. 205: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.*

*9. Registre-se que o novo código não trouxe previsão de prazo prescricional específico para a cobrança de dívidas ativas da União, dos Estados ou dos Municípios, o que, ante a ausência de outra legislação pertinente, nos leva à aplicação da regra geral para as dívidas ativas decorrentes de atos praticados após 01/01/2003.*

*10. Com referência aos prazos já em andamento quando da entrada em vigor do novo Código Civil, este estabeleceu em seu art. 2.028: “Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.*

*11. Desta feita, entendo, salvo melhor juízo, que quando ocorrerem, simultaneamente, as duas condições estabelecidas no artigo retromencionado — quais sejam, redução do prazo prescricional pelo novo Código Civil e transcurso, em 01/01/2003, de mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada — continuarão correndo os prazos na forma da legislação pretérita.*

*12. Deve-se enfrentar, ainda, nos casos em que os fatos ocorreram na vigência do Código Civil de 1916, o tema atinente ao termo inicial para contagem do prazo prescricional previsto na nova legislação. Duas teses se apresentam. A primeira, de que a contagem do prazo inicia-se na data em que o direito foi violado (art. 189 do Código Civil de 2002). A segunda, de que o prazo inicia-se em 01/01/2003, data em que o novo Código Civil entrou em vigor.*

*13. Entendo que a segunda tese é a que melhor se harmoniza com o ordenamento jurídico. Julgo que a regra de transição estabelecida no art. 2.028 do novo Código Civil veio para evitar ou atenuar efeitos drásticos nos prazos prescricionais em curso. A aplicação da primeira tese, de forma contrária, promoveria grandes impactos nas relações jurídicas já constituídas. Em diversos casos, resultaria na perda imediata do direito de ação quando, pela legislação anterior, ainda restaria mais da metade do prazo prescricional.*

*(...) 15. No âmbito deste Tribunal, em síntese, entendo deva-se aplicar o prazo prescricional de dez anos, previsto no art. 205 do novo Código Civil, quando não houver, em 01/01/2003, o transcurso de mais da metade do prazo de vinte anos estabelecido na lei revogada.*

*Sendo caso de aplicação do prazo previsto no novo Código Civil, sua contagem dar-se-á por inteiro, a partir de 01/01/2003, data em que a referida norma entrou em vigor. Ao contrário, quando, em 01/01/2003, houver*

***transcorrido mais da metade do prazo de vinte anos, a prescrição continua a correr nos moldes do Código Civil anterior.*** (grifos nossos)

Lado outro, insta salientar a advertência de Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>20</sup> de que a analogia com o Direito Civil, ante a omissão legislativa na fixação de prazo prescricional em matéria de Direito Administrativo, não se revela a mais correta, *verbis*:

*Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de créditos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para a decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado (até a 11ª edição deste curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os anuláveis. Reconsideramos tal posição. Reditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões de direito público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de direito público.*

*(...) Vê-se, pois, que este prazo de cinco anos é uma constante nas disposições gerais estatuídas em regras de direito público, que quando reportadas ao prazo para o administrado agir, quer quando reportadas ao prazo para a Administração fulminar seus próprios atos. Ademais, salvo disposição legal expressa, não haveria razão prestante para distinguir entre administração e administrado no que concerne ao prazo ao cabo do qual faleceria o direito de reciprocamente se proporem ações. Isto posto, estamos em que, faltando regra específica que disponha de modo diverso, ressalvada a hipótese de comprovada má-fé em uma, outra ou em ambas as partes da relação jurídica que envolva atos ampliativos de direito dos administrados, o prazo para a Administração proceder judicialmente contra eles é, como regra, de cinco anos, quer se trate de atos nulos, que se trate de atos anuláveis.* (grifos nossos)

Tão controverso é o estabelecimento dos marcos para a aplicação do instituto da prescrição no âmbito dos tribunais de contas que tal questão está sendo discutida, na profundidade que o caso requer, no Processo junto ao Tribunal de Contas da União n. TC 005.378/2000-2, ainda pendente de julgamento, até a presente data, haja vista o incidente de uniformização de jurisprudência suscitado quando de sua discussão em plenário.

Sem embargo da polêmica acerca do prazo prescricional ser decenal (em analogia com as nor-

<sup>20</sup> MELLO, 2004, p. 930.

mas de direito privado) ou quinquenal (em analogia com as demais normas de direito público) temos que o entendimento adotado pelo TCU, sufragado no acórdão acima colacionado, aponta-nos um novo paradigma, qual seja, o de assegurar, nos processos de controle exercido pelo Tribunal de Contas, a aplicação dos princípios da segurança jurídica, da economicidade — substanciado na equação custo-benefício —, da eficiência e da razoabilidade e, notadamente, o da celeridade, estampado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988, acrescentado pela EC n. 45, que dispõe: *a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*

Nos casos em concreto, há que se verificar se nos processos sob análise operou-se a prescrição suscitada, seja tomando por parâmetro o critério quinquenal publicista, seja utilizando-se o prazo decenal do Código Civil, até que a polêmica seja dirimida e a depender do livre convencimento fundamentado de cada julgador.

### 3.2 Da interrupção da prescrição

Assinalado o entendimento supraerigido, faz-se necessário registrar que em razão da ausência em nosso ordenamento jurídico de norma administrativa que trate das causas interruptivas da prescrição, justifica-se a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, o que aliás já se encontra previsto em diversas leis orgânicas de tribunais de contas e sumulado pelo TCU, a teor de sua Súmula n. 103.

Com efeito, esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme excerto do Acórdão n. 758/2005, Segunda Câmara, Processo n. 011.990/1999-6, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, o qual transcrevemos *ipsis litteris*:

*A nova redação do artigo que trata dos prazos prescricionais unificou as prescrições pessoais e reais em dez anos. Assim, valendo-me dos jurídicos fundamentos do eminente Ministro Adhemar Ghisi, acima transcritos, entendo que devam as dívidas ativas da União rege-se pela prescrição decenária, observando-se a interrupção do prazo prescricional com o aperfeiçoamento da relação processual no âmbito deste Tribunal, ou seja, com a citação válida do responsável, conforme preceitua o art. 219 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente aos processos desta Corte de Contas. (grifos nossos)*

Ressalte-se que, nos casos em concreto, há que ser também verificado se ocorreu a interrupção da prescrição suscitada, através da citação válida dos interessados, a teor do que estabelece o art. 219 do CPC, *verbis*:

*Art. 219. A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.*

### 3.3 Da resolução de mérito

De acordo com o art. 269, IV, do Código de Processo Civil, quando for pronunciada a prescrição haverá resolução de mérito, a qual poderá ser interrompida com a citação válida (art. 219 do respectivo diploma legal).

Conforme já dito, insta enfatizar que a prescrição inviabiliza a eficácia de determinada pretensão, em razão do seu não-exercício em determinado lapso temporal, conforme dispõe o art. 189 do Código Civil de 2002. Ainda, nos termos insertos no art. 193 do novel código, pode ser reconhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo ser pronunciada de ofício, conforme o comando disposto no art. 219, § 4º, do CPC.

Portanto, a decisão que acolhe a prescrição é decisão de mérito que diz respeito à impossibilidade de obtenção da eficácia jurídica pretendida. Assim, entendemos que, com o decurso do tempo, escoa-se a prerrogativa do Tribunal de Contas de exercer as suas pretensões punitiva e corretiva decorrentes de sua atividade fiscalizatória — verdadeiro poder-dever — dirigida aos agentes públicos envolvidos. É então decisão de mérito análoga àquela que rejeita o pedido do demandante, porquanto reconhece a impossibilidade de concedê-lo em razão de um fato que inviabiliza a eficácia da pretensão (art. 269, IV, do CPC).

### 3.4 Da imprescritibilidade da pretensão reparatória

Embora nos pareça claro que o julgador — ao conceber ser possível a incidência de prazo prescricional nos processos afeitos ao Tribunal de Contas — há que observar, inexoravelmente, o disposto no art. 269, IV, do CPC: *extingue-se o processo com julgamento de mérito: (...) IV — quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição*, não restam dúvidas de que a inviabilidade de se efetuarem agora procedimentos de auditoria, em razão do protrair dos anos, não quer indicar, a nosso ver, o mero e simples arquivamento dos fatos constantes dos autos, a torná-lo insindicável, uma vez que a prescrição alcança tão-somente as pretensões punitiva e corretiva, não havendo razão, portanto, para confundir a impossibilidade de expedir determinações (pretensão corretiva) ou de aplicar sanções (pretensão punitiva) com o eventual ressarcimento ao erário (pretensão reparatória).

Isso porque, dentro do prazo cominado legalmente, poderá ser retomada a atuação do Tribunal de Contas na apuração dos fatos, através de pedido de rescisão previsto em permissivo legal presente na maioria das leis orgânicas dos tribunais de contas, análogo ao que prevê o Código de Processo Civil (ação rescisória, art. 485).

E mais, na existência posterior de fatos e indícios, apurados *sponte propria* ou por provocação

de terceiros interessados, inclusive o Ministério Público de Contas, poderá o Tribunal de Contas — sobrevivendo provas de dano ao erário — reabrir as apurações a qualquer tempo, visando a dar efetividade ao que dispõe o § 5º do art. 37 da Constituição da República: *A lei estabelecerá os prazos de prescrição para os ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.* (grifos nossos)

Ou seja, o que aqui se reafirma é tão-somente a prescritibilidade das pretensões punitiva e corretiva das cortes de contas, assim entendida como a prerrogativa das mesmas de aplicar multas e sanções e de determinar correções, jamais alcançando seu *mister* constitucional de apurar danos e de tomar as medidas subsequentes visando à reparação do dano ao erário na esfera cível (pretensão reparatória). Nesse sentido, corroborando o que se afirma, é a lição de Cretella Júnior<sup>21</sup>, *verbis*:

*(...) prescrição é a extinção da iniciativa de punir, resultado da inércia, durante certo lapso de tempo, do Poder Público, na perseguição da infração ou na execução da sanção. (...) Sob o aspecto do direito de punir, a relação jurídica entre o titular da ação punitiva, o Estado, e o paciente, a pessoa física afetada pelo decurso do tempo, extingue-se em determinado momento. Nem teria sentido que a sanção pairasse, indefinidamente, como a espada de Dâmocles, sobre o infrator da norma, para ser aplicada muito mais tarde, quando os fatos, as circunstâncias de local e de tempo, os documentos, as testemunhas e as provas tivessem de vir à tona para extemporânea valoração pelo aplicador da pena, dentro de quadro bem diverso daquele que cercava o fato e o autor, na época da consumação do fato.* (grifos nossos)

Esse também é o entendimento do excelso Pretório, no Mandado de Segurança 26.210-9/DF<sup>22</sup>, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008, de cujo voto condutor extraem-se excertos que trazem a exegese, segundo a qual a tomada de contas especial é instrumento legítimo para a apuração e quantificação de dano ao erário, não estando, portanto, sujeita a prazo prescricional tal persecução sob a responsabilidade do Tribunal de Contas, *verbis*:

*No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual: “§ 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.”* (grifos nossos)

*Considerando-se ser a tomada de contas especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário, e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao*

<sup>21</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1981, p. 61-72.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

**caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.**

*Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva: “A prescritebidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral de direito. Não será, pois, de estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da administração, quer quanto às desta em face de administrados. Assim é especialmente em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência à sua apuração e à responsabilização do agente, a sua inércia gera a perda do seu ius persecuendi. É o princípio que consta do art. 37, § 5º, que dispõe: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (dormientibus non succurrit ius)”.*<sup>23</sup> (grifos nossos)

A essa conclusão chega também Diogo Ribeiro Ferreira<sup>24</sup>, resumindo, com lapidar acuidade, as linhas de pensamento que ora se confrontam, *verbis*:

*Portanto, em relação ao prazo prescricional, ressalvado o ressarcimento ao erário, há basicamente três correntes, conforme se segue. Inicialmente, mencionando respectivamente a teoria da imprescritebidade das nulidades e a da imprescritebidade fundamental das nulidades, temos Régis Fernandes de Oliveira e, em obra coletiva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Odete Medauar.*

*Já outros autores fazem um delineamento diverso. Dentre eles há os que, pertencentes a uma segunda corrente, transplantam (em maior ou menor grau) a teoria do Direito Privado (como Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e Carlos Pinto Coelho Motta). Destaca-se, aliás, que em obra de autoria individual, Diogo de Figueiredo Moreira Neto parece filiar-se, individualmente, à presente corrente: “há que se distinguirem as ações do Estado contra terceiros, cuja prescrição é regida, em regra, pelo Direito Privado, daquelas dos administrados contra o Estado.”*

(...)

*Finalmente, há uma terceira corrente que é conhecida por adotar um prazo quinquenal. Desta linha são adeptos Celso Antônio Bandeira de Mello, que reformulou sua teoria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, Almiro Couto e Silva e Weida Zancaner. Também adere a esta corrente José dos Santos Carvalho Filho (...).*

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 673 *apud* BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

<sup>24</sup> FERREIRA, 2008, p. 41-44.

*Assim sendo, em relação às diferentes linhas de pensamento quanto ao prazo prescricional para ilícitos praticados — ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, pois, conforme exposto, são imprescritíveis —, formaram-se três distintas teses: a da imprescritibilidade, a do prazo adaptado ao Direito Privado e a do prazo quinquenal. No que concerne às conclusões desta pesquisa, afigurou-se majoritária a corrente que opta pelo prazo quinquenal, conforme acima evidenciado.*

*Portanto, conclui-se que, ex vi da ressalva expressa no art. 37, § 5º, da Constituição da República, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário. Como corolário de tal imprescritibilidade, são também imprescritíveis as análises de contas. Tais análises constituem mero instrumento para viabilizar a imprescritibilidade do ressarcimento. Já em relação às sanções a serem impostas, embora haja divergências quanto ao prazo, justifica-se a posição dos que se filiam à corrente quinquenal, cujo enfoque, ademais, garante um prazo mínimo que, nada obstante, em virtude de interrupção ou suspensão, pode ser aquilatado. É de se ressaltar, ainda, a sintonia existente entre esta opção (doutrinária) e a opção legislativa configurada através dos dispositivos a seguir citados, como exemplo: arts. 1º até 3º da Lei Federal n. 9.873/99; art. 21 da Lei Federal n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular); art. 23 da Lei Federal n. 8.429/92 (Lei de Improbidade); art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99 (Lei de Processo Administrativo). Ainda merece registro o conteúdo do art. 142 da Lei n. 8.112/90 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União) e do art. 174 do CTN (Código Tributário Nacional, Lei 5.172/66). (grifos nossos)*

Corroborando o entendimento acerca da imprescritibilidade do dano ao erário, encontra-se, no Tribunal de Contas da União, o entendimento do douto Ministro substituto mineiro Marcos Bemquerer nos autos do Processo TC 650.250/1998-2, relator do Acórdão n. 510/2005 — Plenário, o qual assevera:

*5.18. Observe-se que a atuação do Tribunal no exercício do controle externo não se enquadra na classificação de ações trazidas em linhas anteriores, o que afasta uma pretensa analogia com o Código Civil, sem prejuízo do exame da matéria pelo juiz competente na fase de execução judicial dos julgados desta Corte, por força do art. 19 do referido diploma legal: “Quando julgar as contas irregulares, havendo débito, o Tribunal condenará o responsável ao pagamento da dívida atualizada monetariamente, acrescida de juros de mora devidos, podendo, ainda, aplicar-lhe multa prevista no art. 57 desta lei, sendo o instrumento da decisão considerado título executivo para fundamentar a respectiva execução.”*

*5.19. Destarte, não dispondo a Lei n. 8.443/1992 a respeito da prescrição, como ocorre nos diversos diplomas legais apresentados na instrução precedente, não há que se falar também em aplicação ou não do instituto no âmbito da atividade fiscalizatória do TCU, com espeque nos normativos de direito público.*

*5.20. De sorte que não se pode simplesmente interpretar a Constituição con-*

*forme as diversas leis, sejam elas de direito público ou privado, e assim subverter a hierarquia das normas. Defende-se, então, serem as ações de ressarcimento imprescritíveis, por força do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, independentemente da classificação que lhes queiram atribuir.* (grifos nossos)

A classificação a que se refere o ilustre auditor e ministro substituto refere-se àquela baseada na doutrina do jurista paraibano Agnelo Amorim Filho,<sup>25</sup> da Universidade Federal da Paraíba, que em artigo jurídico histórico estabeleceu, em suas palavras, um *critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. Segundo a lição do mestre, *verbis*:

*A concepção dos direitos potestativos induziu a substituição da tradicional classificação das ações, oriunda do Direito Romano, e que levava em conta a natureza do direito cuja defesa se pretendia com o exercício da ação (ações reais, pessoais, mistas e prejudiciais), por uma outra classificação que tivesse em vista a natureza do pronunciamento judicial pleiteado. “Classificação segundo a carga de eficácia”, conforme a conceituou Pontes de Miranda (“Tratado de direito privado”, 5/483).*

Por fim, as posições ora expostas que preservam a atuação do Tribunal de Contas, a qualquer tempo, no sentido da apuração do dano passível de ressarcimento ao erário, encontram eco, entre outras, na doutrina abalizada de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup>, *verbis*:

*(...) por força do art.37, §5º, da Constituição Federal, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário.*

No mesmo sentido, é a lição de Uadi Lamêgo Bulos<sup>27</sup>, *verbis*:

*Esse dispositivo prevê duas situações distintas: uma relativa à sanção pelo ato ilícito, outra relacionada à reparação do prejuízo. No primeiro aspecto, fica a lei ordinária encarregada de fixar os prazos prescricionais; no segundo, garantiu-se a imprescritibilidade das ações — medida considerada imprópria, mas que veio consagrada na Constituição de 1988.* (grifos nossos)

### 3.5 Considerações finais acerca da incidência da prescrição

Como visto, a aplicação do instituto da prescrição é instrumento assecuratório da segurança jurídica e a imprescritibilidade é excepcional, nos termos do disposto no art. 37, § 5º, e art.

<sup>25</sup> AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 68, n. 3, jul./set. 2008, p. 35-46.

<sup>26</sup> MELLO, 2000, p. 124.

<sup>27</sup> BULOS, 2002, p. 615.

5º, incs. XLII e XLIV, da Constituição da República de 1988.

Frise-se que em não existindo dispositivo legal prevendo prazo prescricional para atuação das cortes de contas nos processos de controle externo, torna-se cabível aplicar a analogia para se determinar o rito a ser observado na processualística daqueles tribunais.

Sendo assim, não se olvide que por efeito da EC n. 45/04, a Constituição Federal passou a albergar, explicitamente, o direito à razoável duração do processo, inclusive os de natureza administrativa, conforme dicção do art. 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988.

Há de se registrar que o protrair dos anos torna a análise formal ineficaz, uma vez que os efeitos jurídicos dos ajustes firmados já se exauriram, além do que a reunião de elementos probantes torna-se onerosa e, não raro, revela-se frustrada.

A utilização da prescrição é posicionamento sedimentado no Tribunal de Contas da União, que, nos termos do Acórdão 1.727/2003, se apoia na regra geral dos prazos prescricionais, disciplinada em norma de direito privado presente no art. 205 do novo Código Civil, embora, saliente-se, seja plenamente plausível adotar entendimento diverso para se fazer a analogia com prazos prescricionais de cinco anos estabelecidos em diversas normas públicas.

Na presença de processos há muito autuados, em que não tenha sido realizada a citação válida dos interessados ou a prática de qualquer outro ato interruptivo, há de ser aplicada, portanto, a prescrição, com fulcro nos princípios da eficiência (art. 37, *caput*), da ampla defesa efetiva (art. 5º, LV), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), todos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Nessas situações, colidem os princípios da estrita legalidade — em razão da tese segundo a qual o exercício do controle externo há de ser feito a qualquer tempo — e da segurança jurídica — a exigir a atuação tempestiva das cortes de contas para a estabilização das relações sociais afetadas por sua atuação —, motivo pelo qual deve ser ponderado o peso de cada princípio, devendo prevalecer o princípio que melhor atende os fins da justiça, paz social e bem comum.

Revela-se que o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na aplicação, nesses casos, do instituto da prescrição, é o mais adequado à solução da questão discutida, a fulminar tão somente as pretensões punitiva e corretiva.

Tal solução pela atuação tempestiva dos tribunais de contas encontra ressonância nos anseios mais legítimos da sociedade, que se por um lado clama por justiça — em seu sentido mais amplo —, também a deseja célere, eficaz e que apresente um custo de manutenção de seu aparato que prime pela eficiência do gasto e pela economicidade.

Entende-se, outrossim, que os autos que tratem do tema devam ser remetidos ao *parquet* de contas para que esse proceda a apurações supervenientes e de eventuais responsabilidades, se for o caso, no âmbito de sua competência, haja vista a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, considerando o disposto no art. 37, §5º, da Carta Magna, na esteira do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 26.210-9/DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008) e da incomunicabilidade *a priori* das esferas administrativa, penal e cível.

#### 4 Segurança jurídica e decadência

Também, quando do exame para fins de registro de atos de aposentadoria, reforma e pensão, deparam-se as cortes de contas com a necessidade de observar a incidência da decadência administrativa, à luz do princípio da segurança jurídica e em face da colisão de princípios constitucionais já expostos.

O ponto nodal refere-se à aplicação do instituto da decadência administrativa previsto no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, o qual dispõe que decai em cinco anos o direito de a Administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, salvo comprovada má-fé.

Com efeito, o poder-dever de invalidação dos atos administrativos não é absoluto e encontra limites determinados por outros princípios norteadores da atividade administrativa, dentre estes, aqueles que visam à garantia da segurança jurídica, à necessidade de estabilização das relações sociais, à proteção da confiança e da boa-fé de terceiros envolvidos; afinal que eficácia teriam as decisões das cortes de contas se delas efeito jurídico algum pudesse ser extraído?

Embora a matéria ainda hoje suscite muita controvérsia, pois não há unanimidade na doutrina, tribunais superiores e cortes de contas, sabe-se que, até o advento da Lei Federal n. 9.784/99, era ponto pacífico que a Administração poderia rever os seus próprios atos, a qualquer tempo, quando eivados de ilegalidade, conforme jurisprudência do colendo Supremo Tribunal Federal consagrada nos enunciados das Súmulas 346 e 473, ambas editadas na década de 60, e também com fulcro na norma positivada decorrente, presente no art. 114 da Lei Federal n. 8.112/90.

Há que se alertar que a adoção indiscriminada do instituto da decadência quinquenal para os processos que contêm atos de aposentadoria, reforma e pensão faria que o simples transcurso do tempo transformasse em servidor efetivo e estável qualquer pessoa admitida para ocupar cargo público, mesmo sem o cumprimento da disposição constitucional do concurso público, razão pela qual entendemos não ser aplicável o princípio da segurança jurídica, nesses casos, face à mitigação, não admitida, do princípio constitucional proeminente do concurso público.

Em que pesem os argumentos contrários, há argumentos defensáveis para se determinar a aplicação da decadência administrativa aos processos de atos de aposentadorias, reformas e pensões concedidos há mais de cinco anos que contêm vícios anuláveis e que não podem ser anulados, ressalvadas as hipóteses de má-fé.

Neste passo, é necessário fazer a identificação e diferenciação dos atos inexistentes, nulos e anuláveis, uma vez que sua distinção revelar-se-á essencial para a aplicação do instituto da decadência. Conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>28</sup>, *verbis*:

*Em face do quanto se expôs, dir-se-ão inexistentes os atos que assistem no campo do impossível jurídico, como tal entendida a esfera abrangente dos comportamentos que o Direito radicalmente inadmite, isto é, dos crimes, valendo como exemplos as hipóteses, já referidas, de “instruções” baixadas por autoridade policial para que subordinados torturem presos, autorizações para que agentes administrativos saqueiem estabelecimentos dos devedores do fisco ou para que alguém explore trabalho escravo, etc.*

*São nulos:*

- a) os atos que a lei assim declare;*
- b) os atos em que é racionalmente impossível a convalidação, pois, se o mesmo conteúdo (é dizer, o mesmo ato) fosse novamente produzido, seria reproduzida a invalidade anterior.*

*Sirvam de exemplo: os atos de conteúdo (objeto) ilícito; os praticados com desvio de poder; os praticados com falta de motivo vinculado; os praticados com falta de causa.*

*São anuláveis:*

- a) os que a lei assim declare;*
- b) os que podem ser re praticados sem vício.*

*Sirvam de exemplo: os atos expedidos por sujeito incompetente; os editados com vício de vontade; os proferidos com defeito de formalidade.* (grifos nossos)

Em atenção aos elementos dos atos administrativos, quais sejam, sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>29</sup> diz que nem sempre é possível a convalidação, pois essa possibilidade dependeria do tipo de vício a atingir o ato. A referida autora, iniciando pelo sujeito do ato, esclarece que se o ato for praticado com vício de incompetência, admitir-se-á a convalidação, que nesse caso recebe o nome de ratificação, salvo se houver incompetência *rationae materiae* ou violação de competência exclusiva. Quanto à forma, aduz Maria Sylvia que a convalidação não é possível se ela for da essência do ato. Nesse diapasão, analisando o motivo e a finalidade, esclarece a mesma autora nunca ser possível a convalidação, por haver correspondência com a situação de fato, inalterável. Nessa trilha, adverte que objeto e conte-

<sup>28</sup> MELLO, 2004, p. 437-438.

<sup>29</sup> DI PIETRO, 2006, p. 254.

údo, se ilegais, não podem ser objeto de convalidação.

Partindo-se das premissas elencadas por Maria Sylvia, verifica-se que os atos são convalidáveis caso se refiram a atos jurídicos meramente anuláveis.

Ademais, chega-se à mesma conclusão ao se considerar que aqueles vícios podem ser sanados caso os atos sejam reproduzidos, o que se extrai do pensamento, já mencionado, de Bandeira de Mello<sup>30</sup>. Dessa maneira, a convalidação dos referidos atos é um imperativo jurídico, por serem eles atos anuláveis, consoante a lição do consagrado administrativista, *verbis*:

*Dado o princípio da legalidade, fundamentalíssimo para o Direito Administrativo, a Administração não pode conviver com relações jurídicas formadas ilícitamente. Donde, é dever seu recompor a legalidade ferida. Ora, tanto se recompõe a legalidade fulminando um ato viciado quanto convalidando-o. É de notar que esta última providência tem, ainda, em seu abono o princípio da segurança jurídica, cujo relevo é necessário encarecer. A decadência e a prescrição demonstram a importância que o Direito lhe atribui. Acresce que também o princípio da boa-fé – sobreposse ante atos administrativos, já que gozam de presunção de legitimidade – concorre em prol da convalidação, para evitar gravames ao administrado de boa-fé. (grifos nossos)*

Lado outro, como um dos princípios proeminentes do nosso sistema jurídico, o princípio da segurança jurídica, em sua vertente do reconhecimento da aplicabilidade da decadência administrativa, há que ser invocado com cautela para que não haja a pulverização de outros princípios constitucionais. Sobre o tema, o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>31</sup>, participante da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da citada Lei Federal n. 9.784/99, *verbis*:

*O princípio tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos. (grifos nossos)*

Em sentido contrário, conforme dito alhures, o Professor Almiro do Couto e Silva<sup>32</sup> sustenta que até mesmo atos inconstitucionais poderão ser alcançados pelo princípio da segurança jurídica, *verbis*:

*O princípio da segurança jurídica, entendido como proteção à confiança, está hoje reconhecido na legislação e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como princípio de valor constitucional, imanente ao*

<sup>30</sup> MELLO, 2004, p. 436.

<sup>31</sup> DI PIETRO, 2006, p. 100.

<sup>32</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, p. 58-59, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

***princípio do Estado de Direito, e que serve de limite à invalidação, pela administração pública, dos seus atos administrativos eivados de ilegalidade ou de inconstitucionalidade.***

*(...) Note-se, porém, que nulos apenas serão aqueles atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, marcados por vícios ou deficiências gravíssimas, desde logo reconhecíveis pelo homem comum, e que agridem em grau superlativo a ordem jurídica, tal como transparece nos exemplos da licença de funcionamento de uma casa de prostituição infantil ou da aposentadoria, como servidor público, de quem nunca foi servidor público. Não é a hierarquia da norma ferida que, por si só, implica a nulidade, como mostra o acórdão do STF n. MS 22.357/DF, que aplicou o princípio da segurança jurídica para manter atos administrativos contrários à Constituição. A grande maioria dos atos administrativos, inconstitucionais ou ilegais, não é, pois, composta por atos administrativos nulos, mas sim por atos administrativos simplesmente anuláveis, estando o Direito a pleitear-lhes a anulação, sujeitos, portanto, à decadência. (grifos nossos)*

Mais uma vez, a preservação do interesse público poderá implicar na preservação de atos administrativos eivados de nulidades, através da convalidação, preservando-se seus efeitos jurídicos. Corroborando o que ora se afirma a lição de Miguel Reale<sup>33</sup>, da qual se extrai:

*No Direito Administrativo, em suma, é necessário o trato da matéria com critérios especiais: as nulidades de pleno direito configuram-se “objetivamente”, mas a Administração, desde que não se firam legítimos interesses de terceiros ou do Estado e inexistir dolo, pode deixar de proferi-la, ou, então, optar pela sua validade, praticando ato novo: a sanatória excepcional do nulo, “retroagindo os seus efeitos até à data da constituição do ato inquinado de vício”, pode ser uma exigência do interesse público, que nem sempre coincide com o restabelecimento da ordem legal estrita.*

Quanto à magnitude do princípio da segurança jurídica, a convalidar inclusive atos anuláveis, trazemos à colação lição de Hely Lopes Meirelles<sup>34</sup>, pautada em estudos do Professor Almiro do Couto e Silva, *verbis*:

***O princípio da segurança jurídica é considerado como uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo, segundo J. J. Gomes Canotilho, um dos subprincípios básicos do próprio conceito do Estado de Direito. Para Almiro do Couto e Silva, um “dos temas mais fascinantes do Direito Público neste século é o crescimento da importância do princípio da segurança jurídica, entendido como princípio da boa-fé dos administrados ou da proteção da confiança. A ele está visceralmente ligada a exigência de maior estabilidade das situações jurídicas, mesmo daquelas que na origem apresentam vícios de ilegalidade.”***

<sup>33</sup> REALE, 1980, p. 63.

<sup>34</sup> MEIRELLES, 2004, p. 96-97.

*(...) Estudioso desse princípio, Almiro do Couto e Silva (...) ensina que, “no Direito Público”, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalescimento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o status quo. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, com imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país.* (grifos nossos)

## 5 Da decadência nos processos sujeitos a registro pelos tribunais de contas

Em autos submetidos à apreciação das cortes de contas, contendo atos sujeitos a registro, observa-se que as aposentadorias, reformas e pensões, não raro, remontam há mais de cinco anos, preenchendo, portanto, o requisito temporal exigido para a aplicação do instituto da decadência.

No tocante ao outro requisito, ou seja, ausência de má-fé, insculpido no art. 54 da Lei Federal n. 9.784/99, raramente encontrar-se-ão nos autos indícios de que os interessados tenham contribuído ou dado causa às irregularidades apontadas.

Sendo assim, impor-se-á a aplicação do instituto quando estiverem presentes os requisitos ensejadores de sua incidência, quais sejam: a) a data da concessão remontar há mais de cinco anos; b) não houver nos autos indícios ou comprovação de má-fé dos beneficiários. Mas não é tudo.

Embora possam apresentar irregularidades que os tornem anuláveis, os atos editados que lograrem se prostrar por um longo lapso temporal farão com que as suas eventuais anulações, nesse contexto, constituam risco para a estabilidade das relações jurídicas estabelecidas entre a administração e os interessados que foram beneficiados por atos anuláveis, ou seja, trata-se de atos jurídicos maculados de modo não definitivo, já que poderiam ser repetidos sem a pecha que os contaminou.

Sem estremes dúvidas, caso se constate que desde a sua concessão os interessados venham, de forma incontestada, percebendo seus proventos por mais de cinco anos, tempo suficientemente razoável para que a qualificação de jubilado seja incorporada ao *status* pessoal de cada interessado, isso resultará, a nosso ver, na impossibilidade de a Administração Pública anular os atos sem agredir, frontalmente, o princípio da segurança jurídica.

Portanto, nos casos em concreto, confrontar-se-ão, de um lado, o princípio da legalidade, a demandar pela anulação dos atos em que se constataram vícios, e de outro, o princípio da segurança jurídica, a pretender a manutenção dos atos que, embora viciados, ampliaram o acervo de direitos dos interessados.

Questão laboriosa e delicada é ponderar sobre princípios de tão vultoso impacto. A colenda Suprema Corte brasileira, quando confrontada acerca desta questão, nos autos do Mandado de Segurança MS 24.448-8/DF, julgado, por unanimidade, em 27/09/07, ausentes os Ministros Eros Grau e Celso de Mello, do qual se extraem os seguintes excertos, *verbis*:

***A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. Esse aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito.***

*(...) o gozo da aposentadoria por um lapso prolongado de tempo confere um tônus de estabilidade ao ato sindicado pelo TCU, ensejando questionamento acerca da incidência dos princípios da segurança jurídica e da lealdade (que outros designam por proteção da confiança dos administrados). (...) Em situações que tais, é até intuitivo que a manifestação desse órgão constitucional de controle externo há de se formalizar em tempo que não desborde das pautas elementares da razoabilidade. Todo o Direito positivo é permeado por essa preocupação com o tempo enquanto figura jurídica, para que sua prolongada passagem em aberto não opere como fator de séria instabilidade inter-subjetiva ou mesmo intergrupala. (grifos nossos)*

Não se olvide, conforme dito em linhas anteriores, que a matéria sob exame vem sendo objeto de grandes discussões no meio jurídico, principalmente no seio da nossa Suprema Corte. Assim, há de se registrar o julgamento do Mandado de Segurança n. 25.552-8, em 07/04/2008, cujo objeto versa sobre aposentadoria, na qual, embora considerada legal pelo TCU, houve a determinação de cessação do pagamento de vantagem considerada indevida, passados sete anos e seis meses da edição do ato de aposentação.

No julgamento retro, o Supremo Tribunal Federal, tendo como Relatora a Ministra Cármen Lúcia, adotou o entendimento da preclara magistrada, em acórdão assim ementado, no que foi acompanhada pelos Ministros Marco Aurélio, Carlos Brito, Eros Grau, Menezes Direito e Ellen Gracie, ausentes os Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski, *verbis*:

***EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA DE MAGISTRADO. NÃO PREENCHIMENTO DA TOTALIDADE DOS REQUISITOS PARA A OBTENÇÃO DA VANTAGEM PREVISTA NO ART. 184, INC. II, DA***

**LEI N. 1.711/1952. INAPLICABILIDADE DO ART. 250 DA LEI N. 8.112/1990. DECA-DÊNCIA ADMINISTRATIVA E OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE SALÁRIOS NÃO CONFIGURADAS. 1. O direito à aposentação com a vantagem prevista no inciso II do art. 184 da Lei n. 1.711/1952 exige que o interessado tenha, concomitantemente, prestado trinta e cinco anos de serviço (no caso do magistrado impetrante, trinta anos) e sido ocupante do último cargo da respectiva carreira. O impetrante preencheu apenas o segundo requisito em 13/7/1993, quando em vigor a Lei n. 8.112/1990. 2. A limitação temporal estabelecida no art. 250 da Lei n. 8.112/1990 para a concessão da vantagem pleiteada teve aplicação até 19/4/1992, data em que o impetrante ainda não havia tomado posse no cargo de juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. 3. O Supremo Tribunal Federal pacificou entendimento de que, sendo a aposentadoria ato complexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação. Aposentadoria do impetrante não registrada: inoportunidade da decadência administrativa. 4. A redução de proventos de aposentadoria, quando concedida em desacordo com a lei, não ofende o princípio da irredutibilidade de vencimentos. Precedentes. 5. Segurança denegada. (grifos nossos)**

Entretanto, em sentido contrário, encontra-se a recente decisão, publicada em 13/10/2008, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso em Mandado de Segurança n. 25.652-PB<sup>35</sup>, em que figura como autoridade coatora o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, sob a relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, cujo voto condutor se baseou no critério *allexyano* da ponderação dos valores para a solução da demanda, com a preponderância do princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade, conforme ementa abaixo transcrita, tendo assim se pronunciado, *verbis*:

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE VINTE ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI N. 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.**

**1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.**

**2. O art. 55 da Lei n. 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de cinco anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno**

<sup>35</sup> No mesmo sentido, veja-se a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do recurso em Mandado de Segurança n. 24.339-TO (2007/0130.492-7), julgado em 30/10/2008.

***quinquenal, mediante a convalidação ex ope temporis, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.***

3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sempre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da administração, destarte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da ciência jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II, da Constituição Federal, são indubitavelmente ilegais, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso ordinário provido para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias. (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, nos autos do Mandado de Segurança n. 1.0024.06.930413-7/001(1), da relatoria do Exmo. Desembargador Audebert Delage, assim decidiu, em 4/10/2007, conforme ementa abaixo transcrita:

**EMENTA. CONCESSÃO DE VANTAGEM. RETIFICAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL. O administrador público tem o direito de rever seus próprios atos. Entretanto, se estes produziram efeitos concretos, a revisão fica limitada ao prazo deca-**

***dencial de cinco anos, mormente quando não comprovada eventual má-fé do administrado e se tratar de prática de medida que importe em supressão de ato concessivo de vantagens a servidor público.*** (grifos nossos)

Ressalta-se — da mesma forma que acontece na aplicação do instituto da prescrição, conforme visto alhures — que o reconhecimento da decadência alcança tão-somente o direito das cortes de contas de negar o registro de atos anuláveis ampliativos por ela atingidos, uma vez que a autoridade administrativa já não os pode anular. Contudo, jamais será mitigada a força da missão constitucionalmente atribuída aos tribunais de contas de apurar eventuais danos, em razão de tais registros, tomando as medidas subsequentes visando à reparação do erário na esfera cível, com base inclusive na teoria dos poderes implícitos, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no MS 26.547<sup>36</sup>, a estabelecer que quando a Constituição traça os fins garante os meios, no mesmo sentido do que já salientou Diogo Ribeiro Ferreira<sup>37</sup>, *litteris: Portanto, conclui-se que, ex vi da ressalva expressa no art. 37, § 5º, da Constituição da República, são imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário. Como corolário de tal imprescritibilidade, também são imprescritíveis as análises de contas.*

## 5.1 Considerações finais acerca da incidência da decadência

Faz-se necessário tecer algumas considerações finais acerca da incidência da decadência no âmbito dos tribunais de contas.

Como se viu, em regra, não há maiores óbices para a aplicação do princípio da segurança jurídica aos atos ampliativos de direito, meramente anuláveis, concedidos há mais de cinco anos, nos quais não há indícios ou provas de má-fé dos beneficiários para a edição dos respectivos atos.

Há que se ter em mente que na hipótese de colisão de princípios deve ser ponderado o peso de cada princípio no caso concreto, devendo prevalecer o princípio que melhor atende os fins da justiça, paz social e bem comum.

Por todo o exposto, vê-se que o princípio da segurança jurídica é o mais adequado à solução da questão discutida, desde que não haja violação aos princípios constitucionais proeminentes da isonomia e da moralidade pública, em sua vertente da não-violação ao princípio constitucional da livre acessibilidade aos cargos públicos através de concurso público.

Diante dessas considerações, há que se concluir que os atos previdenciários ampliativos de direitos que apresentam vícios anuláveis podem ser registrados, com fundamento na jurisprudência dos egrégios Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, respectiva-

<sup>36</sup> Publicado no DJU 07 e no Boletim Informativo n. 468, Relator Ministro Celso de Mello.

<sup>37</sup> FERREIRA, 2008, p. 44.

mente, Mandados de Segurança n. 24.448-8 e 25.652-PB, e ainda com fulcro nos comandos contidos no art. 37 da Constituição Federal e art. 54 da Lei do Processo Administrativo Federal, Lei n. 9.784/99.

Conforme o exposto, há de se ressaltar que a adoção da decadência não implica, a nosso ver, na não-verificação de eventuais ilegalidades nos processos submetidos à apreciação das cortes de contas. Isso porque a presença de ilegalidades ampliativas de direito no ato que o tornam anulável é um pressuposto de aplicação do instituto, consoante os dispositivos constitucionais e legais retro. Ou seja, aplicar a decadência não significa reconhecer a legalidade do processo. Eventuais danos ao erário poderão ser reparados a qualquer tempo e por quaisquer meios, inclusive por ação dos tribunais de contas, através da instauração de tomadas de contas especiais.

Finalmente, da mesma forma como ocorre quando da adoção do instituto da prescrição, entende-se ser pertinente a remessa dos referidos processos, contendo os atos alcançados pela decadência, ao *parquet* de contas para que aquele proceda à apuração de eventuais responsabilidades, se for o caso, no âmbito de sua competência, haja vista a imprescritibilidade do ressarcimento do dano ao erário, de acordo com o disposto no art. 37, § 5º, da Carta Magna de 1988, e na esteira do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal (Mandado de Segurança 26.210-9/DF, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 04/09/2008 e publicado em 10/10/2008) e da incomunicabilidade *a priori* das esferas administrativa, penal e cível.

## Referências

ANDRADE, Érico. O controle judicial da responsabilidade fiscal: ação civil pública de improbidade. *Revista Jurisprudência Mineira*, Minas Gerais, v.165, jul./set. 2003.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, v. I. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1956.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <[www.presidencia.gov.br/legislacao](http://www.presidencia.gov.br/legislacao)>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <[60](http://www.presi-</a></p></div><div data-bbox=)

dencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, 2008. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/legislacao>. Acesso em: 30 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 26.210-9/DF. Impetrante: Tânia Costa Tribe. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 04 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.gov.br.>. Acesso em: 28 nov. 2008.

BULOS, Uadi Lamêgo. *Constituição Federal Anotada*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORDEIRO, Renato Sobrosa. Prescrição administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 207, jan./mar. 1997.

COUTO E SILVA, Almiro do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, abr./jun. 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. Prescrição da falta administrativa. *Revista Forense*, São Paulo, n. 275, jul./ago. 1981.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Diogo Ribeiro. Regime jurídico da prescrição sob o enfoque do controle de contas públicas. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 68, n. 3, jul./set. 2008.

FILHO, Agnelo Amorim. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, v. 3, jan./jun. 1961.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O instituto da prescrição no Direito Administrativo. *Revista do Tribunal de Contas da União*. jan./mar. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado: parte geral, Tomo VI. 4. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1974.

REALE, Miguel. *Revogação e anulamento do ato administrativo: contribuição ao estudo das figuras que*

integram o instituto da revisão dos atos administrativos pela própria administração. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ROCHA, Daniel Machado da. O princípio da segurança jurídica e a decadência do direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário. *Revista da AJUFERGS*, Rio Grande do Sul, v. 03, 2006. Disponível em: <[http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/06\\_daniel\\_machado\\_da\\_rocha.pdf](http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf)>. Acesso em: 28 nov. 2008.

SILVEIRA, Júlio César Costa. *Da prescrição administrativa e o princípio da segurança jurídica: significado e sentido*. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

TOURINHO, Rita. A prescrição e a lei de improbidade administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 12, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 28 nov. 2008.

# Processo constitucional e direitos fundamentais: ensaio sobre uma relação indispensável à configuração do Estado Democrático de Direito

**Álvaro Ricardo de Souza Cruz**

Doutor em Direito Constitucional e mestre em Direito Econômico pela UFMG. Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da PUC/MG. Procurador da República.

**Frederico Barbosa Gomes**

Mestre em Direito pela PUC/MG. Professor do Centro Universitário Newton Paiva e da Faculdade Estácio de Sá de Belo Horizonte. Advogado.

*Agir, eis a inteligência verdadeira. Serei o que quiser. Mas tenho que querer o que for. O êxito está em ter êxito, e não em ter condições de êxito. Condições de palácio têm qualquer terra larga, mas onde estará o palácio se não o fizerem ali?*

Fernando Pessoa

## 1 Introdução

Na atual quadra do constitucionalismo brasileiro e das discussões em torno do Direito, de sua legitimidade e de seu papel na construção de sociedades democráticas, não se pode mais deixar de levar a sério um estudo pormenorizado tanto da jurisdição constitucional quanto dos direitos fundamentais, bem como da relação que entre eles pode ser estabelecida, pois isto é indispensável para a compreensão desta nova visão do fenômeno jurídico.

Neste sentido, o presente artigo pretende demonstrar como o processo constitucional é indispensável à garantia dos direitos fundamentais e como o respeito destes é necessário à efetividade do próprio processo constitucional. Em outras palavras: não é possível pensar em direitos fundamentais sem que haja um modelo constitucionalmente adequado e efetivo de processo constitucional, e, sem este, não há como garantir os direitos fundamentais.

Para que se possa chegar a esta conclusão, o presente artigo iniciará a sua exposição discor-

rendo sobre as bases em que esta nova visão do Direito vem sendo construída e qual o papel que os direitos fundamentais desempenham no reconhecimento de legitimidade daquele em sociedades complexas e descentralizadas, como as da atualidade. Em seguida, discorrer-se-á sobre os direitos fundamentais, procurando demonstrar a polêmica existente em torno de sua conceituação e a importância das contribuições da teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, sobre o assunto.

De posse de tais elementos, será feito, então, um estudo sobre o processo constitucional, analisando um modelo constitucionalmente adequado ao seu desenvolvimento. Então, estabelecer-se-á um cotejo entre processo constitucional e direitos fundamentais, momento em que se procurará demonstrar como a relação entre eles é fundamental para a construção e efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 2 O Direito nas sociedades contemporâneas: o papel dos direitos fundamentais na compreensão de sua legitimidade

Como se sabe, na contemporaneidade, as sociedades caracterizam-se por serem *desencantadas* e por apresentarem uma diferenciação funcional de seus subsistemas sociais, o que lhes permite renunciar a um fundamento transcendente ou metafísico, e cunho racionalista ou escatológico, destinado a legitimar as suas práticas sociais<sup>1</sup>.

Isso, evidentemente, é fruto de um processo por que a modernidade passou. Até o seu advento, os subsistemas sociais não se apresentavam de forma diferenciada, bem como ordens normativas como as do Direito, da moral e da religião não se mostravam desfragmentadas, constituindo, na verdade, um amálgama normativo.

Para entender de que maneira isso se tornou possível, é necessário, primeiramente, ter em mente que as sociedades pré-modernas contavam com centros irradiadores de padrões corretos e únicos de se viverem. A comunidade, a Igreja Católica e a Terra eram estes centros, já que ainda não se tinha pensado no conceito de indivíduo para contrapô-lo ao de comunidade, a igreja era a única porta-voz da palavra divina e a Terra, o centro do Universo.

Todavia, com a modernidade, esses centros foram fortemente questionados, e a concepção da existência de um único centro irradiador do padrão de vida digna ruiu, abrindo, com isso, a possibilidade para a construção da ideia de pluralismo. Evidentemente isso se tornou possível porque, como decorrência desse processo, surgiu um conceito até então não trabalhado pelos antigos, qual seja, o de indivíduo. Quatro foram os eventos que proporcionaram essa radical

<sup>1</sup> *As sociedades deste final de século se caracterizam por uma crescente diferenciação entre os vários subsistemas sociais e por uma acentuada autonomização de antigas esferas normativas, tais como as da moralidade, da ética, e da religião. São sociedades, cada vez mais claramente, sem centro(...).* (OLIVEIRA, 2000: 13)

mudança e o surgimento desse importante conceito. São eles: a revolução científica, a reforma protestante, a afirmação do capitalismo e a revolução filosófica<sup>2</sup>.

De forma sintética, pode-se dizer que a importância da revolução científica<sup>3</sup> está, entre as inúmeras contribuições que trouxe, em promover uma ruptura com as concepções de mundo até então vigentes, que se baseavam numa estrutura fechada e hierarquizada, tendo a Igreja Católica como centro produtor do conhecimento científico. Prova disso foi a crítica desferida ao esquema aristotélico de organização dos astros, quando se demonstrou a sua insustentabilidade em face das descobertas realizadas por Galileu, por exemplo. Nesse momento, a Terra perdeu a sua condição de centro do universo que até então ostentava.

A reforma protestante, por sua vez, ao questionar a excessiva intromissão da Igreja Católica em questões temporais e criticar a posição por ela até então defendida de ser a única intérprete autorizada da Sagrada Escritura, pôs fim à unidade da Igreja Católica, abrindo a possibilidade para que outras religiões aparecessem. Com isso, ela perdeu o monopólio de ser a porta-voz da palavra divina, além de sua condição de centro da sociedade.

A afirmação do capitalismo também concorreu para esse processo. A burguesia, antes menosprezada por viver do lucro — o que era condenado pela igreja —, passou a ditar a tônica das relações econômicas, o que foi um passo para as transformações sociais. Financiamentos em pesquisas, em movimentos políticos e religiosos, tais qual a própria reforma protestante, e mesmo na produção artística permitiram à burguesia implantar um novo sistema de vida, baseado no trabalho e no lucro, o que propiciou, ainda mais, o individualismo. Com isso,

*(...) o indivíduo passou a posicionar-se socialmente em razão do trabalho e, mais radicalmente, do valor que esse trabalho lhe proporcionava. O capital e o trabalho assalariado ocuparam o espaço deixado pelas relações feudais. Surgiram, pois, projetos de vida múltiplos e distintos com o aparecimento da burguesia e do proletariado. O pluralismo econômico ajudou a fazer desaparecer a concepção de um projeto único da comunidade católica da Cidade de Deus agostiniana. (SOUZA CRUZ, 2004: 57-58)*

O racionalismo filosófico, por fim, contribuiu decisivamente para o surgimento de uma realidade baseada na perspectiva individual. A partir dos trabalhos de René Descartes, a razão

<sup>2</sup> Cf. SOUZA CRUZ, 2004.

<sup>3</sup> A revolução científica moderna tem o seu ponto de partida na obra de Nicolau Copérnico. Sobre a revolução dos orbes celestes (1543), em que este defende matematicamente (através de cálculos dos movimentos dos corpos celestes) um modelo de cosmos em que o Sol é o centro (sistema heliocêntrico), e a Terra apenas mais um astro girando em torno do Sol, rompendo, deste modo, com o sistema geocêntrico formulado no séc. II por Cláudio Ptolomeu, em que a Terra se encontra imóvel no lugar central do universo (cuja origem era o Tratado do céu de Aristóteles, embora com importantes diferenças). Representa, assim, um dos fatores de ruptura mais marcantes no início da modernidade, uma vez que ia contra uma teoria estabelecida há praticamente vinte séculos, constitutiva da própria maneira pela qual o homem antigo e medieval via a si mesmo e ao mundo a que pertencia. (MARCONDES, 2004: 149)

humana ganhou centralidade, e o indivíduo, a sua individualidade. Essa tendência ganhou corpo e, com avanços e retrocessos decorrentes do próprio processo científico, foi responsável por uma profunda guinada na forma de se fazer filosofia e de se pensar o sujeito, o conhecimento e a realidade<sup>4</sup>.

Enfim, esse conjunto de coisas promoveu uma verdadeira revolução, pois fez com que o homem, antes acostumado a se voltar a tais centros<sup>5</sup> para resolver os seus problemas e solucionar as suas dúvidas, não tivesse mais aonde recorrer, passando, em função disso, a ser ele mesmo o centro referencial para a sua ação. É o surgimento de um modelo antropocêntrico, em que o indivíduo passa a ser o centro e o grande responsável pela sua própria vida, tendo os méritos e as responsabilidades tanto de seus acertos quanto de seus fracassos<sup>6 7</sup>.

Interessante notar, ainda, que, do ponto de vista político e jurídico, essas mudanças foram, paradoxalmente, causas e consequências das revoluções burguesas, importante movimento no reconhecimento de direitos fundamentais. Estas, como se sabe, voltaram-se contra um sistema de organização política caracterizada pelo absolutismo, cuja marca principal era a de ausência de limitações ao poder, isto é, os reis não admitiam que lhes impusessem qualquer tipo de condicionamento, sendo-lhes reconhecida uma verdadeira onipotência.

Evidentemente, este era um exercício irracional do poder, pois o que prevalecia era apenas a vontade do governante. Tal estado de coisas, como visto, era incompatível com o estágio de desenvolvimento do pensamento de então, que exigia uma racionalização do poder e do seu exercício, o que redundaria na sua própria limitação e na exigência de que este fosse exercido de maneira legítima.

<sup>4</sup> Evidentemente que o processo de rupturas proporcionado não para em Descartes. Para ele, muito contribuíram outros autores, como os empiristas, os dogmatistas, os iluministas, e, em especial, o pensamento de Kant, talvez um dos maiores filósofos da história da humanidade.

<sup>5</sup> Esse centro pode ser descrito da seguinte maneira: a Terra era o centro do Universo e, portanto, dos *olhos* de Deus; a Igreja Católica, a legítima representante Dele na Terra, sendo, pois, a única responsável pela tradução/explicação de suas palavras, consubstanciadas nas Sagradas Escrituras; e a Europa, por seu turno, era o centro da civilização. Portanto, a vida se mostrava menos complexa ao homem: bastava-lhe recorrer aos modos de vida preconizados por esses centros que resolvidos estariam os seus problemas.

<sup>6</sup> Nesse sentido, vale assinalar a lição de Galuppo (2002: 57): *A modernidade é uma época de profundas rupturas, uma época de descentramentos. O mundo medieval era um mundo centralizado na Terra, na Europa e na Igreja Católica Romana. Como aponta Hannah Arendt (1991: 260), a utilização por Galileu da luneta para investigar o céu mostrando que a Terra não era o centro do Universo, as grandes navegações mostrando que a Europa não era o centro da Terra e a reforma protestante fazendo que a Igreja Católica Romana perdesse a posição de centro da civilização ocidental são decisivas na mudança da visão de mundo.* Era preciso, então, se adotar um novo centro, sendo que o escolhido foi o indivíduo.

<sup>7</sup> Também esclarecedoras são as palavras de Marcondes (2004: 159), para quem: (...) *O século XVI (...) é um período de grandes transformações, de ruptura com o mundo anterior (...). As grandes navegações, iniciadas já no séc. XV, e principalmente a descoberta da América, vão alterar radicalmente a própria imagem que os homens faziam da Terra. As teorias científicas de Nicolau Copérnico, Giordano Bruno, Galileu Galilei e Johannes Kepler vão revolucionar a maneira de se considerar o mundo físico, dando origem a uma nova concepção de universo. A reforma de Lutero vai abalar a autoridade universal da Igreja Católica no Ocidente, valorizando a interpretação da Bíblia pelo próprio indivíduo. A decadência do sistema feudal e o surgimento do mercantilismo trazem uma nova ordem econômica baseada no comércio, com a defesa da livre iniciativa, e no individualismo. Na arte, o movimento renascentista, ao retomar os valores da Antiguidade clássica, vai opor uma cultura leiga, secular e mesmo de inspiração pagã à arte sacra, religiosa, predominante na Idade Média.*

Importantes foram os saldos das revoluções burguesas que buscaram um sistema legítimo e condicionado do exercício do poder; citem-se, por exemplo, o movimento constitucionalista, a declaração universal de direitos dos homens, a separação de poderes e a estruturação do Estado de Direito, os quais, em seu conjunto, foram instrumentos pensados para servirem de anteparo à atuação estatal, criando espaços nos quais a autonomia privada do indivíduo pudesse se fazer plena, pois era justamente ali que ele teria a liberdade de se autodeterminar e de definir o projeto de vida que lhe faria feliz.

Em outras palavras, todo esse conjunto de mudanças foi importante para o reconhecimento de direitos fundamentais, os quais eram imprescindíveis para a configuração desse novo modelo de Estado e de sociedade. Os chamados direitos fundamentais de primeira geração, de índole meramente negativa, condicionavam e limitavam o exercício do poder, estabelecendo parâmetros de legitimidade para a atuação estatal e para o próprio Direito<sup>8</sup>, uma vez que estes apenas poderiam ser reconhecidos como válidos na medida em que propiciassem a defesa desta esfera privada, local da dignidade e da felicidade de todos os parceiros dessa sociedade de livres e iguais.

Tal situação era impensada em sociedades pré-modernas. Ante a descentralização acima apontada, com o surgimento do indivíduo e com a defesa de sua autonomia privada, abriu-se a possibilidade da construção de planos de vida diferentes daqueles previstos pela comunidade, permitindo-se, com isso, a configuração do pluralismo. Ademais, a modernidade se caracterizou pela profunda diferenciação funcional de seus sistemas, notadamente o social, tendo em vista a dissolução do amálgama normativo, com a autonomização das esferas normativas da moral, da religião e do direito, não se esquecendo, ainda, da configuração do subsistema da política, da economia, etc. E, além disso, os direitos fundamentais surgiram, nesse momento, como importantes instrumentos para a discussão da legitimidade não só da ação estatal, mas também do próprio Direito.

Todavia, a excessiva preocupação e a tentativa de defesa apenas dessa esfera privada como um espaço no qual o Estado não poderia intervir, conforme determinava a ideologia burguesa, acabaram por acarretar uma exploração do homem pelo homem jamais vista na história da humanidade. A defesa de uma igualdade meramente formal e de uma concepção negativa de direitos fundamentais, aliada a uma excessiva crença na capacidade do mercado de regular a vida social, acabou por permitir que essa distorção se fizesse presente. Más condições de trabalhos, exploração, inexistência de direitos sociais e econômicos, crescimento vertiginoso de excluídos, acontecimento de duas guerras mundiais e o nascimento e fortalecimento do comunismo, tudo isso demonstrou a falência do projeto burguês e a necessidade de sua revisão.

É justamente nesse momento que surgem novas discussões em torno da legitimidade da ação

<sup>8</sup> Relativamente à importância dos direitos fundamentais no reconhecimento de legitimidade do Direito, Souza Cruz (2001: 195-196) afirma que: *O movimento do constitucionalismo do período iluminista deflagrou uma concepção consolidada nas democracias atuais, segundo a qual o reconhecimento dos direitos fundamentais sustenta a legitimidade do exercício do poder, tanto na esfera de espaços/instituições públicas, quanto na esfera de organizações privadas.*

estatal e do modelo de Estado com o qual se trabalhava. Enfim, o paradigma do Estado Liberal de Direito estava sendo colocado em xeque, criando o ambiente propício para que um novo paradigma se despontasse, qual seja, o do Estado Social de Direito.

Nesse novo paradigma, então, há uma mudança radical da compreensão de Estado, de política e mesmo do que se entende por direitos fundamentais. Nesse momento, a Administração Pública se agiganta e passa a tentar corrigir as distorções advindas do Estado Liberal. Os direitos fundamentais, antes vistos como anteparos à atuação estatal, não mais se satisfazem com uma atuação meramente negativa, exigindo, contudo, prestações positivas para os cidadãos, tudo com a finalidade de materializar a ideia de igualdade, que passa a ser a tônica dessa nova forma de o Estado e a sociedade se organizarem.

Em outras palavras: o Estado chama agora, para si, a responsabilidade que antes era da economia. De agora em diante, a ideia não está mais na defesa de uma esfera privada infensa à atuação estatal. O que se pretende é justamente corrigir as distorções que esse sistema acabou por produzir. Entendeu-se, neste momento, ser necessário que os indivíduos fossem convertidos em clientes de um Estado capaz de lhes conferir todas as condições necessárias para uma vida digna.

Com isso, surge um modelo de Estado e um de política tipicamente prestacionais, por meio dos quais há uma intervenção estatal considerável em áreas antes tidas por inatingíveis pela burocracia. Assim, assiste-se a uma intervenção na economia, à prestação de saúde, previdência, moradia, educação, tudo com o objetivo de conferir aos indivíduos condições mais dignas de vida. Estas são as tônicas do paradigma do Estado Social de Direito.

Dessa forma, enquanto no paradigma do Estado Liberal a legitimidade da política e do Direito estava em não se intervir na esfera privada dos indivíduos, agora, na visão social, cabe ao Estado procurar, a todo momento, com prestações positivas, contribuir para que todos tenham as mesmas condições de vida digna, o que redundará na intervenção em vários setores, inclusive na própria autonomia dos indivíduos. Tudo feito com a finalidade de conferir condições dignas de vida a todos.

No entanto, se por um lado essa nova postura estatal foi importante para corrigir as distorções produzidas no Estado Liberal, por outro há que se ter em mente que essa sua postura não pode se converter em elemento supressor da autonomia dos indivíduos<sup>9</sup>. E o curto século

<sup>9</sup> Essa é uma das mais fortes críticas feitas ao Estado Social. E é uma das críticas que se faz à teoria do Habermas, porque, ao escrevê-la, ele teria pensado apenas no contexto alemão, razão por que não seria aplicável ao Brasil, já que sequer tivemos a possibilidade de construir aqui um Estado Social. Apesar de o Brasil ainda não ter conseguido construir efetivamente um Estado de bem-estar social, isto não invalida a aplicação desta teoria nestas terras. Para a comprovação desta aplicabilidade, cf. SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

XX mostrou, por meio de seus acontecimentos<sup>10</sup>, que a complexidade de uma nova realidade — na qual os subsistemas sociais são diferenciados funcionalmente, desencantados e racionalizados — apenas poderá ser mantida e estabilizada com a configuração de um Estado Democrático de Direito, no qual o indivíduo não seja visto como um mero cliente, mas como um cidadão, dotado de capacidade e de autonomia para poder decidir sobre o seu projeto de vida digna.

Com isto, não se nega a importância que representou o Estado Social de Direito, nem mesmo se desconsideram os relevantes avanços que ele conseguiu no campo social e mesmo econômico. Contudo, não se pode fechar os olhos para o fato de que este modelo, tal qual defendido e preconizado, permite um solapamento das autonomias individuais, no exato instante em que, por se considerar o regente de uma sociedade de menores, acaba por perpetuar a hipossuficiência.

A partir destas considerações, é necessário, portanto, rediscutir essa perspectiva estatal, o que, de forma alguma, significa renunciá-la. O que se quer, todavia, é a configuração de Estado e de política comprometidos com a emancipação humana, com o respeito à diferença, com a inclusão do outro e com a formação de legítimos e autênticos cidadãos, que possam exercer simultaneamente a sua autonomia pública e privada, interferindo decisivamente na condução da coisa pública e na construção do seu projeto de felicidade.

Nesse aspecto, surge a necessidade de uma (re)significação dos direitos fundamentais, entendendo-os como hábeis a viabilizarem e legitimarem esse projeto. É justamente por este motivo que tais direitos não se resumem, mais, a apenas a defesa de uma autonomia privada ou mesmo pública dos indivíduos. É preciso mais: deve-se ter em mente, agora, a necessidade do respeito simultâneo à autonomia pública e privada, pois, somente assim, é que se terão as condições necessárias à emancipação humana.

Justamente por isto, hoje a concepção de direitos fundamentais não se restringe a estabelecer limites à ação estatal, tampouco a lhe impor obrigações, as quais, diga-se de passagem, nem sempre são realizadas em razão de limites fáticos. São vistos, agora, como forma de permitir a preservação de uma esfera privada e garantir a participação em arenas públicas, para o quê o respeito às condições sociais, técnicas, históricas e ambientais são fundamentais, pois, somente assim, um discurso de autodeterminação pode ser realizado de maneira legítima e democrática.

Neste contexto, o Direito bem como a ação estatal devem ser lidos a partir destes direitos

<sup>10</sup> A título ilustrativo, pode-se citar, por exemplo: o horror do holocausto, as terríveis e cruéis ditaduras latino-americanas, as lutas pelo fim dos preconceitos raciais, a revolução sexual, o movimento hippie, o estrondoso desenvolvimento tecnológico, o advento da informática, a corrida espacial, o giro hermenêutico, a virada linguística.

fundamentais, que passam a ser vistos como elementos imprescindíveis para a construção de ordens legítimas, porquanto sem o seu respeito a ideia de um Estado Democrático passa a ser mera quimera ou discurso vazio de justificação de ordens totalitárias.

### **3 A polêmica em torno da conceituação dos direitos fundamentais e as contribuições da teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, para o problema**

Como visto anteriormente, a legitimidade do Direito e mesmo a da ação estatal dependem firmemente do respeito aos direitos fundamentais. Entretanto, não se pode olvidar, por outro lado, que dizer o que eles são não é tarefa singela, como poderia parecer a muitos. Na realidade, esta é uma questão que envolve um problema extremamente importante para o reconhecimento, mesmo, de sua efetividade.

Em assim sendo, várias são as formas para tentar dizer o que são direitos fundamentais. Conforme informa Galuppo (2003: 213-215), há duas formas principais de se tentar conceituar um termo: de maneira denotativa, em que se diz o que são direitos fundamentais enumerando suas espécies, ou de forma conotativa, em que se procura trabalhar com o conceito na sua totalidade.

Entretanto, poder-se-ia ir mais longe e dizer que a conceituação depende, também, do referencial teórico com o qual se trabalha, porquanto este será relevante para determinar as linhas de entendimento sobre um assunto em específico.

Com base, então, nestas explicações, tem-se que, na atualidade, é imprescindível para a compreensão do que vem a ser direitos fundamentais entender a polêmica entre liberais e comunitaristas sobre tal assunto e como a teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, apresenta soluções para esta questão, pois, desta forma, pode-se buscar um conceito conotativo adequado ao referencial teórico com que se lida.

Assim, em que pese o fato de tanto liberais quanto comunitaristas entenderem ser o pluralismo um elemento essencial e imprescindível às sociedades contemporâneas, eles divergem entre si quanto ao sentido do que se deve entender por tal pluralismo. Enquanto, para os primeiros, ele se manifesta no plano individual de escolhas e de determinação do seu padrão de vida digna, os segundos entendem isso a partir da pluralidade de concepções sociais e culturais, as quais serão as responsáveis pela configuração da forma de cada um viver<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Por esse pequeno trecho, é possível verificar que a influência aristotélica e rousseauiana no pensamento comunitarista é sensível, ao passo que no liberal é o lockeano que irá ter essa função. Em outras palavras, pode-se dizer que enquanto os primeiros se atrelam à liberdade dos antigos, os segundos se prendem à dos modernos.

Evidentemente que isso trará importantes consequências no tocante à visão que cada um terá quanto à relação do Direito e da moral, bem como ao papel que cada um irá atribuir à autonomia pública, autonomia privada, aos direitos humanos e à soberania popular.

Sendo assim, como os liberais dão primazia à esfera individual de escolha, a autonomia do cidadão deve ser lida a partir de sua perspectiva privada, ou seja, deve-se-lhe garantir um espaço no qual ele possa escolher quais são os caminhos que ele quer trilhar para ser feliz. Dessa maneira, os direitos humanos ganham lugar de destaque, na medida em que, como elementos pré-políticos, funcionam como escudos para evitar intromissões indevidas na esfera de liberdade de cada um, garantindo, com isso, que a autonomia privada dos indivíduos possa ser por eles exercida regularmente.

E, para que isso seja respeitado da forma como imaginam, necessário se faz que o Direito seja lido a partir de uma dimensão deontológica, não se confundindo, pois, com questões morais, éticas ou valorativas. Em outras palavras: o Direito deve ser lido a partir do seu caráter cogente e obrigatório, não devendo ceder passo a concepções políticas ou valorativas da sociedade, ainda que de cunho majoritário.

Diante disso, o cidadão, para o liberal, é aquele que detém direitos subjetivos não somente contra o Estado, mas também contra outros cidadãos, o que lhe garante uma esfera de liberdade na qual pode perseguir estrategicamente os seus interesses. O mesmo se dá com os direitos políticos, que, em sua essência, têm a função de permitir que cada um possa tentar programar o Estado de acordo com os seus interesses e controlar o sucesso ou o fracasso dessa empreitada.

Sendo assim, para os liberais, a política exerce um papel de mediação entre a sociedade e o Estado, servindo como meio a fim de se programar este para o interesse daquela. Em função disso, as eleições representam o assentimento dos eleitores quanto às propostas apresentadas, devendo-se observar que

*(...) o processo de formação da opinião e da vontade na esfera pública e no parlamento é determinado através da concorrência de atores coletivos que agem, estrategicamente, a fim de obter ou manter posições de poder. O sucesso se mede pelo assentimento quantificado pelos votos de eleitores, dados a pessoas e programas. Em seu voto, os eleitores expressam suas preferências. Suas decisões eleitorais têm a mesma estrutura que os atos de escolha de participantes do mercado, orientados pelo sucesso. Eles autorizam a assunção de posições de poder, pelas quais se digladiam os partidos políticos, no mesmo enfoque orientado pelo sucesso. (HABERMAS, 2003a: 337)*

Diante de tudo que foi dito, na visão liberal, os direitos fundamentais podem ser apontados, portanto, como aquele conjunto de direitos reconhecidos aos indivíduos e por eles titulariza-

dos antes mesmo da configuração da sociedade e do Estado, os quais são elementos necessários à proteção de sua autonomia individual, na medida em que funcionam como anteparos à atuação do Estado.

Entretanto, diferentemente dos liberais, os comunitaristas consideram o pluralismo não a partir da perspectiva individual do cidadão, mas, sim, o entendem na sua dimensão social, levando em conta os valores predominantes de uma determinada comunidade os quais são capazes de lhe dar feição e identidade próprias. Por isso, a identidade de cada indivíduo dependerá do *ethos* social do qual ele faz parte.

Por conseguinte, essa corrente — cujos postulados encontram fundamentos lá no pensamento aristotélico — dá mais ênfase não à dimensão privada do indivíduo, mas sim à pública, pois é aqui, quando os valores determinantes de uma comunidade estão sendo discutidos, avaliados e refletidos, numa releitura e resgate do ato fundacional, é que se podem traçar os rumos de uma sociedade democrática, justa e solidária. Por esse motivo, o processo deliberativo de tomada de decisão, em que os valores da comunidade são discutidos, é que será essencial para todos, no qual a autonomia pública dos cidadãos se fará presente e atuante.

Nesse contexto de consagração da autonomia pública, a centralidade não está mais na defesa de direitos humanos como limites à atuação do Estado e dos demais cidadãos. Está, sim, na soberania popular, que permitirá, por seu exercício, a definição do que a comunidade como um todo entende como sendo o adequado para se estabelecer o projeto de sua vida digna.

O processo político não terá mais por função a mera programação do Estado para a satisfação dos interesses privados, nem se orientará pela lógica mercadológica. Na verdade, ele se torna elemento constitutivo da própria sociedade, que se constitui como tal em face do exercício mesmo dessa política deliberativa.

Habermas (2004: 287) afirma que

*(...) Segundo a concepção republicana, a formação política da opinião e da vontade dos cidadãos forma o medium sobre o qual a sociedade se constitui como um todo firmado politicamente. A sociedade centra-se no Estado; pois na práxis de autodeterminação política dos cidadãos a coletividade torna-se consciente de si mesma como um todo e age efetivamente sobre si mesma mediante a vontade coletiva dos cidadãos. Democracia é sinônimo de auto-organização política da sociedade. (...)*

Em função disso, uma leitura valorativa da ordem jurídica se fará presente, sendo que a constituição será vista como a tábua de valores mais importantes de uma comunidade, os

quais devem ser guardados por um guardião, uma corte constitucional, que terá por finalidade preservar a sua existência e obediência. Tem-se, pois, uma leitura axiológica do Direito.

Nesse contexto, a visão que se tem de direitos fundamentais muda sensivelmente, se comparada com a perspectiva liberal. Para os comunitaristas, então, referidos direitos

*(...) são categorias que, na comunidade, atribuem ao homem certas características comuns que configuram sua identidade, categorias essas produzidas pela própria comunidade. Por serem produzidas pela própria comunidade, estas categorias não gozam da primazia contra a comunidade e, por isso mesmo, não podem servir de exceção às pretensões comunitárias. (...)*  
(GALUPPO, 2003: 218)

Desta forma, os direitos fundamentais somente existem em função da comunidade e na comunidade, razão por que se ressalta a autonomia pública nessa visão. E, justamente por isso, a soberania popular ocupa lugar de destaque, porquanto a ela cabe a definição de tais direitos, a partir de uma política deliberativa cuja base de referência se encontra na própria comunidade de valores compartilhados.

Habermas, por seu turno, dando prosseguimento ao seu monumental projeto de emancipação do homem pela razão, adota uma visão diferente da de liberais e de comunitaristas. Em suas obras, entre outras coisas, ele procura repensar a teoria do Direito de maneira a analisar o papel de coesão social por ele desempenhado, ao mesmo tempo em que busca garantir a essa mesma ordem a sua legitimidade, sem que, para tanto, tenha que recorrer a fundamentos metafísicos ou escatológicos. Em outras palavras, ele tenta entender o fenômeno jurídico não mais de forma isolada, mas entremeio à tensão entre facticidade e validade inerente ao fenômeno jurídico.

Para desenvolver esse seu trabalho, Habermas vale-se de uma metodologia complexa, já que, trabalhando no campo da filosofia da linguagem, resgata conceitos por ele desenvolvidos em outras obras suas e trava profundos debates com autores clássicos e contemporâneos, tudo a partir de uma análise interdisciplinar. Além disso, não se restringe à perspectiva do observador, mas também procura estudar a questão a partir da ótica dos envolvidos, o que, a toda prova, torna seu trabalho denso e as suas análises consistentes.

Sem a pretensão de reconstruir a teoria discursiva habermasiana, o que não seria possível aqui ser feito em razão das limitações e do objetivo do presente artigo, pretende-se apenas demonstrar como ele vê diferentemente as questões discutidas por liberais e comunitaristas, lançando, como alternativa, uma concepção procedimental do Direito, por meio da qual seja possível a construção de uma ordem jurídica legítima e democrática.

Ao se debruçar sobre esta polêmica, Habermas aponta que, no seu entender, ambas correntes pecam por se prenderem a apenas um ponto da questão, perdendo de vista a totalidade dela, o que acaba por comprometer o resultado final de suas análises.

Isso porque, segundo Habermas, o grande problema dos liberais está em minimizar a importância da política deliberativa, ao reduzi-la a uma função de programação do Estado para a busca dos interesses particulares dos componentes da sociedade, desconsiderando, com isso, o importante papel da solidariedade social desempenhado na integração social, ao mesmo tempo em que lê a autonomia dos cidadãos apenas a partir de sua perspectiva privada. Isto, evidentemente, acaba por refletir em uma visão reduzida desta corrente sobre os direitos fundamentais, como acima visto.

Por outro lado, Habermas diz que, muito embora os comunitaristas tenham como ponto positivo a busca de um autoentendimento dos cidadãos, por meio de uma perspectiva dialógica e deliberativa, ele vê como o grande equívoco desta corrente o fato de ela acreditar sobremaneira nas virtudes dos cidadãos e conduzir os discursos políticos de forma unicamente ética, entendendo a autonomia como se apenas fosse pública. Com isto, a visão que os comunitaristas terão, também, de direitos fundamentais se torna restrita, pois a colocam apenas como dependente de um processo de deliberação pública que, no mais das vezes, não serve para a proteção da esfera privada, o que é indispensável para uma participação efetiva e produtiva na arena pública.

Habermas, então, partindo das análises feitas tanto por liberais quanto por comunitaristas, defenderá que não é possível olhar a autonomia do cidadão apenas por uma perspectiva privada ou pública, porquanto ela encerra as duas em si mesma, já que o cidadão apenas terá condições de participar dos processos públicos de tomada de decisão, se ele tiver garantida a sua esfera privada, ao mesmo tempo em que esta somente será preservada e terá definido os seus contornos no debate público, no qual ele lançará mão de sua autonomia pública, razão por que não se pode falar em supremacia de uma em face de outra, mas sim da existência de um nexo interno entre elas<sup>12</sup>.

Assim,

*(...) os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada*

<sup>12</sup> Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras do próprio Habermas: *Dessa maneira, a autonomia privada e a pública pressupõem-se mutuamente. O nexo interno entre democracia e Estado de Direito consiste em que se, por um lado, os cidadãos só podem fazer uso adequado da sua autonomia pública se forem suficientemente independentes em virtude de uma autonomia privada assegurada; por outro, só podem usufruir uniformemente a autonomia privada se, como cidadãos, fizerem o emprego adequado dessa autonomia política. Por isso, direitos fundamentais liberais e políticos são inseparáveis. A imagem da exterioridade e da interioridade é enganosa — como se existisse um âmbito nuclear de direitos elementares à liberdade, como a prerrogativa de poder pleitear prioridade diante dos direitos à comunicação e à participação. Para o tipo de legitimação ocidental, a co-originariedade entre direitos políticos fundamentais e direitos individuais fundamentais é essencial.* (HABERMAS, 2001: 71-72)

*que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política como cidadãos do Estado.* (HABERMAS, 2004: 301-302)

Com isso, Habermas também lançará bases para uma nova visão da relação entre direitos humanos e soberania popular. Ao invés de se apegar a qualquer um desses lados da discussão, ele demonstrará que, da mesma forma que na discussão da autonomia do cidadão, aqui não é mais possível se prender a apenas uma das extremidades, pois este apenas exercerá a sua soberania popular se os seus direitos humanos forem respeitados, ao passo que decorrem da definição que lhes for dada quando da utilização daquela.

E essa nova leitura da relação entre autonomia pública e autonomia privada e direitos humanos e soberania popular será importante para uma redefinição do próprio fundamento de legitimidade do Direito, pois este não é mais um dado *a priori*, nem depende apenas da defesa da esfera privada dos indivíduos, por meio da qual eles possam buscar egoisticamente seus interesses, ou mesmo de um consenso ético fundado sobre valores prevalecentes de uma comunidade, mas, sim, da institucionalização de processos e de procedimentos que garantam a gênese democrática do Direito, a partir do exercício simultâneo da autonomia pública e da autonomia privada dos cidadãos, que lhes permitam se verem simultaneamente como autores e destinatários das normas a que estão submetidos.

E essa concepção procedimental desfilada por Habermas será decisiva na configuração de ordens democráticas, na medida em que ele realça a importância não do produto final em si, mas da construção da decisão que se toma. E, para que esta possa ser considerada legítima e democrática, torna-se necessária a participação tanto do cidadão e de uma esfera pública atuante quanto dos fluxos comunicativos que permeiam a estrutura social e da própria interferência que há entre os múltiplos sistemas existentes.

Habermas também adotará uma visão deontológica do Direito, na medida em que defenderá que a ele deve se aplicar o código binário e não o gradual, típico dos valores, pois, afinal de contas, a ordem jurídica trata do que é devido e não do que é preferido. Entretanto, isso não significa que ele desconsidere a importância dos valores de uma comunidade. Pelo contrário: ele os reconhece, sem, contudo, lhes dar a supremacia que os comunitaristas dão.

Para se entender isso, é necessário recorrer, ainda que de forma breve, à distinção entre discursos de fundamentação e de aplicação, que Habermas incorpora de Klaus Günther. O primeiro destina-se ao processo de criação da norma jurídica, ao passo que o segundo lida com a sua aplicação ao caso concreto.

No primeiro caso, Habermas defende que, no processo de criação das normas, são passíveis de

consideração não apenas argumentos éticos, mas também morais<sup>13</sup>, políticos e pragmáticos. Todos eles, contudo, devem ser depurados pelo princípio da democracia e pelos direitos fundamentais, para que o produto final seja uma norma válida. Com isso, Habermas, ao mesmo tempo em que abre o discurso de fundamentação aos mais variados argumentos, admitindo, inclusive, a presença do agir estratégico, não admite livre trânsito deles no sistema jurídico, na medida em que necessitam serem traduzidos para o código jurídico quando, então, será necessária aquela filtragem.

No entanto, a simples existência de normas válidas não garante a sua aplicação adequada a casos concretos. Para que isso se concretize, é necessário que se lance mão do discurso de aplicação, por meio do qual se verifiquem todas as normas válidas *prima facie* que sejam aplicáveis ao caso concreto, analisando-as em face de todas as circunstâncias relevantes daquele caso, para que o aplicador, valendo-se do senso de adequabilidade, aplique aquela que seja adequada à situação em questão.

Segundo informa Habermas (2003a: 270-271):

*(...) Em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da relação adequada da norma à situação. Uma vez que toda norma abrange apenas determinados aspectos do caso singular, situado no mundo da vida, é preciso examinar quais descrições de estados de coisas são significativas para a interpretação da situação de um caso controverso e qual das normas válidas prima facie é adequada à situação, apreendida em todas as possíveis características significativas (...)*

A partir dessa construção, Habermas consegue não apenas demonstrar como é possível a criação legítima e democrática do Direito — na medida em que abre o seu discurso de formação aos mais variados tipos de argumentos e admite o maior número possível de participação, conforme, é claro, as regras procedimentais constitucionalmente estabelecidas para essa gênese democrática — como também a sua adequada aplicação aos casos concretos, sem que se tenha que recorrer a fundamentos metafísicos ou escatológicos para a sua legitimação.

Além disso, imprime na ordem jurídica uma leitura deontológica, porquanto, mesmo admitindo aquela abertura, entende que tais argumentos devem ser traduzidos para o código do Direito e, como tal, tratados, seja na esfera da justificação, seja na sua aplicação.

<sup>13</sup> Ressalte-se que Habermas trabalha com um conceito diferenciado de moral, qual seja, a de uma moral pós-convencional, que buscará no âmbito da psicologia, graças, principalmente, aos trabalhos de Piaget e de Kohlberg. Segundo informa Galuppo, *Kohlberg constata, de maneira empiricamente comprovada, a existência de três níveis, de seis estágios de desenvolvimento moral, que vão da heteronomia à forma mais desenvolvida de autonomia moral, a saber: a argumentação baseada em princípios. (...) os dois primeiros se encontram no nível pré-convencional, os dois intermediários no nível convencional e os dois últimos no nível pós-convencional. (...) O nível pós-convencional, que aqui nos interessa de modo mais direto, é dividido em dois estágios: o estágio 5 (nível do contrato social ou da utilidade e dos direitos individuais) e o estágio 6 (nível dos princípios éticos universais).* (GALUPPO, 2002: 192)

Ao dar esse passo, Habermas traduz a real complexidade que envolve não apenas o processo de criação legítimo e democrático do Direito, mas também da sua própria aplicação nesses termos. Será, então, com base nessa nova perspectiva do Direito, renovada por discussões advindas da Filosofia política, que as análises tanto da legitimidade quanto do reconhecimento dos direitos fundamentais devem ser vistas.

Para Habermas, os direitos fundamentais decorrem de um processo de constitucionalização dos direitos que, ao longo da história, decorreram de um alto grau de justificação. Segundo Galuppo (2003: 233),

*Os direitos humanos transformam-se em direitos fundamentais somente no momento em que o princípio do discurso se transforma em princípio democrático, ou seja, quando a argumentação prática dos discursos morais se converte em argumentação jurídica limitada pela faticidade do Direito, que implica sua positividade e coercibilidade, sem, no entanto, abrir mão de sua pretensão de legitimidade.*

É interessante observar, assim, que a união que Habermas promove entre o princípio do discurso e a forma jurídica dará origem a uma gênese lógica de um sistema de direitos, que nada mais é do que o conjunto de direitos que devem ser reconhecidos para que um Estado seja considerado democrático de direito. Sem tais direitos, não é possível a gênese democrática do próprio Direito.

Para Habermas, este sistema de direitos se compõe de um conjunto de cinco categorias de direitos fundamentais<sup>14</sup>, os quais são responsáveis pela *configuração do médium argumentativo do princípio da democracia* (SOUZA CRUZ, 2004: 221).

Segundo anota Habermas (2003a: 159-160), esses cinco direitos fundamentais que compõem o sistema de direitos decorrentes da aplicação do princípio do discurso à forma jurídica são os seguintes:

*(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação;*

*(...)*

*(2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do status de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito;*

<sup>14</sup> Em uma síntese feliz, assim se pronuncia Redondo (1998: 9-10) (...) *De la aplicación del “principio de discurso” a la forma jurídica Habermas deduce cinco categorías de derechos: derechos individuales de libertad, derechos de pertenencia a una comunidad jurídica; derechos concernientes a la accionabilidad judicial de los derechos; derechos políticos y derechos sociales. Con las tres primeras categorías se introduce el código con que opera el derecho y se fija el status de persona jurídica; con la cuarta el derecho así introducido se hace reflexivamente cargo de sí mismo juridificando las condiciones de su producción legítima y regulando el proceso político del que resulta el poder capaz de imponer el derecho; la quinta asegura condiciones materiales de existencia que no desmientan la idea de sujeto jurídico libre e igual.*

(3) *Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direito e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual;*

(...)

(4) *Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo;*

(...)

(5) *Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) até (4).*

De acordo com o rol acima apontado, os direitos que compõem a primeira, a segunda e a terceira categorias dizem respeito, respectivamente, àqueles direitos que se destinam a garantir as liberdades subjetivas dos parceiros, bem como àqueles que definem a condição de cada um desses mesmos parceiros como membros de uma associação talhada pelo Direito e, por fim, aqueles direitos que se referem à possibilidade jurídica de esses mesmos parceiros demandarem em juízo, em busca da defesa e garantia desses seus direitos.

Essas três primeiras categorias de direitos estabelecem, para Habermas (2003a: 163), o código jurídico, que (...) *é dado preliminarmente aos sujeitos do direito como a única linguagem na qual podem exprimir a sua vontade*. Significa dizer, portanto, que não haverá direito legítimo sem que haja o reconhecimento recíproco dessas liberdades subjetivas, da pertença desses parceiros a uma associação de livres e iguais e da possibilidade de se postular judicialmente a defesa de seus direitos.

Segundo afirma Habermas (2003a: 162), *resumindo, é possível constatar que o direito a iguais liberdades subjetivas de ação, bem como os correlatos dos direitos à associação e das garantias do caminho do direito estabelecem o código jurídico enquanto tal. Numa palavra: não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos*.

Como manifestação histórica desses direitos, pode-se apontar, com relação aos primeiros, os direitos liberais clássicos, o direito à vida, à liberdade, à propriedade, a título de ilustração. Com relação aos segundos, são manifestações históricas a deportação, a proibição de extradição, entre outros. E, por fim, quanto aos terceiros, podem ser citadas as garantias processuais, a vedação ao *bis in idem*, independência funcional do juiz, a vedação de tribunais de exceção, por exemplo.

Já os direitos previstos na quarta categoria são os que dizem respeito à participação desses

mesmos parceiros na formação da vontade, quando, então, será exercida a sua autonomia pública. Em outras palavras, este pensador diz aqui daqueles direitos que permitem aos indivíduos interferirem nos processos públicos de tomada de decisão.

Podem-se citar como exemplos históricos desses direitos o direito ao voto, ao plebiscito, ao *referendum*, enfim, as formas de participação popular na definição da vontade política do Estado.

Por fim, os direitos previstos na quinta categoria são aqueles que se caracterizam pela sua finalidade de garantir a todos os parceiros as condições necessárias para que os demais direitos possam ser exercidos. Assim é que aqui serão levadas em consideração as condições social, técnica, ecológica e mesmo cultural para a criação e manutenção dos meios indispensáveis para que os demais direitos possam ser exercidos.

Aqui se têm como exemplos históricos os direitos sociais e econômicos, como direitos à moradia, à previdência social, direitos trabalhistas, regulamentação da livre concorrência e da livre iniciativa, além daqueles referentes à proteção ao meio ambiente, por meio de preservação da flora e fauna, ao patrimônio artístico e cultural, a questões ligadas ao biodireito e à biotecnologia, como a pesquisa em células tronco, entre outros.

Além disso, é possível, ainda, observar esses direitos enumerados por Habermas por uma outra ótica. Segundo anota Moreira (2004), enquanto os três primeiros se destinariam a garantir a autonomia privada dos parceiros, o da quarta categoria teria por função a proteção da autonomia pública, ao passo que o da quinta serviria para garantir a todos as condições necessárias para que tanto a autonomia pública quanto a privada possam ser exercitadas. E isso tem uma importância grande no pensamento habermasiano, porque, conforme se verá, este se destinará a reconstruir uma relação entre autonomia pública e privada, buscando trabalhar a partir de uma perspectiva equiprimordial entre essas duas esferas.

Antes de prosseguir, deve-se, ainda, fazer menção a uma importante relação dos direitos fundamentais, quando podem ser vistos como condição e consequência do processo discursivo.

Essa construção é importante para evitar confusões. Quando Habermas afirma referidos direitos, eles podem ser vistos tanto como condição para que o discurso se estabeleça, como um resultado desse mesmo discurso. Isso, em um primeiro momento, pode parecer inimaginável ou mesmo paradoxal. Entretanto, não o é, porque, quando Habermas fala de direito de liberdades subjetivas, não se pode olhar essa liberdade como o paradigma do Estado Liberal a via, ou seja, apenas em sua dimensão negativa, ou mesmo como o Estado Social a considerava, isto é, a partir de sua dimensão positiva.

Na verdade, quando ele fala dessa liberdade e a analisa como condição, o seu sentido se restringe à possibilidade de se levarem ao discurso os seus mais variados argumentos. Agora, uma vez estabelecido este, aí, sim, aqueles direitos fundamentais, vistos primeiramente apenas em sua feição procedimental, ganham substância e passam a ter uma característica que a compreensão paradigmática de seu tempo vai lhes dar, sendo, nesse sentido, portanto, que se pode dizer que tais direitos fundamentais podem ser considerados tanto como condição como consequência do próprio discurso.

Diante do exposto, e a partir de tudo o que foi visto, pode-se, então, dizer que os direitos fundamentais devem ser vistos como *os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático.* (GALUPPO, 2003: 236)

#### 4 A tensão entre constitucionalismo e democracia e o papel do processo constitucional na construção de sociedades democráticas

Tendo sido estabelecida a visão que se adotará neste trabalho, a respeito dos direitos fundamentais, é necessária uma análise acerca do processo constitucional, para que reste demonstrada a sua relação simbiótica com tais direitos.

A compreensão do que vem a ser processo não é tarefa fácil, havendo, em verdade, muitas teorias que se controvertem na sua delimitação, principalmente quando se leva em conta a sua diferença para a ideia de procedimento.

Em que pese toda a divergência, não se pode deixar de considerar, segundo ensina Gonçalves (1992: 68), que as relações entre processo e procedimento

*(...) não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que “distinção”, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento e, se pode ser dele separado, é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto da mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao final são opostos.*

Sem aprofundar nesta questão como ela exige, exclusivamente em razão do recorte e dos limites do presente trabalho, tem-se que hoje o processo é um instituto de natureza constitucional, autônomo e que tem por finalidade a garantia de direitos fundamentais. Não há, pois, meios de se dizer que existe um autêntico Estado Democrático de Direito sem que haja uma estrutura constitucional de um processo legítimo, que não se restrinja ao processo jurisdicional, mas que alcance também o administrativo e o legislativo.

Como dito, então, o processo, seja em qual esfera for, por ser um procedimento que se desenvolve em contraditório, necessita do respeito dos direitos fundamentais, de um ambiente democrático e do reconhecimento de direitos fundamentais. Exatamente por isto, pode-se dizer que a tensão inerente ao Estado de Direito, existente entre constitucionalismo e democracia, é fundamental para que o processo possa cumprir seu papel e missão.

Assim, para que a questão seja adequadamente tratada, é indispensável, pois, que haja a tradução do desenvolvimento desta tensão.

Partindo, então, desta visão, e analisando a questão no caso brasileiro, tem-se que foi fundamental para a nova visão o processo de redemocratização nacional, iniciado em meados da década de 80, cujo ápice se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que trouxe à tona um sentimento até então pouco disseminado aqui, qual seja, o sentimento de constituição.

A (re)descoberta desse sentimento, principalmente no contexto brasileiro — país de história institucional conturbada e de pouca tradição democrática —, trouxe consigo a necessidade de se problematizar, sob novos matizes, de que maneira constituição e democracia se relacionam e qual a importância disso para a garantia e construção de um Estado Democrático de Direito, o que, sem sombra de dúvida, foi fundamental para uma nova visão do processo constitucional.

E na busca por essa problematização, observa-se que, na história política, notadamente pós-movimento constitucionalista, tanto democracia quanto constituição talvez tenham sido duas das palavras mais utilizadas nos mais variados contextos, o que certamente abriu a possibilidade para que elas fossem objeto de inúmeras alterações/manipulações em seu sentido<sup>15</sup>.

Mas, afinal de contas, o que é democracia? E o que é constituição? Várias já foram as tentativas de se conceituarem esses termos ao longo da história. De maneira geral, costuma-se dizer que a primeira seria *o governo do povo, para o povo e pelo povo*<sup>16</sup>, ao passo que a segunda represen-

<sup>15</sup> *Chegamos, por conseguinte, à conclusão de que raros termos de ciência política vêm sendo objeto de tão freqüentes abusos e distorções quanto a democracia.* (BONAVIDES, 1998: 267)

<sup>16</sup> *Variam pois de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por democracia. Afigura-se-nos porém substancial que parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo, “governo que jamais perecerá sobre a face da Terra”.* (BONAVIDES, 1998: 267)

taria a principal lei de um Estado, cuja função seria estabelecer os limites/competências dos poderes estatais e quais os direitos e garantias fundamentais assegurados aos indivíduos numa determinada ordem jurídica<sup>17</sup>.

Entretanto, como se sabe, não mais se vive sob os auspícios do paradigma da certeza, que permeou as teses evolucionistas e progressistas do positivismo científico e que tirava das ciências exatas e empíricas o *jeito correto* de se fazer ciência. São tempos em que os indivíduos se olham no espelho e percebem que são seres falíveis, que produzem um conhecimento precário, que apenas responde às suas necessidades atuais, as quais são apreendidas através dos estreitos limites impostos pelo seu horizonte histórico, que é permeado por tradições, pré-juízos e pré-compreensões, que, se de um lado contribuem na formação de sua identidade, por outro limitam o seu olhar<sup>18</sup>.

Deve-se ter agora, portanto, a tranquilidade de saber que a dúvida será sempre uma fiel companheira na pesquisa, já que é a probabilidade e não mais a certeza que conduz o trabalho do cientista. E isso acarreta a necessidade de sempre estar revendo os conceitos, as respostas dadas aos problemas, reavaliando os pressupostos e premissas dos quais se parte nas análises feitas, porque a contingência e a precariedade é que doravante tingem a realidade<sup>19</sup>.

Em face dessa mudança paradigmática, fica a questão: será, então, que nesse contexto de uma ciência pós-moderna, as tentativas empreendidas pela doutrina de fechar tanto o conceito de democracia quanto o de constituição atendem plenamente às exigências postas por essa nova realidade? Será, em outras palavras, que se pode dizer que tais termos tenham apenas a significação acima apontada?<sup>20</sup>

Acreditamos que não, visto que a compreensão desses dois termos é muito mais ampla do que

<sup>17</sup> (...) Constituição *deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.* (MORAES, 2002: 38)

<sup>18</sup> *Assim sendo, o homem, ao interpretar qualquer fenômeno, já possui antecipadamente uma pré-compreensão difusa do mesmo, um pré-conceito, uma antecipação prévia de seu sentido, influenciada pela tradição em que se insere (suas experiências, seu modo de vida, sua situação hermenêutica, etc). Por esse motivo, fracassará todo o empreendimento que intente compreender objetivamente, em absoluto, qualquer tipo de fenômeno, eis que a compreensão, como dito, sujeita-se também à tradição à qual pertence aquele que se dá ao conhecer.* (PEREIRA, 2001: 28)

<sup>19</sup> *Acreditamos que, mesmo com todo o rigor científico, nem sempre conseguimos atingir a verdade definitiva, pois as verdades que a ciência aceita hoje, seguramente, não serão as mesmas que serão aceitas no futuro, uma vez que a ciência evolui modificando os seus conceitos, as suas verdades relativas. Se consultarmos um livro sobre as últimas descobertas científicas, poderemos notar que a nossa realidade já não é a mesma, pois as verdades de ontem foram substituídas. A nossa interpretação da realidade era, no mínimo, incompleta.* (ANDREETA, ANDREETA, 2004: 8-9)

<sup>20</sup> Com isso não se defende neste texto a ideia de uma razão cínica, que deverá se abster de qualquer iniciativa cognitiva, pois se já sabe que o que produzirá será precário, inútil seria qualquer esforço nesse sentido: seria melhor, portanto, deixar a realidade fluir por si mesma. Que fique bem claro que não adotamos essa postura! O que se está dizendo aqui é que, em função do reconhecimento de nossa historicidade e das limitações inerentes a cada um de nós, não podemos mais nos contentar com o produto final de uma reflexão, firmes na suposição de que aquilo que fizemos é insuperável. Não. Em verdade, devemos agora ter a reflexividade dos conceitos como algo perene e necessário no labor científico. Mas nem por isso, ressalte-se, podemos desconsiderar a importância da conceitualidade como elemento agregador de conhecimento, porquanto, ainda que precária, ela nos serve de referencial para as reflexões que empreenderemos e mesmo para as respostas aos problemas que surgirem enquanto o seu sentido estiver em vigor.

aquele sentido supramencionado. Ademais, não se pode esquecer que, ao se desconsiderar esta nova realidade científica acima posta e se buscar a construção pronta e acabada de conceitos essencialmente abertos e dinâmicos, tem-se que aberta está a porta para a malversação de tais léxicos, como, inclusive, a história é rica em exemplos.

Talvez por isso fosse melhor considerar a democracia como uma prática caracterizada por uma perspectiva inclusiva e dialógica e, ao mesmo tempo, sempre aberta e incompleta, mas nem por isso descartável. E, a constituição não mais como um texto frio e preso ao momento de sua criação, sem possibilidades de ir além, com a restrita tarefa de estruturar o Estado e de estabelecer um rol fechado de garantias privadas aos indivíduos, que apenas lhes preservassem vazios contra a intromissão arbitrária estatal ou de estabelecer programas sociais com caráter nitidamente compromissório e dirigente. Deve-se vê-la, além disso, como um projeto<sup>21</sup> de contínua aprendizagem de uma sociedade aberta e plural, que busca, a todo o momento, a inclusão de todos por meio de procedimentos da gênese democrática do Direito, fundada na ideia de igual consideração de todos os envolvidos e na busca da mais ampla liberdade de participação de todos os interessados nas tomadas públicas de decisão<sup>22</sup>.

Ao se dar esse passo rumo a uma nova percepção do que vem a ser democracia e constituição, assumindo toda essa problematização como um tema que requer constante reflexão, está-se, na verdade, lançando as bases de um novo Estado de Direito, que agora será democrático de direito. Este, então, não centrará mais as suas preocupações apenas na liberdade e na segurança dos indivíduos, nem tampouco assumirá a função de ser o provedor de todas as necessidades dos seus clientes, mas terá por função o respeito simultâneo à autonomia pública e privada de todos os envolvidos, os quais, assumindo o papel de cidadãos dentro de uma sociedade civil ativa e organizada, assentada em uma rede de fluxos comunicativos, estabelecerão os mecanismos sociais de inclusão social e criarão, através de procedimentos constitucionalmente previstos, o Direito ao qual se submeterão, concretizando, assim, a função de autolegisladores.

Tem-se, portanto, que entre democracia e constituição há uma relação que importa numa imbricação mútua, pois, sem democracia não se pode dizer que haja efetivamente uma constituição – e mesmo Estado de Direito – e, sem os procedimentos estabelecidos nesta, não há como se garantir o exercício legítimo do poder, que é condição essencial para a configuração da própria democracia.

<sup>21</sup> *Uma constituição pode ser entendida como projeto histórico que os cidadãos procuram cumprir a cada geração.* (HABERMAS, 2004: 38)

<sup>22</sup> (...) *Portanto, a amarra unificadora consiste na prática comum a que recorreremos, quando empreendemos esforços para atingir uma compreensão racional do texto da constituição. O ato de fundação da constituição é sentido como um corte na história nacional, e isso não é resultado de um mero acaso, pois, através dele, se fundamentou novo tipo de prática com significado para a história mundial. O sentido performativo desta prática destinada a produzir uma comunidade política de cidadãos livres e iguais, que se determinam a si mesmos, foi apenas enunciado no teor da constituição. Ele continua dependente de uma explicação reiterada, no decorrer das posteriores aplicações, interpretações e complementações das normas constitucionais.* (HABERMAS, 2003c: 166-167)

É, portanto, neste compasso, que o processo constitucional assume um papel importantíssimo, não apenas como garantia da supremacia constitucional, mas, e principalmente, como um instrumento que tem por escopo a fiscalização da gênese democrática das leis, o respeito ao código binário do Direito e a preservação de sua constitucional aplicação ao caso concreto, segundo os procedimentos constitucionalmente estabelecidos para tanto, buscando, com isso, a garantia da legitimidade do ordenamento jurídico.

Diante do que foi exposto, o estudo do processo e, em especial, do processo constitucional, para que seja feito de uma maneira adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, depende de toda esta problematização. Em outras palavras: a tensão entre democracia e constitucionalismo, constitutiva do Estado de Direito, encontra no processo uma forma adequada a seu equacionamento, na medida em que, por seu intermédio, direitos fundamentais são respeitados, a gênese democrática do Direito é garantida e a participação popular é preservada, pois, como visto, o processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório, isto é, com a participação dos interessados, que ajudarão na construção dos provimentos aos quais se submeterão, condição esta que é indispensável para se qualificar uma ordem como legítima e democrática.

## **5 O processo constitucional e o respeito aos direitos fundamentais: uma relação indispensável para a efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito**

Conforme visto, não se pode mais pensar no Direito e nas discussões em torno de sua legitimidade, sem levar em conta uma problematização acerca dos direitos fundamentais. Estes, certamente, constituem o ponto central de todo este debate.

E, nesta discussão, não se pode mais olvidar que entre os direitos fundamentais e o processo constitucional existe uma relação de dependência recíproca, que, aliás, é base para se pensar no próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

Isto fica mais fácil de se perceber quando se verifica que, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais são responsáveis pela estruturação de um modelo constitucionalmente adequado a um processo que seja indispensável a tomadas de decisões legítimas, este mesmo processo é que terá por função a própria garantia e respeito dos direitos fundamentais, numa relação de dependência recíproca.

Todavia, isto nem sempre foi assim visto, já que o processo, por muito tempo, era tratado como

um mero instrumento da jurisdição, sem que sequer sua autonomia fosse reconhecida<sup>23</sup>. No Brasil, mesmo, a compreensão deste fenômeno decorreu de uma abertura política, do seu processo de redemocratização e da compreensão de uma nova relação entre democracia, constituição e processo, conforme visto anteriormente.

No entanto, não se pode mais desatrelar a noção de processo da de direitos fundamentais, tampouco da relação entre constitucionalismo e democracia, como discutido alhures. E, também, não se pode restringir a noção de processo apenas ao jurisdicional, já que estas noções aqui discutidas aplicam-se ao que se desenvolve na via administrativa e na via legislativa.

Diante, então, de toda essa complexidade e partindo de uma visão procedimentalista exigida pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, o processo pode ser visto como mecanismo regulador dos fluxos discursivos da soberania popular. Assim, viabiliza o exercício simultâneo da autonomia pública e privada dos indivíduos, na medida em que cada um poderá trazer suas considerações pessoais a uma arena pública de debate, via processo.

Do ponto de vista do processo jurisdicional, a consistência do provimento judiciário deriva da fixação correta das normas adequadas ao caso concreto. Isto só se torna possível diante do respeito ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório, à isonomia, à imparcialidade, ao acesso ao Judiciário, à fundamentação das decisões e a tantos outros direitos fundamentais, que, juntos, formam um modelo constitucional de processo.

E este mesmo modelo é resultado dos direitos fundamentais, que, por sua vez, encontrarão nesse processo um mecanismo extremamente eficiente para a sua defesa.

Em outras palavras: ao mesmo tempo em que se busca, via judicialmente, a reparação de uma ofensa a um direito — momento em que o processo é visto como um mecanismo de proteção aos direitos fundamentais —, este mesmo processo somente poderá atingir de maneira adequada aos seus desideratos se tiver uma estrutura tal qual a acima descrita.

E o que é mais interessante é que esta estrutura não exige dos litigantes uma alteridade angelical. Pelo contrário: a estrutura processual pressupõe o agir estratégico das partes, permite-lhes que assim o façam, pois, na verdade, ele é um verdadeiro depurador desta forma de agir. Em razão do duplo grau de jurisdição, da preclusão, do contraditório e da ampla defesa, entre outros, o Poder Judiciário deve levar em consideração o alegado pelas partes e dele extrair os elementos necessários à construção do provimento, segundo o que foi discutido entre as partes.

<sup>23</sup> Assim, o processo não pode mais ser entendido com instrumento de exercício da jurisdição e procedimento com mecanismo específico de sucessão de atos processuais. Na moderna doutrina processual (GONÇALVES, FAZZALARI e OLIVEIRA), processo é espécie de procedimento no qual se garante o contraditório e a simétrica participação das partes. Processo é um procedimento onde se garante a participação das partes. (SOUZA CRUZ, 2001: 228)

Isto traz, ainda, uma outra consequência: o magistrado deixa de ser considerado uma figura acima das partes e distante do feito, sendo aquele que é chamado apenas para decidir o conflito, sem se misturar com a parte. Diante desse novo modelo, os provimentos judiciais agora são fruto de uma construção conjunta entre partes e magistrados, pois, somente assim, pode-se dizer que os direitos e as garantias fundamentais estão sendo respeitados.

Neste sentido, pode-se dizer que

*a hermenêutica judicial derivada do paradigma do Estado Democrático de Direito obriga o magistrado a reconhecer-se como igual perante as partes, numa lição de humildade diária, exigindo mudanças de postura do Judiciário brasileiro. (...) O princípio da igualdade incorpora os ganhos do chamado giro lingüístico da moderna interpretação, uma vez que o intérprete se torna fruto da linguagem social (...). Por conseguinte, o magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo Tribunal/instância superior). Ele deve julgar não mais pelo seu senso “inato” de justiça, mas pelo que depreendeu na tramitação regular do processo. Assim, sua sentença haverá de reconstruir a argumentação das partes, o que torna a fundamentação elemento essencial do moderno discurso jurídico. (SOUZA CRUZ, 2001: 232)*

Desta forma, não resta a menor dúvida de que este modelo de processo é indispensável para se preservarem direitos fundamentais, além de depender destes mesmos direitos para se desenvolver de maneira legítima e democrática.

O mesmo pode ser dito em relação ao processo legislativo. Diferentemente do que se dá com o processo jurisdicional, o legislativo tem por finalidade a construção de normas dotadas, na grande maioria dos casos, de generalidade. Assim, os procedimentos destinados à criação de tais normas apenas podem ser tidos por legítimos se abertos ao debate público e à participação dos destinatários, o que faz, inclusive, que tal procedimento se converta em processo, haja vista a presença do contraditório.

Nesse aspecto, a garantia de um debate plural — trazendo à livre discussão diferentes opiniões, ideologias, credos, visões de mundo, opções políticas, entre outros — sustenta a legitimidade do processo legislativo dentro dessa nova perspectiva. Assim, não mais se pode ver referido processo numa perspectiva meramente formal e formalista, típica de uma visão liberal, na qual a vontade majoritária prevalece sempre, sendo por si mesma fundamento de legitimidade das leis produzidas.

Ora, dentro de um contexto democrático, de forma alguma a minoria deve ser desconsiderada. Pelo contrário: é fundamental para uma ordem democrática que haja respeito à diferença, que

se promova a inclusão do outro e que todos possam influir os centros de tomadas de decisão com sua visão de mundo e de realidade. Não há como se construir uma ordem legítima sem que todos possam contribuir com este projeto.

Evidentemente, em razão dos limites a que todos estamos submetidos, o princípio majoritário surge como mecanismo para a solução de impasses. Todavia, ele é apenas uma forma institucional de resolver tais questões e somente se legitima se permitir que a minoria de hoje possa se converter na maioria de amanhã, valendo-se dos mesmos veículos institucionais.

Com isto, muda-se a visão em relação à minoria. Isto é: se antes a minoria não tinha vez nem voz, exatamente por ser minoria, cabendo-lhe, apenas, seguir o que a maioria decidisse, sem que pudesse se manifestar contrariamente, agora, não. Sob os auspícios do paradigma do Estado Democrático de Direito, esta minoria deve ser considerada e levada a sério, porquanto este é o modo de proceder compatível com o respeito dos direitos fundamentais e comprometido com a efetivação da democracia.

Diante de tudo isto, o Poder Legislativo se converte em uma caixa de ressonância de fluxos comunicativos provindos da periferia. Os argumentos trazidos ao debate são das mais variadas espécies, e assim deve ser, pois, sejam eles argumentos pragmáticos, éticos e mesmo morais, estarão todos sujeitos a um processo de deliberação pública e a uma filtragem a ser feita pelo princípio da democracia e pelos direitos fundamentais.

Neste sentido, as comissões temáticas e o Plenário do Parlamento ganham enorme importância com fórum de debates da sociedade. Na concepção de cidadania mobilizada, uma imprensa responsável e comprometida também tem papel fundamental, assim como o das universidades, de organizações da sociedade civil, entre outras, que, em seu conjunto, formam uma arena pública que tem por função influenciar os centros de tomadas de decisão.

Assim, partidos políticos, sindicatos, grupos empresariais, organizações religiosas, entidades públicas não estatais assumem enorme papel na mobilização de coletividades, dentro de um contexto constitucional que franqueia a iniciativa legislativa popular, além de poderem promover o controle de atos administrativos através da ação popular e de representações perante os tribunais de contas.

O processo legislativo, neste contexto, assume caráter imprescindível à construção de ordens democráticas, na exata medida em que viabiliza esta participação popular, a filtragem realizada pelo princípio democrático e pelos direitos fundamentais e, sobretudo, a construção de normas legítimas sem que isto importe no massacre das minorias, que, no fundo, restam preservadas e funcionam como importantes contrapesos às vontades majoritárias. Logo, minoria e maioria passam a ser conceitos alteráveis, uma vez que se estabelecem apenas dentro do

processo, segundo as argumentações desenvolvidas pelas partes envolvidas.

Quanto ao processo administrativo, o mesmo pode ser dito, isto é, que ele apenas se legitima se comprometido com os direitos e garantias fundamentais. Assim, também não se pode deixar de reconhecer aos litigantes em processo administrativo o respeito ao devido processo legal, à ampla defesa, ao contraditório e à fundamentação das decisões, como, inclusive, a própria Constituição exige.

Justamente por isto não se pode deixar de dizer que a Súmula Vinculante n. 05, ao proclamar que a falta de defesa técnica no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição, colocando-se contrária à jurisprudência que então se pacificara em sentido oposto, foi, no mínimo, infeliz.

Isto porque, para se garantir um autêntico e lúdimo devido processo legal, é indispensável a ampla defesa com todos os recursos e meios que lhe são inerentes. Por isto, a presença de advogado e de defesa técnica nada mais é do que um destes corolários e só tende a garantir o respeito aos direitos fundamentais. Desta forma, pode-se dizer que esta medida apenas serve para comprometer, ainda mais, a efetividade dos direitos fundamentais em terras nacionais.

Portanto, o fato de o processo se desenvolver na via administrativa e não na judicial, por exemplo, não exige a Administração Pública de respeitar todos estes direitos e garantias fundamentais, pois, se assim não fizer, estará em profundo descompasso com o escopo do próprio instituto e colocando em xeque o projeto constitucional que se tem em mente concretizar.

## 6 Considerações finais

O objetivo do presente artigo foi discutir a interrelação necessária entre processo constitucional e direitos fundamentais, com o intuito de demonstrar que um depende do outro, na medida em que tais direitos encontram no processo um mecanismo de defesa e de efetividade, ao passo que se não fosse por tais direitos, não se teria um modelo constitucionalmente adequado de processo que atendesse a tais fins.

Com a finalidade de se comprovar isto, inicialmente fez-se um estudo sobre o papel do Direito em sociedades complexas e descentralizadas, como as da atualidade, quando, então, verificou-se a importância dos direitos fundamentais.

Com base, então, nisto, viu-se que os direitos fundamentais ganham centralidade nas discussões em torno das medidas a serem tomadas para a efetivação do paradigma do Estado Democrático de Direito, pois este não se realiza sem o respeito e a concretização de tais direitos. E,

após todo o estudo feito, chegou-se a uma conceituação possível de tais direitos, com base na teoria discursiva do Direito, de Habermas, como sendo aqueles que todos devem reciprocamente reconhecer a cada um dos parceiros, como condição para que tal paradigma se efetive.

Em seguida, fez-se um estudo sobre o processo, e, em especial, sobre o processo constitucional. E, com base nas reflexões ali realizadas, pôde-se observar que o processo é um procedimento que se desenvolve em contraditório, e que os direitos fundamentais são imprescindíveis na sua conceituação e na estruturação de suas funções, dentre as quais se destaca, exatamente, a proteção e garantia de direitos fundamentais.

E esta assertiva restou demonstrada no ponto final, quando, de posse de todos os elementos construídos anteriormente, viu-se como os processos judicial, legislativo e administrativo dependem do respeito aos direitos fundamentais para serem construídos e como são imprescindíveis para a efetivação destes mesmos direitos fundamentais.

O que, na verdade, pretendemos com este texto foi demonstrar que não é mais possível se pensar em direitos fundamentais, nem mesmo no processo, sem fazer uma interface entre ambos. E que isto, no final das contas, apenas serve como elemento para concretização de ambos, que, como dito na epígrafe, não basta serem previstos, devem ser vividos e vivenciados, aplicados, construídos e reconstruídos diuturnamente, pois, somente assim, assistiremos à concretização do paradigma do Estado Democrático de Direito, este que é tão ansiado por todos.

## Referências

- ANDREETA, José Pedro, ANDREETA, Maria de Lourdes. *Quem se atreve a ter certeza?* A realidade quântica e a filosofia. São Paulo: Mercuryo, 2004.
- BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A racionalização do ordenamento jurídico. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, Imprensa Universitária da UFMG, n. 88, p. 81-106, dez. 2003.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, v. 3, 1998.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

- DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. *Constituição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processo e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.
- GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6, p. 85-102, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. Para o uso do pragmático, ético e moral da razão prática. *Estudos Avançados*, v.3, n.7, p.4-19, set./dez. 1989.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. 1.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. 2.
- HABERMAS, Jürgen. *Era das transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe, MOREIRA, Luiz (Org.). *Direito e legitimidade: escritos em homenagem ao Prof. Dr. Joaquim Carlos Salgado por ocasião de seu decanato como professor titular de Teoria Geral e Filosofia da Faculdade de Direito da UFMG*. São Paulo: Landy, 2003e.
- HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2004.
- HÄRBELE, 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: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004a.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

REDONDO, Manuel Jimenez. Introducción. In: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*. Trad. Manuel Jimenez Redondo. Madri: Trotta, 1998.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a ética do discurso e a ontologia existencial*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

# A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização

**José Luiz Quadros de Magalhães**

Doutor e professor da PUC/MG, UNIPAC e UFMG.

O constitucionalismo moderno se afirma com as revoluções burguesas na Inglaterra em 1688; nos Estados Unidos, em 1776, e na França em 1789. Podemos, entretanto, encontrar o embrião desse constitucionalismo já na Magna Carta de 1215. Não que a Magna Carta seja a primeira constituição moderna, pois isto não é verdade, mas nela já estão presentes os elementos essenciais deste moderno constitucionalismo: limitação do poder do Estado e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Podemos dizer que, desde então, toda e qualquer constituição do mundo, seja qual for o seu tipo, liberal, social ou socialista, contém sempre como conteúdo de suas normas estes dois elementos: normas de organização e funcionamento do Estado, distribuição de competências — e, portanto, limitação ao poder do Estado — e normas que declaram e posteriormente protegem e garantem os direitos fundamentais da pessoa humana. O que muda de constituição para constituição é a forma de tratamento constitucional oferecida a este conteúdo, ou seja, o grau de limitação ao poder do Estado, a forma como o poder do Estado está organizado e os meios existentes de participação popular e de respeito à liberdade de imprensa, de consciência e de expressão, o respeito às minorias e à diversidade cultural e étnica (regime e sistema político), a forma de distribuição de competência e de organização do território do Estado (forma de Estado), a relação entre os poderes do Estado (sistema de governo) e os direitos fundamentais declarados e garantidos pela constituição (tipo de Estado).

O Estado moderno, na sua primeira versão absolutista, surge da afirmação do poder do rei perante os impérios e a igreja (soberania externa) e perante os senhores feudais (nobres) que fragmentavam o poder do Estado, cada um possuindo seu próprio exército e poder quase soberano sobre o seu feudo. As vitórias dos reis sobre os impérios e a Igreja, de um lado, e sobre os senhores feudais, de outro lado, são a base para o surgimento do Estado moderno, que é um Estado territorial, nacional, monárquico, centralizador de todos os poderes e so-

berano em duas dimensões, a externa e a interna<sup>1</sup>.

O Estado nacional é uma construção histórica complexa, realizada com a força dessa única vontade e desse único exército. A criação dos Estados nacionais como Espanha e França é um exercício de imposição de um valor, uma história, um idioma, uma religião comuns, capaz de criar um elo entre os habitantes desse Estado que os faça se sentirem parte da vontade nacional, parte do Estado nacional. O sentimento de pertinência ao Estado nacional é elemento fundamental para sua formação e permanência.

Entretanto esse Estado absoluto cresce demais e elimina cada vez mais a individualidade (o liberalismo não inventa o indivíduo, reinventa-o), eliminando a vontade individual. É nesse contexto que o pensamento liberal surge, e as revoluções liberais ocorrem. Elas representam um resgate da liberdade perdida há muito tempo, uma vez que a opressão do Estado absoluto tornou insuportável a continuidade da convivência com a falta dessa liberdade. O Estado Liberal não inventa o indivíduo, ele sistematiza e ideologiza o individualismo, mas, acima de tudo, o Estado Liberal representa a vitória da burguesia e, logo, a vitória dos interesses desta classe. Quanto ao povo, resta o discurso de liberdade, em que muitos ainda acreditam hoje. Resta a liberdade liberal do sonho da riqueza por meio do trabalho ou, melhor dizendo, da livre iniciativa e da livre concorrência.

A essência do constitucionalismo liberal no seu momento inicial é, portanto, a segurança nas relações jurídicas e a proteção do indivíduo contra o Estado. Não há uma conexão entre constitucionalismo e democracia. Se a democracia é hoje elemento essencial para o constitucionalismo, no início do constitucionalismo liberal ela parecia incompatível com a essência deste. Como combinar a proteção da vontade de um com a democracia majoritária em que prevalece a vontade da maioria?

A junção entre democracia e constitucionalismo liberal ocorre na segunda fase do Estado Liberal, que estudamos no nosso *Curso de Direito Constitucional*, Tomo I e II<sup>2</sup>. A ideia de que a vontade da maioria não pode tudo e que um governante não pode alegar o apoio da maioria para fazer o que bem entender decorre dessa junção importante para a teoria constitucional democrática. O absolutismo da maioria é tão perverso quanto o absolutismo de um grupo, e a confusão entre opinião pública e democracia é sempre muito perigosa. Logo, a democracia constitucional liberal, construída por força do movimento operário e dos partidos de esquerda no século XIX, entende que a vontade da maioria não pode ignorar os direitos da minoria e os direitos de um só. Os limites à vontade da maioria são impostos pelo núcleo duro, intocável dos direitos fundamentais, protegidos pela Constituição, que na época do liberalismo eram reduzidos apenas aos direitos individuais.

<sup>1</sup> CUEVA, 1987.

<sup>2</sup> MAGALHÃES, 2008 e Tomo II, 2002.

Desde então, o constitucionalismo evoluiu, transformou-se, regrediu nos últimos tempos e hoje se encontra em grave crise, quando o discurso econômico, de forma ideológica e autoritária, submete o Direito a seus pseudoimperativos matemáticos. Entretanto podemos dizer que em todas as constituições modernas (sejam liberais, sociais ou socialistas) vamos encontrar sempre os dois tipos de conteúdos comuns em suas normas: organização e funcionamento do Estado com a sua consequente limitação do poder e a declaração e proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

A evolução do constitucionalismo moderno coincide com a evolução do Estado moderno, o que foi estudado no capítulo 1 e 2 do Tomo I do livro *Direito Constitucional* e revisto com outro enfoque no capítulo 2 do Tomo II. Portanto não cabe aqui retomarmos este tema, e remetemos o leitor à leitura daqueles capítulos.

Um elemento essencial caracterizador da limitação do poder do Estado constitucional moderno é a sua divisão de poderes (ou funções).

## **Teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas do Estado contemporâneo**

Um dos princípios fundamentais do constitucionalismo moderno é o da separação de poderes. A ideia da separação de poderes para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano, comum no Estado absoluto, que precede as revoluções burguesas, fundamenta-se nas teorias de John Locke e de Montesquieu. Imaginou-se um mecanismo que evitasse essa concentração de poderes, na qual cada uma das funções do Estado seria de responsabilidade de um órgão ou de um grupo de órgãos. Esse mecanismo foi aperfeiçoado posteriormente com a criação de freios e contrapesos, em que esses três poderes que reunissem órgãos encarregados primordialmente de funções legislativas, administrativas e judiciárias pudessem se controlar. Esses mecanismos de controle mútuo, se construídos de maneira adequada e equilibrada e se implementados e aplicados de forma correta e não distorcida (o que é extremamente raro), permitirão que os três poderes sejam autônomos não existindo a supremacia de um em relação ao outro.

Importante lembrar que os poderes (que reúnem órgãos) são autônomos e não soberanos ou independentes. Outra ideia equivocada a respeito da separação de poderes é a de que os poderes — reunião de órgãos com funções preponderantes comuns — não podem, jamais, intervir no funcionamento do outro. Ora, essa possibilidade de intervenção, limitada, na forma de controle, é a essência da ideia de freios e contrapesos. No sistema parlamentar contemporâneo, também estudado no Tomo II, há a separação de poderes, existindo, entretanto, mecanismo de intervenção radical no funcionamento do Legislativo por parte do Executivo (dissolução antecipada do parlamento) e do Legislativo no Executivo (a queda do governo por perda do apoio da maioria no parlamento).

No sistema presidencial, em que os mandatos são fixos, não havendo a possibilidade da intervenção radical do parlamentarismo, a intervenção ocorre na forma de controle e de participação complementar; por exemplo, quando o Executivo e o Legislativo participam na escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Outro aspecto importante é o fato de que os poderes têm funções preponderantes, mas não exclusivas. Dessa forma, quem legisla é o Legislativo, havendo, entretanto, funções normativas, por meio de competências administrativas normativas no Judiciário e no Executivo. Da mesma forma a função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, havendo, entretanto, funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo. O contencioso administrativo no Brasil não faz coisa julgada material, pois a Constituição impõe que toda lesão ou ameaça a direito seja apreciada pelo Judiciário (art. 5, inciso XXXV, da CF). Entretanto, em sistemas administrativos como o francês, há no contencioso administrativo, diante de tribunais administrativos, a coisa julgada material, o que significa dizer que na decisão administrativa não há possibilidade de revisão pelo Poder Judiciário. Finalmente, é obvio que há funções administrativas nos órgãos dos três poderes.

Com a evolução do Estado moderno, percebemos que a ideia de tripartição de poderes se tornou insuficiente para dar conta das necessidades de controle democrático do exercício do poder, sendo necessário superar a ideia de três poderes para se chegar a uma organização de órgãos autônomos reunidos em mais funções do que as três originais. Essa ideia vem se afirmando em uma prática diária de órgãos de fiscalização essenciais à democracia, como os tribunais de contas e o Ministério Público. Ora, por mais esforço que os teóricos tenham feito, o encaixe desses órgãos autônomos em um dos três poderes é absolutamente artificial e, mais, inadequado.

O Ministério Público recebeu, na Constituição de 1988, autonomia especial que lhe permite proteger, fiscalizando o respeito à lei e à Constituição e, logo, aos direitos fundamentais da pessoa, ao patrimônio público e histórico, ao meio ambiente, e aos direitos humanos, etc. Para exercer de forma adequada suas funções constitucionais, o Ministério Público não pode estar vinculado a nenhum dos poderes tradicionais, especialmente porque sua função preponderante é fiscalizar e proteger a democracia e os direitos fundamentais. Embora o constituinte de 1987 e 1988 não tenha dito expressamente tratar-se o Ministério Público de um quarto poder, a análise sistêmica do texto assim o caracteriza ao conceder-lhe autonomia funcional de caráter especial. Qualquer tentativa de subordinar essa função de fiscalização típica do Ministério Público a qualquer outra função/poder significa reduzir os mecanismos de controle democrático, o que é inconstitucional.

A efetiva autonomia especial do Ministério Público, que o transforma em um poder de fiscalização, precisa ser estendida ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública, caracterizando, desta forma, um poder de fiscalização necessário para enfrentar as complexidades do Estado contemporâneo.

O que o constituinte brasileiro inovou, sem, entretanto, explicitar, o constituinte venezuelano o fez de forma inequívoca na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, de 1999. A Constituição venezuelana estabelece cinco poderes: o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Poder Cidadão (o Ministério Público, Tribunal de Contas e Defensoria Pública) e o Poder Eleitoral.

Podemos dizer que o Estado contemporâneo reúne as seguintes funções:

- a função legislativa;
- a função jurisdicional;
- a função constitucional (do poder constituinte derivado de reforma; dos poderes constituintes decorrentes dos Estados e Municípios e dos poderes constituintes de reforma criados por estes nos âmbitos estadual e municipal);
- a função administrativa;
- a função de governo;
- a função simbólica de representação (típica dos sistemas parlamentares e pertencentes ao chefe de Estado);
- e a função de fiscalização.

Além da separação (melhor divisão) de poderes (melhores funções) horizontal até aqui tratada, temos ainda uma divisão vertical de poderes (ou competências), já estudada de forma detalhada no nosso *Direito Constitucional*, Tomo II, quando analisamos as formas de organização territorial no Estado contemporâneo (o Estado unitário descentralizado, o Estado regional, o Estado autônomo e principalmente nas várias formas de federalismo). A separação vertical de poder no Estado federal permite superar o monismo jurídico, tornando possível a convivência de ordenamentos jurídicos de até três níveis em um mesmo sistema constitucional. Trata-se de uma forma plural de produção legislativa.

A seguir, estudaremos as novas funções do Estado, ressaltando a necessidade de reconhecimento e efetivação de um poder de fiscalização e ainda a necessidade de distinguir funções preponderantes de governo (poder político) das funções preponderantes de gestão técnico-administrativa (função técnico-política) da administração pública, que não podem se confundir com funções de poder político típicas do governo.

## As funções do Estado contemporâneo

Superando a clássica divisão de poderes (funções) do Estado, Legislativo, Judiciário e Executivo, podemos dizer que o Estado, hoje, necessita de um sistema mais sofisticado de exercício de funções que permita a garantia dos processos democráticos. A Constituição brasileira de 1988 reconheceu a necessidade de nova função de fiscalização, e embora o constituinte não tenha

tido a iniciativa de mencionar um quarto poder, efetivamente, criou essa quarta função autônoma essencial para a democracia e para a garantia da lei e da Constituição, que é a função de fiscalização. O Ministério Público, encarregado dessa função, ao lado do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, para exercê-la de maneira adequada, necessita de efetiva autonomia em relação às outras funções (poderes), não pertencendo nem ao Executivo, nem ao Legislativo, tampouco ao Judiciário. O mesmo ocorre com os tribunais de contas, que, embora necessitem de nova forma de escolha de seus membros para que assumam esse novo *status*, não podem pertencer a nenhum dos poderes tradicionais para exercer com eficiência sua função fiscalizadora.

Como já foi dito, podemos dizer que hoje é necessário separar as seguintes funções autônomas do Estado democrático: a função legislativa ordinária (de elaborar as leis infraconstitucionais); a função legislativa constitucional (de emendar e revisar a Constituição); a função jurisdicional; a função de governo; a função administrativa; a função de fiscalização (acima mencionada); e uma função simbólica (típica do chefe de Estado, função que, pelo seu simbolismo, não deve se confundir com a função de governo, esta de poder político).

Trabalhamos em outros momentos a acumulação de funções, fato típico do presidencialismo, em que o presidente acumula a função simbólica (chefe de Estado) de representação dos valores nacionais; a função de governo (de decisão política, definição de políticas públicas); e a função de chefe da administração pública civil e militar (função técnico-política). O acúmulo dessas funções na figura de uma única pessoa é responsável por grandes distorções do sistema político representativo, fazendo que o jogo político se torne equivocadamente personalista.

Para o adequado funcionamento da administração pública, as funções de governo (poder político) e as funções administrativas (de natureza técnico-política) devem ser separadas. Percebemos um movimento em diversas democracias contemporâneas no sentido de separar funções de governo de funções administrativas, decorrente da necessidade de eliminar os males de um sistema administrativo baseado em cargos de confiança, em que, para se conseguirem apoios em votações no parlamento, o governo distribui cargos de chefia na administração pública, comprometendo a eficiência da administração e distorcendo o jogo político, que deveria ser em torno de projetos, ideias, programas, e não fundado em vaidades e interesses pessoais por cargos, privatizando o público e destruindo o Estado.

A questão que passamos a analisar, portanto, é como separar a função de governo da função administrativa e quais critérios podemos adotar para efetivar essa divisão que coloque o governo democraticamente eleito na sua função constitucional, que não é a de distribuir cargos em troca de apoios provisórios e inspirados em interesses personalistas, mas, sim, de fazer com que a Administração Pública funcione de forma eficiente, apta a cumprir as determinações do governo e do parlamento de acordo com os princípios da eficiência, legalidade (leia-se constitucionalidade), impessoalidade, moralidade e publicidade.

## Governo *versus* administração, democracia, política e eficiência no Estado Democrático e Social de Direito

O excesso de cargos de confiança e o uso inadequado aos interesses públicos da possibilidade de escolha das chefias da administração pelos governantes, comprometendo uma eficiente gestão dos entes da administração, levaram à busca de alternativas que resguardassem a eficiência administrativa, oferecendo uma administração que deve servir às determinações políticas com competência técnica.

Essa discussão ocorre sob outra perspectiva contemporânea não menos importante: a busca da descentralização e fragmentação coordenada de poder, permitindo maior celeridade nas decisões e responsabilidade do administrador, uma vez que quem decide está próximo do administrado e, em decorrência da proximidade entre administrado e administrador, a possibilidade concreta de controle da sociedade sobre o Estado.

Isso posto, perguntamos: o chefe de governo deve escolher os reitores das universidades, diretores de escolas, diretores de hospitais e de órgãos de pesquisa, dentre outros? A resposta óbvia diante do que já foi discutido anteriormente é não. O governo deve estabelecer grandes políticas de investimento nos mais diversos setores de interesse público, como investimentos em saúde, educação, meio ambiente, definição de políticas econômicas, incentivo à produção, escolha de grandes diretrizes técnicas, dentre outras questões, mas não há motivo para que esse mesmo governo, encarregado de definições políticas e de modelos técnicos e científicos que se adaptem às suas políticas (e nunca o contrário), escolha o profissional que vai gerir o dia a dia de uma escola de primeiro e de segundo grau, ou o gestor de um hospital, de uma universidade, de um instituto de pesquisa, etc. Temos, então, um indicativo para estabelecer a diferença entre uma função administrativa e uma função de governo. Entretanto, a questão não é tão simples. Se gerir uma escola é preponderantemente uma função técnica, não é exclusivamente técnica. Ao mesmo tempo, se a definição de grandes linhas de políticas públicas é uma função preponderantemente política, não pode ser exclusivamente política, pois necessita de suportes técnico-científicos que, entretanto, devem se subordinar sempre à decisão política.

Por esse motivo, embora seja necessária a divisão em função administrativa distinta da função de governo, a função administrativa não deve ser, em geral (sempre há exceções), uma função exclusivamente técnica, acrescentando, sempre que possível, aspectos democráticos que incentivem o controle social na escolha dos cargos de chefia. Daí falarmos em eleição de reitores de universidades, diretores de escolas, diretores de hospitais, desde que cumpridos critérios técnicos.

Assim, podemos dizer que a gestão de serviços públicos deve ser deixada para entes administrativos autônomos — criados por lei com competências próprias em que o poder central não possa

intervir e, sempre que possível, com a participação do administrado na escolha do gestor —, enquanto as escolhas políticas e a construção de políticas públicas de investimentos, políticas econômicas, de saúde e educação, dentre outras, devem ser do governo. Não deve o governo escolher o diretor de uma escola e de um hospital, assim como não pode um ente administrativo autônomo, sob o pretexto de escolhas técnicas, assumir escolhas políticas encobertas pelo discurso pseudoneutro da técnica. De acordo com esse raciocínio, o Banco Central do Brasil não pode nunca ter autonomia para escolher políticas monetárias, por ser essa autonomia inconstitucional, ao retirar do espaço político-democrático do governo democraticamente eleito a possibilidade de escolha das várias opções técnica e econômicas relativas às políticas econômicas para o setor.

## O futuro do Direito Constitucional — crise e reconstrução

Como vimos, o Direito Constitucional contemporâneo passou a incorporar a ideia de democracia como essencial a qualquer ordem constitucional. Entretanto, a democracia vem sofrendo ataques, adaptações, tendo seu sentido transformado e sequestrado pelo poder econômico e mais recentemente pelo projeto neoconservador. O grande desafio é resgatar esse conceito, que deve estar conectado com a ideia de justiça social e econômica, sem o que a democracia efetiva não é possível. Outro aspecto a ressaltar é o de que a democracia não é um lugar onde se chega, a democracia é sempre um caminho. No nosso livro *poder municipal*<sup>3</sup>, procuramos construir uma proposta de novo papel a ser desenvolvido pela Constituição não como ordem reacionária, que reage às mudanças fora dos limites constitucionais, mas como mecanismo transformador que atua no sentido de colocar toda a estrutura do Estado a serviço das transformações democraticamente construídas, entendendo-se não só a democracia como processo, mas a Constituição como asseguradora desse processo de transformação.

O pano de fundo (ideológico) que começou a ser construído a partir da década de 70 foi o da criação da ideologia do fim da história — pelo menos na área econômica —, onde se coloca o modelo econômico neoconservador (chamado para efeito de *marketing* de neoliberal) como o grande modelo vitorioso, o único modelo possível, discurso que veio a ser fortalecido com o fim da União Soviética e, simbolicamente, com a queda do muro de Berlim.

A ideia que se constrói a partir da ascensão conservadora e do fim do socialismo real na Europa oriental é a da vitória do Liberalismo e o fim da história, o que é uma gigantesca bobagem. Essa estratégia discursiva é seguida de outra construção ideológica da direita conservadora: a ideia de que a economia é uma ciência que mostra respostas técnicas exatas aos problemas diários de produção, consumo, emprego, desenvolvimento, inflação, tecnologia e bem-estar, e, sendo esse discurso técnico-científico quase matemático, não podem os políticos e os juristas se insurgir contra ele.

<sup>3</sup> MAGALHÃES, 1996.

No momento em que aceitamos a mentira de que a economia não pode ser subordinada ao Direito e a seus imperativos de justiça social e econômica e, logo, à política, que produz o Direito na instância parlamentar, desautorizamos a democracia, que então nada pode diante dos (pseudo) imperativos econômicos; o Direito (que não deve regulamentar a economia) e a política (feita por não técnicos). O pressuposto ideológico falso que sustenta a separação da economia do Direito e da política parte da aceitação de que há apenas um modelo econômico possível e que nesse modelo há decisões tecnicamente acertadas que não podem ser contrariadas pela política (como espaço democrático de criação inicial do Direito) e, logo, pelo Direito. É óbvio que não podemos negar que existem decisões no âmbito econômico que são fundadas em teorias com base científica e tecnicamente recomendadas. O que é falso e que sustenta a ideologia conservadora contemporânea é a afirmativa de que existe apenas um modelo econômico, um único caminho a ser seguido na economia. Existem diversos modelos econômicos, e a escolha desses modelos só pode ser política, pois deve ser democrática. É nesse sentido que a política democrática e o Direito devem submeter a economia ao sentido constitucional de justiça econômica e social tão cara ao Estado Democrático e Social. Não é o Direito que deve se adequar à economia por não existir outro modelo possível. É a economia que deve se adequar ao Direito por existirem outros modelos possíveis. São os economistas que devem adequar a ciência econômica, construir teorias econômicas que tornem viável a vontade constitucional. A equação foi invertida e transformada em dogma. Essa é uma questão ideológica central da contemporaneidade. Essa é a grande mentira de nossa época.

Em decorrência dessa mentira, assistimos ao comprometimento da democracia, quando governos eleitos se abstêm de modificar o modelo econômico; a partir dessa mentira, assistimos ao comprometimento ou ao suicídio da centro-esquerda, que ao chegar ao poder mantém os mesmos modelos econômicos conservadores excludentes. Enfim, como já ressaltamos, assistimos ao comprometimento do Estado de Direito, quando os juízes e os tribunais não aplicam a lei e a Constituição, pois estas podem comprometer a estabilidade econômica, o investimento estrangeiro e o risco-país.

A crise econômica que se iniciou em 2008 mostra a fragilidade do sistema global e a insustentabilidade do discurso neoliberal e suas políticas de destruição do Estado por meio de privatizações que só fizeram criar radical exclusão e aumento das diferenças sociais com mais conflitos armados e maior criminalidade.

Esta crise, que se somou à crise ambiental, trouxe de volta as políticas de bem-estar social em vários países, incluindo os Estados Unidos. A proposta orçamentária do Governo Obama revela a volta das políticas públicas de saúde, previdência e educação com um enorme investimento público nestes setores, além da necessidade de subordinação da economia aos imperativos do Direito e da justiça social. Neste sentido se renovam os princípios orçamentários do Estado de bem-estar social, de priorização dos investimentos públicos e do orçamento como medida de

política econômica e sua estabilidade, com déficits e superávits que representam um maior investimento estatal em momento de crise e um recuo do Estado em momento de crescimento, o oposto do que se fez diante das tacanhas políticas liberais.

Este momento de retorno da centralidade da política e do Direito diante da economia é o momento de repensarmos o Estado democrático, criando estruturas que sejam capazes de enfrentar as complexidades contemporâneas. O Estado contemporâneo deve apostar na descentralização; na democracia radical participativa e deliberativa; e na criação de estruturas fragmentadas de poder onde a fiscalização do respeito à Constituição e aos direitos fundamentais seja efetiva. Um poder de fiscalização que fortaleça o Ministério Público, o Tribunal de Contas e a Defensoria Pública pode ser um importante sinal no sentido de que a fiscalização, contra os abusos dos que ocupam o poder do Estado, é um mecanismo fundamental para a democracia.

Finalmente queremos lembrar que é essencial que criemos mecanismos de participação direta do povo, dos cidadãos, no poder do Estado, superando gradualmente a ultrapassada e pouco democrática dicotomia liberal entre Estado e sociedade civil.

## Referências

CUEVA, Mario de La. *La idea de Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional, curso de direitos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Método, 2008.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional Tomo II*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Poder municipal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

# História e Estado de Direito

**Karine Salgado**

Mestra em Direito pela UFMG, doutoranda em Direito pela UFMG, professora da Universidade FUMEC.

## 1 Introdução

Eis, em Lima Vaz, o grande paradoxo com o qual o homem se depara no seu esforço de construir um conhecimento totalizante: a Filosofia é obra da cultura, é forma de saber racional que traz em si a pretensão de compreender e explicar o todo da realidade, dentro do qual está a própria cultura de onde procede.<sup>1</sup>

Todo conhecimento, pelo simples fato de ser produto humano, é cultura. As ciências, nascedouros do conhecimento, não têm a pretensão de totalidade, típica da Filosofia, se concentrando na investigação de um objeto determinado. Em virtude do recorte que as ciências fazem na realidade ao definir seu objeto de estudo, elas podem ser divididas em ciências histórico-culturais, ou ciências do espírito, e ciências naturais. Assim, em que pese serem ambas cultura humana, somente a primeira tem como objeto a própria cultura. Isso se deve a uma clássica cisão operada na realidade entre a natureza e a cultura. O mundo da cultura é o mundo construído pelo homem. Este não se contenta com as determinações naturais que transformam tudo no que deve ser e estabelece, através do seu julgamento, um novo devir para as coisas.<sup>2</sup> Reale já observava que *a cultura não é senão concretização ou atualização da liberdade, do poder que o homem tem de reagir aos estímulos naturais de maneira diversa do que ocorre com os outros animais*.<sup>3</sup>

Salgado esclarece que o homem, como no mito de Midas, atribui sentido a tudo o que toca, constituindo a sua obra, a cultura, e observa que ele não se contenta em atribuir sentido ao que lhe rodeia. No mundo da cultura, o homem nega a sua realidade natural e julga o que ele deve

<sup>1</sup> LIMA VAZ, 1997, p. 83.

<sup>2</sup> Notas de aula do Curso de Hermenêutica Jurídica oferecido pelo Professor Dr. Joaquim Carlos Salgado no Programa de Pós-Graduação da FDUFG no primeiro semestre de 2002.

<sup>3</sup> REALE, 2002, p. 244.

ser, transformando-se pela educação. O homem é obra de si mesmo.<sup>4</sup>

O pensar humano pressupõe três etapas, a saber, o ser, a essência e o conceito. Entretanto, a processualidade do pensar varia de acordo com a natureza do objeto, cultural ou natural. Assim se diferencia o explicar, típico das ciências naturais, do compreender, específico das ciências culturais. Dilthey deixa a questão esclarecida ao afirmar que a natureza se explica, a cultura se compreende.

As ciências naturais procuram explicar o seu objeto, isto é, buscar a causa, os nexos e as relações de interdependência pertinentes ao fenômeno observado, objetivando o estabelecimento de leis que explicitam estas relações de forma definitiva, posto que tais relações expressam necessidade, vale dizer, ocorrem necessariamente de uma tal forma. A explicação pressupõe uma total separação entre sujeito e objeto. Trata-se de um processo analítico que busca a captação da essência da realidade que será expressa no conceito.

As ciências culturais, que têm, portanto, como objeto a obra humana, visam a sua compreensão. Esta consiste na captação do sentido da totalidade da coisa, não havendo mais separação entre o sujeito e o objeto. A compreensão não é uma visão das coisas sob a perspectiva de seus nexos causais, mas sim, uma análise do objeto em sua integridade, buscando seu sentido, sua finalidade.<sup>5</sup>

O Direito, enquanto fruto da obra humana, pertence ao mundo da cultura e, assim, é objeto das ciências culturais. Diferentemente das ciências naturais, regidas pelo princípio da causalidade, o fenômeno jurídico não conta com a exatidão decorrente da causalidade e, por isso, exige procedimentos diversos na sua análise.

Kant operou uma cisão na realidade entre o mundo do ser, passível de conhecimento apenas enquanto fenômeno através dos instrumentos dos quais se vale a razão teórica, e o mundo do dever ser, onde a razão prática, autossuficiente, determina o agir humano, isto é, o mundo da liberdade.

Kelsen assume plenamente a cisão entre a esfera do ser e a do dever ser, cisão absolutizada na afirmação de que do ser não pode derivar o dever ser e vice-versa. Ordem jurídica e ordem natural dizem, portanto, respeito a esferas diversas e, conseqüentemente, as leis que delas emanam têm natureza diversa. A prescrição expressa nas normas jurídicas — e não somente uma descrição — evidencia a sua natureza de construção humana, transformadora da realidade natural e formadora do mundo da cultura.

<sup>4</sup> Notas de aula do Curso de Hermenêutica Jurídica oferecido pelo Professor Dr. Joaquim Carlos Salgado no Programa de Pós-Graduação da FDUFG no primeiro semestre de 2002.

<sup>5</sup> REALE, 2002, p. 251.

## 2 Desenvolvimento

O mundo da cultura — e, portanto, do Direito — é um mundo construído gradualmente, marcado pela alteração de valores preponderantes que são objetivados num dado momento histórico. Para Recasens Siches, é mediante a cultura que se dá a efetivação de valores até então tidos como ideais. Estes valores, no entanto, não são constantes. Toda obra cultural tem uma significação circunstancial, isto é, nasce de uma situação histórica para atender às necessidades humanas daquele momento.<sup>6</sup>

Também o Direito adota e realiza valores considerados preponderantes num dado contexto histórico. Não só a assunção de valores caracteriza o objeto cultural. A ordem jurídica é construída gradualmente, e sua evolução depende da comunicação das conquistas de cada geração. Esta transferência é fator típico do mundo da cultura. Há uma intrínseca relação, segundo Bodenheimer, entre a evolução civilizacional e a evolução do Direito. O ponto alto do Direito Romano, por exemplo, corresponde ao ponto alto da cultura romana, a era de Augusto. O Direito é importante instrumento de civilização.<sup>7</sup>

A evolução e a constante absorção de valores ressaltam a historicidade do Direito enquanto fruto da cultura humana. Tal aspecto, entretanto, foi contestado por alguns, como Spengler, que tomou a evolução de cada civilização como um ciclo cerrado. Em que pese a evolução geral da humanidade, cada civilização segue o mesmo trajeto de desenvolvimento. Todas precisam passar pelas mesmas etapas de desenvolvimento, cada uma a seu modo, conforme seu espírito, do nascimento até a sua decadência. *O ato já produzido de um (povo) não pode ser vivificado pelo outro, senão infundindo-lhe este sua existência.*<sup>8</sup> Assim, toda experiência humana se desenvolve como organismos biológicos.

A cultura e também o Direito são essencialmente históricos. Tal característica foi ressaltada pelo historicismo, que, rompendo com a tradição iluminista e abrindo nova perspectiva, surge no contexto do Romantismo europeu. O Romantismo é marcado por uma reação à ilustração, opondo o sentimento à razão, a concepção de Estado como um todo orgânico à de Estado como resultado de um contrato. Assim, o historicismo representa uma reação ao racionalismo, que, ao empregar o método dedutivo, demonstra desprezo pelo material histórico.

Sob quaisquer formas de manifestação, o historicismo — seja político, seja filosófico e, especialmente, na figura da Escola Histórica do Direito — tem papel fundamental na mudança da concepção do Direito, afirmando, de forma irrevogável, a sua historicidade, visto que fruto da cultura.

<sup>6</sup> RECASENS SICHES, 1975, p. 103.

<sup>7</sup> BODENHEIMER, 1940, p. 225.

<sup>8</sup> SPENGLER, 1973, p. 308.

Para Savigny, representante da Escola Histórica do Direito, o Direito nasce do povo, está na consciência popular. O Direito, assim, seria algo extremamente enraizado no passado da nação e tem como fontes verdadeiras o costume, a crença popular e a consciência comum do povo. A função do legislador é dar existência exterior ao Direito. As instituições se baseiam na história e na tradição dos povos. É um equívoco querer mudá-las através de raciocínios abstratos. O Direito, como a linguagem, é produto de um lento desenvolvimento do espírito do povo e não, de uma vontade arbitrária.

O destaque à história já é patente na filosofia de Hegel, que se, por um lado, se aproxima do jusnaturalismo ao conferir um *status* privilegiado à razão, por outro se distancia dele, na medida em que nega a existência de direitos imutáveis deduzidos pela razão.<sup>9</sup> A razão se revela na e através da história.

Lima Vaz explica que há uma característica comum a todo historicismo. Nele, *ethos*, cultura e história são os três conceitos que, articulados, constituem a estrutura do paradigma historicista:

*A história tem na cultura sua face propriamente humana, oposta à contingência e ao aleatório dos fatores naturais, a cultura tem no ethos suas razões normativas e sua teleologia imanente. Pensar a articulação desses três conceitos na forma de uma filosofia da história, tal o desafio que (...) passa a ser o motivo dominante do vasto e complexo movimento de ideias que compreende o Romantismo (...)*<sup>10</sup>

Salgado observa, contudo, que a filosofia de Hegel não se concilia com o historicismo jurídico. Este toma a irracionalidade como fonte do Direito traduzida nas ideias de costume e espírito do povo que nada mais são que um sentimento. Este espírito não se assemelha ao conceito hegeliano. Para Hegel, o espírito é a razão na história.<sup>11</sup>

A racionalidade está no próprio movimento da história, não se separando da realidade. A razão não é algo externo que estabelece como deve ser o Direito, como acreditou o jusnaturalismo, mas é elemento do próprio ser do Direito que se revela através da cultura. Assim, em Hegel, o Direito é produto da sociedade cuja história tem a razão como algo imanente. O Direito é eminentemente histórico e, portanto, cultural.

Recasens Siches esclarece que, em Hegel, o espírito objetivo, isto é, a cultura, desenvolve-se dialeticamente. O autor ressalva, no entanto, que a cultura é o espírito objetivado. Se se concebe a cultura como obra ou expressão de um espírito objetivo, ou uma alma coletiva, o

<sup>9</sup> BODENHEIMER, 1940, p. 219.

<sup>10</sup> LIMA VAZ, 1999, p. 365.

<sup>11</sup> Notas de aula do Seminário Hegeliano Superior, oferecido pelo Professor Dr. Joaquim Carlos Salgado no Programa de Pós-Graduação da FDUFG no primeiro semestre de 2006.

sujeito individual fica relegado ao segundo plano, como um meio a seu serviço. A cultura é obra humana, não vive por si e não se transforma por si mesma. *La caracterización de los productos humanos como vida objetivada es una caracterización ontológica es decir, es un intenso de definir el modo de ser de la cultura.*<sup>12</sup>

A ideia de evolução trabalhada por Hegel constitui o núcleo da doutrina de Sumner Maine. Também Spencer procurou descrever a evolução do Direito e da civilização no decorrer histórico. O que há em comum entre Hegel, Spencer e Maine é a ideia de que o avanço civilizacional se dá com o crescimento da liberdade. Para estes autores o Direito é produzido por uma evolução cultural que leva à maior efetivação da liberdade.

A concepção histórica do Direito possibilitou a afirmação peremptória do mesmo como produto humano, fruto da cultura e, simultaneamente, a conciliação definitiva entre Direito e razão, visto que, quanto mais racional, mais apto a realizar a liberdade, a justiça. A evolução do Direito implica, portanto, num crescente processo de racionalização.

O movimento do constitucionalismo é símbolo desta evolução. Ferreira Filho ressalta a importância do Iluminismo neste processo ao demonstrar que, antes dele, *ninguém ousou afirmar que o homem pudesse modelar essa organização (Estado) segundo um ideal racionalmente estabelecido. Até então se considerava que essa organização era necessariamente fruto da história.*<sup>13</sup> A ligação entre Direito e razão, contudo, não se dá de forma imediata, como quiseram os jusnaturalistas, mas pressupõe a mediação da história. O Direito é essencialmente histórico, e a história, processo de revelação da razão.

O constitucionalismo, segundo o Professor José Luiz Borges Horta, é um fenômeno típico do Estado de Direito, pois se traduz num esforço para racionalizar juridicamente o exercício do poder político.<sup>14</sup> A história do constitucionalismo é uma constante busca pelas limitações do poder absoluto. O constitucionalismo inaugura uma nova concepção de estruturação e função do Direito e uma nova fase na história do Estado. Através da ruptura com o Estado absolutista pela submissão do poder político ao Direito, nasce o Estado de Direito.

A história do Estado de Direito, entretanto, tem início antes mesmo do seu surgimento histórico. Assim, a sua compreensão pressupõe uma análise que remonta à gênese histórica do próprio Estado.

Para Salgado, a histórica da cultura ocidental, simbolizada pela complexa relação entre poder e liberdade, pode ser dividida em três momentos fundamentais: o período clássico ou Estado

<sup>12</sup> RECASENS SICHES, 1975, p. 106.

<sup>13</sup> FERREIRA FILHO, 1999, p. 23.

<sup>14</sup> HORTA, 2002 (Tese).

ético imediato, onde o poder se justifica em função do fim do Estado – a perfeição ou bem do indivíduo no Estado Grego, a garantia do direito de cada um, o justo, no Estado romano; o período moderno ou Estado técnico, no qual o poder é considerado em si mesmo, havendo apenas justificações técnicas para se alcançar e conservar o poder (Maquiavel); e o período contemporâneo ou Estado ético mediato ou, ainda, Estado de Direito, onde o Estado se justifica pela sua origem (consentimento), sua técnica (procedimentos pré-estabelecidos) e sua finalidade, essencialmente ética (declaração e realização de direitos fundamentais). Assim, a justificativa do Estado de Direito se dá em três momentos, na legitimidade do poder que se refere à origem, ao exercício e à finalidade, na legalidade e na justiça, através de sua relação com o indivíduo com vista à realização da liberdade na esfera pública e privada.<sup>15</sup>

É preciso destacar, contudo, que a história do Estado de Direito não se finda com a simples superação do Estado técnico, mas sim, se inicia, em que pese suas raízes que remontam à Antiguidade.

Desde a formação do Estado moderno, o Direito passa a ter como fonte primordial a vontade soberana. Tal fato leva a uma necessidade absoluta de justificação desse poder. Assim, surgiram as teorias contratualistas, que procuraram fundamentar o poder soberano na autonomia da vontade decorrente do contrato:

*Na sua forma abstrata de criação do Direito não é suficiente, pois fundado por um conceito abstrato de liberdade como autonomia no momento de constituição formal ou meramente lógico-formal do pacto. Para que possa gerar um direito válido não basta essa origem formal, mas se exige a reflexão racional do conteúdo desse direito; isso significa o encontro dos valores a serem como tais declarados e sua atribuição como bens jurídicos às pessoas.<sup>16</sup>*

O Estado de Direito, como se vê, não se limita à justificativa formal do poder soberano de onde provém o Direito. Mais que um fundamento na autonomia da vontade – que serve tanto ao Estado de Direito quanto ao Estado despótico – busca-se a realização concreta do valor absoluto que o homem expressa, a sua dignidade.

O Estado Liberal apresenta uma nova estruturação de Estado, em oposição à estrutura absolutista, visto que tem seu poder limitado, vale dizer, tem o poder político submetido ao Direito. O século XVIII, com suas revoluções e a conseqüente promulgação de constituições, dá início a uma nova fase na história do Estado que terá como características primordiais a limitação do

<sup>15</sup> SALGADO, 1998, p. 47.

<sup>16</sup> SALGADO, 2004, p. 49.

poder através do Direito, bem como o gradual reconhecimento de direitos fundamentais.<sup>17</sup>

O Estado Liberal, no dizer do Professor José Luiz Horta, revelou-se uma grande conquista, na medida em que a vontade humana diretora do poder foi substituída e submetida à vontade impessoal das normas.<sup>18</sup> O Estado Liberal se mostrou como modelo histórico que se aproximava da ideia de democracia. No entanto, as novas exigências desencadeariam a longa passagem da democracia governada — na qual há primazia da liberdade individual, da autonomia — até a democracia governante, ponto de chegada do processo histórico do Estado de Direito, onde a liberdade de participação tem prevalência.<sup>19</sup> Esta passagem, contudo, não se dá sem intermédio do Estado Social.

O Estado Liberal havia sido fruto das revoluções burguesas e, portanto, assumia seus ideais e valores, os quais, com o tempo, se revelaram insuficientes para a maioria da população.<sup>20</sup> Ademais, o próprio desenvolvimento econômico e seus reflexos sociais evidenciaram a necessidade de transformação do Estado, que, em função dos novos valores reivindicados, adotaria uma postura intervencionista. Os direitos fundamentais agora reconhecidos pelo Estado exigem uma atuação efetiva do Estado para sua concretização, diferentemente do que acontece com os direitos individuais, direitos que pressupõem, via de regra, a omissão do Estado para se efetivarem.

Não se pode ignorar, entretanto, que o Estado social foi sucedido, em muitos casos, por Estados totalitários que exacerbaram o caráter intervencionista, desconstruindo a estrutura jurídico-política vigente. A expansão do Poder Executivo exigida para que o Estado atenda a sua nova função, por si só, já põe em risco a estrutura do Estado de Direito. Fato é que o Estado Social oferece solução à insuficiência do Estado Liberal, resolve os conflitos sociais através da satisfação das necessidades, mas não é capaz de evitar o totalitarismo, uma vez que seus ideais são compatíveis com a centralização de poder.<sup>21</sup> Vale lembrar, ainda, que muitas denominações, como Estado Social e Estado de Justiça Social, por exemplo, foram utilizadas por Estados cuja estruturação não tinha nenhuma correspondência com o Estado de Direito.

O Estado de Direito, por sua própria natureza, é incompatível com a ditadura, não só em virtude da sua processualidade, que submete a atuação estatal ao Direito, mas também em virtude dos próprios valores que acolhe.

<sup>17</sup> Também o reconhecimento dos direitos fundamentais pode ser considerado uma limitação ao poder político, uma vez que vincula o poder a uma finalidade pré-estabelecida, cuja realização exige uma ação ou uma omissão do Estado. Assim, o Estado já nasce com um objetivo a ser atendido, como preconizara Locke, para o qual não cabe discussão ou descumprimento.

<sup>18</sup> HORTA, 2002 (Tese).

<sup>19</sup> LIMA VAZ, 2002, p. 359.

<sup>20</sup> Isso não significa, entretanto, que a burguesia tenha sido a única beneficiada com as conquistas do Estado Liberal. Estas foram conquistas universais, o que significa dizer que toda a sociedade, e não uma classe apenas, se beneficiou.

<sup>21</sup> LIMA VAZ, 2002, p. 359.

O Estado Democrático de Direito dá origem a uma nova era. Ele proporciona à democracia um caráter universalizante, visto que se funda na efetiva partilha de poder entre os cidadãos.

*O Estado Democrático de Direito realiza a unidade da processualidade formal da convergência de vontades sem conteúdo (...) e da processualidade do conteúdo ou do real, segundo um princípio de racionalidade imanente à cultura, expressa e materializada essa processualidade ideal (racional) nos valores fundamentais postos como direitos.*<sup>22</sup>

Assim, o Estado democrático se revela como mais eficaz na garantia dos direitos humanos, não só porque transcende a mera participação formal dos indivíduos, típica do Estado Liberal, através da efetiva partilha do poder entre os cidadãos, mas também porque reconhece de forma universal, e não apenas no âmbito intraestatal, os direitos fundamentais.

Lima Vaz explica que a democracia é expressão da mais alta forma de organização política da sociedade e, portanto, se desdobra em ideal e necessidade histórica. A superioridade do Estado democrático frente ao despótico se mede não pela utilidade ou eficiência, mas pelo bem maior, mais perfeito. Tal superioridade pressupõe a consideração de uma essência ética no político, isto é, uma íntima ligação entre dois elementos que, contrariando a articulação já feita por Aristóteles entre ética e política como ciências da práxis, são tomados frequentemente como antagônicos, incompatíveis: *Ao contrário do que pretendem os esquemas mecanicistas da moderna filosofia política, o espaço político não se estrutura fundamentalmente como jogo de forças, mas como hierarquia de fins.*<sup>23</sup>

O Estado democrático se revela historicamente como síntese dos dois momentos anteriores. Não se trata de uma mera junção das características liberais e sociais puramente. A síntese pressupõe a superação dos Estados que o antecederam, embora fiquem resguardados alguns de seus traços. O Estado democrático não só assume direitos individuais e sociais conquistados anteriormente, como também declara outros direitos fundamentais, além de buscar sua efetivação universal.

A história do Estado de Direito cujo ponto de chegada é o Estado democrático é, portanto, uma trajetória onde as conquistas de cada momento são agregadas ao momento posterior, sem que haja necessidade de renúncia a um valor para atendimento de outro. Isso explica porque o Estado Social, por exemplo, continua a conservar o valor da liberdade revelado no Estado Liberal a despeito da sua conformação e do seu perfil interventor. Neste sentido, explica Nelson Saldanha que

*Não se trata, convém salientar de imediato, de uma permanência do liberalismo enquanto “ismo”, ou seja, regime, ou mesmo doutrina, tal como nos*

<sup>22</sup> SALGADO, 2004, p. 50.

<sup>23</sup> LIMA VAZ, 2002, p. 344.

*séculos XVIII e XIX. Trata-se da persistência de valores: do valor da liberdade, do valor controle-dos-atos-estatais, do valor garantia-de-direitos, do valor “certeza jurídica”.*<sup>24</sup>

A estrutura do Estado democrático garante-lhe uma legitimidade maior que aquela encontrada nos Estados Liberal e Social. A universalização da participação no poder permite um reconhecimento da validade deste poder mais ampla, atingindo não só a sua criação, mas também o seu exercício. O contratualismo do período moderno, através da ideia de autonomia, estabelecia uma legitimidade apenas no que se referia à criação do Estado. A participação efetiva no poder garante a substituição da legitimidade meramente formal pela legitimidade efetiva.

Essa mudança, entretanto, não significa abandono da ideia de autonomia, pressuposto inexorável para a legitimação de um dado Estado e do poder político que nele se estrutura. Fato é que a autonomia da vontade no contratualismo é vazia de conteúdo, em que pese a sua evocação na esfera política para a justificação da existência do Estado. Autonomia é capacidade de autodeterminação, isto é, capacidade de legislar para si mesmo. Nesse momento, entretanto, ela se traduz e se limita à aquiescência da vontade individual no que diz respeito à constituição do Estado. A autonomia aqui é puramente formal, visto que se extingue, enquanto autonomia no seu exercício público, no momento subsequente ao contrato e, com isso, dá origem a uma legitimidade formal apenas. Isso explica como um Estado que tem origem na vontade livre de seus cidadãos pode assumir a forma absolutista.

O Estado democrático conserva tal pressuposto, vale dizer, ainda assume a ideia de que a constituição do Estado se dá nos moldes da vontade de seus cidadãos. Não se contenta, entretanto, com essa legitimidade formal, insuficiente e busca uma autonomia da vontade plena de sentido e de efetividade. Desta feita, a autonomia da vontade se estende também ao momento posterior à criação do Estado através da participação dos cidadãos no governo do Estado. No dizer de Höffe, a democracia é um dos princípios fundamentais da justiça e se traduz no imperativo de instituição de um governo do povo e para o povo.<sup>25</sup>

É em função desta estruturação e da conseqüente legitimidade que o Estado democrático se mostra mais próximo da ideia de Estado de Direito que as formas de Estado anteriores. A vontade impessoal da lei que governa o Estado desde o início da história do Estado de Direito encontra seu ápice neste momento, em que se torna correspondente à vontade de seus cidadãos.

Na democracia, o poder se mostra quase palpável, extremamente visível, exposto, fato que poderia até gerar certa estranheza, já que a ideia de visibilidade, concretude do poder sempre

<sup>24</sup> SALDANHA, 1986, p. 76.

<sup>25</sup> HÖFFE, 2005, p. 122.

esteve mais ligada a Estados totalitários. Como explica Bobbio, *o poder autocrático não apenas esconde para não fazer saber quem é e onde está, mas tende também a esconder suas reais intenções no momento em que suas decisões devem tornar-se públicas*.<sup>26</sup> O poder democrático, enquanto expressão da vontade de seus cidadãos, pressupõe publicidade como forma de controle da correspondência entre a condução do Estado e a vontade dos indivíduos a ele submetidos.

### 3 Considerações finais

A compreensão da evolução do Direito pressupõe dois elementos fundamentais: a admissão do Direito como obra humana, histórico, portanto, e a afirmação da história como lugar onde a razão se manifesta. Não se trata de um processo linear onde apenas se acumulam progressos, mas sim de um movimento que, a despeito dos avanços e retrocessos, aponta sempre para o melhor, para a maior concretização da liberdade. A história da humanidade só é possível pela reconciliação da necessidade com a liberdade. Para Kant, a liberdade era o fio condutor da história. Também Schelling buscou tal conciliação:

*Essa identidade do livre arbítrio e da necessidade é o que permite (...) re-encontrar seu absoluto na história e ver, nela, não somente uma obra dos homens sem eficácia permanente, mas uma manifestação ou revelação do próprio absoluto.*<sup>27</sup>

Hegel faz, definitivamente, a síntese de razão e história, entendida esta como processo de revelação do espírito. Isso implica na consideração da história não como uma sucessão de fatos aleatória, mas interligados pela inteligibilidade de seu dever-ser.<sup>28</sup>

A revelação da razão na história, identificada pelo gradual reconhecimento e efetivação da liberdade, fica clara na análise do Direito e do Estado. Assim, surgirá a ideia de constituição como instrumento de racionalização do Direito e do poder através do qual, os direitos até então tomados como puramente naturais (concepção jusnaturalista) ganham reconhecimento e efetivação pelo Estado. A constante ampliação destes direitos corresponde às etapas que o Estado de Direito, na sua constante conciliação com a ética, atravessa ao longo de sua história. Assim, à luz da declaração de novos direitos, assume perfis diversos, a exemplo do que ocorre no Estado Liberal e Social.

O Estado democrático promove a consagração dos direitos fundamentais através de um reconhecimento universal. Ele constitui a mais alta expressão de racionalidade na história do Estado de Direito, pois através da declaração e da efetivação desses direitos, busca a

<sup>26</sup> BOBBIO, 2000, p. 110.

<sup>27</sup> HYPPOLITE, 1999, p. 44.

<sup>28</sup> LIMA VAZ, 1999, p. 379.

realização do valor absoluto que só o ser humano — racional e, portanto, livre — é capaz de expressar: a dignidade humana.

Se a cultura é o meio pelo qual se dá a objetivação dos valores assumidos pelo homem, o Estado democrático e toda a história que o antecede e o oferece como resultado à humanidade apenas reafirmam o caráter de obra humana e, portanto histórico, do Estado e do Direito e evidenciam a inexorável relação entre história e razão, explicitada no avanço de ambos através da gradual conquista da liberdade.

## Referências

- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BODENHEIMER, *Jurisprudence*. New York: McGraw-Hill, 1940.
- CROCE, Benedetto. *História como história da liberdade*. Trad. Julio Castañon Guimarães. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.
- COMPARATO. Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- HYPPOLITE, Jean. *Gênese e estrutura na fenomenologia do espírito de Hegel*. Trad. Sílvio Rosa Filho et. al. 2. ed. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Trad. Tito Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- HORTA, José Luiz Borges. *Horizontes jusfilosóficos do Estado de Direito*. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade Federal de Minas Gerais, BH, 2002. Tese.
- ISHAY, Micheline R. *The history of human rights*. Berkeley: University of California Press, 2004.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos de filosofia III — filosofia e cultura*. São Paulo: Loyola, 1997.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Escritos de filosofia IV — introdução à ética filosófica 1*. São Paulo: Loyola, 1999.
- LIMA VAZ, Henrique Cláudio. *Ética e Direito*. São Paulo: Loyola, 2002.
- NAVARRO, Francisco Gonzalez. *El Estado Social y Democrático de Derecho*. Pamplona: EUNSA, 1992.
- MORENO, Fernando Díez. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- NOTAS de aula do Curso de Hermenêutica Jurídica oferecido pelo Professor Dr. Joaquim Carlos Salgado no Programa de Pós-Graduação da FDUFG no primeiro semestre de 2002.
- NOTAS de aula do Seminário Hegeliano Superior, oferecido pelo Professor Dr. Joaquim Carlos Salgado no Programa de Pós-Graduação da FDUFG no primeiro semestre de 2006.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RECASENS SICHES, Luis. *Tratado general de Filosofía del Derecho*. 5. ed. México: Porrúa, 1975.

SALDANHA, Nelson. O chamado “Estado Social”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 72, jan. 1986.

SALGADO, Joaquim Carlos. Estado ético e Estado poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

SALGADO, Joaquim Carlos. Globalização e justiça universal concreta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. n. 89, jan./jun. 2004.

SPENGLER, Oswald. *A decadência do Ocidente*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A questão da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista Brasileira de Estudos políticos*. n. 71, p. 7-55, jul. 1990.

TRUYOL SERRA, Antonio. *Historia da Filosofia do Direito e do Estado*. Madrid: Alianza Territorial, 1982.

# Direito da função pública: fundamentos e evolução

**Daniela Mello Coelho**

Doutora e mestra em Direito Administrativo pela UFMG. Professora de Direito Administrativo em cursos de pós-graduação e preparatórios para concursos públicos. Servidora efetiva do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

## 1 Considerações iniciais

O objeto de estudo do presente artigo refere-se à análise dos fundamentos do instituto da função pública, mediante a abordagem de suas justificativas históricas, da natureza do vínculo celebrado entre os agentes administrativos e os entes públicos, bem como do tratamento atualmente conferido às relações laborais no ambiente da administração pública, o qual propugna pela consolidação da profissionalização da função pública.

Nesse cenário, ganham destaque os embasamentos doutrinários firmados ao longo dos anos nos diversos ordenamentos jurídicos, com vistas a propiciar uma reflexão crítica a respeito do tema, sem prejuízo da verificação dos apontamentos que podem contribuir para a boa gestão das políticas de recursos humanos estabelecidas no interior das entidades administrativas.

Assim, almeja-se identificar os elementos caracterizadores da função pública e traçar as diretrizes que contribuem para a consolidação da profissionalização das relações laborais firmadas com o Estado.

## 2 Natureza do regime da função pública

A acepção orgânica ou formal da administração pública permite perquirir o seu aspecto subjetivo, que, centrado no contexto da função pública, designa o conjunto de pessoas físicas vincula-

das à entidade administrativa em decorrência da formalização de relação jurídica profissional, de duração indeterminada ou temporária, regulada por normas do Direito Administrativo ou do Direito do Trabalho.

Ao apreciar a natureza da relação do emprego público, expressão ora utilizada para indicar a locução **função pública**, Agustín Gordillo<sup>1</sup> expõe as quatro correntes que fundamentam o tema, com menção a seus expositores, de acordo com a sequência, em síntese, descrita:

a) a primeira corrente considera a relação do emprego público como figura contratual regida pelo Direito Privado (Mário L. Deveali, Horacio De La Fuente e Alejandra Petrella);

b) a segunda, confere-lhe a natureza de contrato administrativo (Bielsa, Miguel Angel Breçaitz, Marienhoff e Dromi);

c) para a terceira corrente, a relação de emprego público é tida como exemplo de ato administrativo unilateral (Gastón Jèze, Armando Emílio Grau e Ernest Forsthoff);

d) por fim, para a quarta corrente, a relação funcional é considerada como ato bilateral, porém não contratual (Villegas Basavilbaso e Celso Antônio Bandeira de Mello).

Antonio Martinez Marín<sup>2</sup> informa que a escolha da natureza do regime jurídico da função pública se fundamenta na existência de certos fatores que podem ser resumidos em três pontos:

a) o primeiro é a própria concepção do Estado concernente a cada população, pois, havendo predomínio da idéia estatadista — fazendo recair sobre o ente político a representação instrumental, por excelência, capaz de impulsionar a sociedade na luta pela igualdade e pelo desenvolvimento econômico e social, com a formação de uma administração unitária —, servirá de base, no regramento da função pública, a noção de direito administrativo. Todavia, se a concepção predominante é inversa, ou seja, centrada na redução da atuação estatal, bem como na sua organização administrativa, a tendência é a utilização do regime contratual aplicável aos demais trabalhadores;

b) o segundo fator, de origem histórica, repousa sobre a maneira como as nações européias constitucionalizaram o Estado de Direito sob o império de uma tradição estatal absolutista pluri-secular e consolidada na burocracia real, o que acabou imprimindo a criação de um regime de função pública apartado do Direito comum e estruturado com base no Direito Público. Em contraposição, os países que não guardam essa vertente histórica, em grande parte, não adotaram

<sup>1</sup> GORDILLO, 2003, XIII-19.

<sup>2</sup> MARÍN, 2001, p. 14-15.

de forma absoluta a concepção de um regime diferenciado no campo das relações laborais;

c) por fim, a terceira causa determinante da adoção de um regime diferenciado de função pública vincula-se à institucionalização do Estado de Bem-Estar Social, que provocou a desmensurada diversificação e especialização de tarefas a cargo da entidade estatal, com o incremento do quantitativo de pessoal, alçando o Estado a grande empregador nos variados setores da economia.

### **3 Modelos históricos de emprego e de carreira**

No âmbito dos ordenamentos ocidentais, os sistemas de função pública estruturam-se, basicamente, em dois modelos, denominados modelo aberto ou de emprego e modelo fechado ou de carreira. O primeiro, concebido em variados setores do sistema norte-americano, assenta-se na idéia de que a presença dos agentes está voltada para a cobertura dos postos de trabalho existentes no setor público, atuando a Administração como simples empregador que não tem por escopo a preocupação com a formação de um corpo técnico permanente e atuante exclusivamente no trato da coisa pública, prevalecendo vínculos de contrato de trabalho sem o oferecimento de um estatuto funcional submetido a regime jurídico especial e diferenciado daquele comumente utilizado nas relações privadas.

Em oposição, no chamado sistema fechado ou de carreira, tem-se a criação de um regime diferenciado no campo da função pública, sedimentado nas arestas da noção de carreira, que enfatiza a instituição de modelo de progressão funcional, estimulando o aperfeiçoamento e a experiência do corpo profissional do Estado, sob um regime de regras gerais, impessoais e igualitárias. Neste sistema, adota-se o regime jurídico do Direito Administrativo, em que o vínculo firmado entre a pessoa física e o Estado é basicamente de natureza regulamentar ou estatutária.

### **4 Relações funcionais de natureza estatutária e contratual**

O regime jurídico estatutário, incidente no campo das relações laborais entre o agente e o Estado, fundamenta-se na teoria publicista, cuja principal evidência está em determinar que a vontade unilateral do ente estatal é suficiente para legitimar as regras aplicáveis à relação jurídica da função pública. Porém, as teorias formuladas para explicar a relação entre o servidor e o Estado divergem quanto à natureza do regime legal do vínculo.

Para a teoria do vínculo real, representada por Hauriou, o servidor exerce, por meio de concessão legal, um direito real de propriedade — temporário e excluído do comércio sobre o ofício público — encarado não como coisa patrimonial, mas como parte do domínio público. A teoria é contraposta pela do vínculo de direito pessoal, que preceitua a impossibilidade de se constituírem direitos

sobre a função pública, mas apenas em relação a ela.

Duas são as vertentes que fundamentam a teoria do vínculo pessoal: a coação legal e a situação legal ou estatutária. A primeira baseia-se na idéia do contrato social, preconizando que é dever dos membros da nação atuar visando à satisfação dos interesses coletivos, de acordo com as necessidades sociais. Em contrapartida, a eles é garantido o ressarcimento pelos serviços prestados, sem que lhes assista a possibilidade de extinção unilateral do vínculo, pois cumprem obrigação legal. Essa teoria foi perdendo espaço dada a nova concepção introduzida pelo ideário liberal, que ressaltava a prevalência da posição individual dos homens na sociedade em detrimento do acentuado papel social.

A segunda vertente da teoria do vínculo pessoal entre o servidor e o Estado fundamenta-se na situação legal ou estatutária. De acordo com essa corrente, o ingresso no serviço público se faz por livre aceitação do indivíduo que passa a submeter-se às regras legais previstas no estatuto, sem que se estabeleça uma relação contratual entre as partes.<sup>3</sup>

As justificativas que propiciaram a criação do regime estatutário, compatíveis com a atuação impressa pelo Estado moderno, advêm do fortalecimento da autoridade do príncipe sobre os senhores feudais, tornando necessária a criação de um corpo de funcionários, distinto dos serviços domésticos da corte, para dar cumprimento às tarefas inerentes ao novo sistema de poder estatal, impulsionando os setores da diplomacia, da justiça, do fisco e do exército.

Com o desenvolvimento dos ideais liberais, instaura-se, paulatinamente, a crença de que a formação de um modelo de função pública poderia criar uma cultura mais favorável ao próprio Estado, tornando o servidor mais devoto e com maiores obrigações e motivação, em oposição à simples contratação temporária sujeita às leis de mercado. O coroamento desse modelo, que sustenta o regime de funcionários permanentes e profissionalizados — exigência funcional do Estado moderno —, revelou-se um instrumento imprescindível ao atendimento do funcionamento regular dos serviços públicos, elemento fortemente difundido pelo ordenamento francês no período chamado napoleônico.

Sob a vigência da nova ordem, fez-se necessária a elaboração de um regime laboral no campo da função pública atrelado ao comportamento unilateral do poder estatal, com a concentração da tomada de decisões na esfera da autoridade, o que revelou a impermeabilidade do Estado mediante a implantação de procedimentos não consensuais. Nesse sentido, merece registro a passagem desenvolvida por Luísa Cristina Pinto e Netto:

<sup>3</sup> ARAÚJO, 1998, p. 76-80.

*A teoria estatutária pode ser tida como evolução da concepção que colocava o agente público como parte de uma relação especial de sujeição. Evolui-se desta idéia de especial sujeição, talvez por influência da legalidade, passando-se a entender o agente como submetido a um regramento legal, no qual, entretanto, foram mantidas certas peculiaridades que assemelham o regime estatutário à relação especial de sujeição. É possível estabelecer uma ligação de fundamento entre a relação de especial sujeição e a idéia de impermeabilidade da pessoa estatal e entre a relação estatutária e a teoria orgânica do Estado. Na verdade, pode-se compreender o modelo estatutário com base nas principais concepções engendradas no ideário trazido pela Revolução Francesa.<sup>4</sup>*

A mutação da gênese de que o servidor não é empregado da coroa, mas do Estado abriu caminho para o desenvolvimento e a consolidação da burocracia profissional, o que acarretou a instituição de um regime laboral edificado sob arestas objetivas, fenômeno vivenciado no decorrer do século XIX. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, as tarefas suportadas pelo aparato administrativo elastecem, indo além da simples intervenção nos setores tradicionais da regulação e da polícia para o alcance da prestação de múltiplos serviços, bem como da produção de bens, antes afetos ao setor privado.

Pela teoria do estatuto, a manifestação de vontade do servidor consiste, tão-somente, no ato de aceitação das normas impostas pelo Poder Público, sendo que, pela sua posse, o nomeado declara sua intenção em formalizar o vínculo, submetendo-se a um regime jurídico prefixado. Registra-se, por oportuno, que entre os adeptos da doutrina unilateral não há uniformidade quanto à natureza do ato administrativo de nomeação, coexistindo três correntes: aquela que o qualifica como ato de submissão; a segunda, que lhe confere a natureza de ato união ou de adesão; e a terceira, que o elege como fato condição.<sup>5</sup>

Em relação à presença do vínculo contratual na regência da relação jurídica da função pública, verifica-se sua inserção no âmbito da teoria publicista, que, além de lançar os fundamentos da corrente unilateralista, admite, também, a adoção da concepção contratualista, que preserva a figura do contrato como gênero, mas não afasta as disposições necessárias à preservação do interesse público.

As teorias contratualistas consideram que a relação funcional servidor-Estado apresenta os elementos típicos de um acordo bilateral, pois têm-se a presença do consentimento e a estipulação dos direitos e deveres de ambas as partes. Duas correntes afirmam a viabilidade da relação contratual: a primeira considera que o arrendamento dos serviços configura o próprio contrato; a segunda fundamenta suas idéias na noção de mandato, em que o emprego público

<sup>4</sup> NETTO, 2005, p. 98-99.

<sup>5</sup> FERNANDES, 1995, p. 77.

é um encargo que o Estado transfere para que alguém o realize em seu nome.

As teses contrárias combatem essas teorias com os seguintes argumentos: em relação à primeira, o arrendamento de serviços se refere a prestações materiais e de duração determinada, ao passo que a relação funcional não recai sobre prestações materiais, e sua duração pode ser indefinida ou transitória. No tocante à teoria do mandato, as críticas destacam que este é genericamente gratuito e realiza-se sobre prestações determinadas — características estranhas à função pública.<sup>6</sup>

Para Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena<sup>7</sup>, não existe inconciliabilidade na organização unitária das relações de trabalho para o Estado ou na absorção do regime trabalhista pelos servidores públicos, uma vez que os princípios que orientam a estrutura estatal — de bem-estar social, segurança social, ordem, progresso, justiça nas relações de distribuição de bens e garantias sociais — são princípios presentes, também, nas bases da legislação trabalhista como um dos fins perseguidos pelo Estado moderno.

Assinala, outrossim, que a autonomia de vontade do empregado na formação da relação jurídica de trabalho subordinado só tem sentido se compreendido o termo **vontade** em seu sentido jurídico, pois somente haveria autonomia de vontade compreendida como liberdade, caso o empregado pudesse trabalhar por conta alheia, ainda subordinativamente, sem que, em consequência disso, se visse apanhado em uma rede jurídica impositiva. Todavia, o que se constata é que a livre disposição dos atos individuais por parte do empregado não se mostra presente nas relações jurídicas de trabalho.<sup>8</sup>

Para Gordillo, aqueles que negam a natureza contratual da função pública partem da visão equivocada de noção de contrato administrativo, pois, ao considerarem que em todo contrato as partes são juridicamente iguais, afastam a inserção da relação funcional no objeto de matéria contratual, em face da subordinação do servidor perante a administração. Entrementes, se se admite a presença de certa subordinação no ajuste, deixa de vigorar a justificativa empregada para negar a qualificação da relação funcional como uma espécie de contrato administrativo.

Enfatiza, outrossim, que é típica do contrato administrativo sua natureza consensual, pois é aperfeiçoado por acordo de vontades das partes, sem necessidade de qualquer ato formal posterior, salvo disposição legal em contrário. E assevera:

*En cualquier contrato administrativo hallamos así: a) una propuesta u oferta de los interesados en celebrar el contrato con la administración; b) la adju-*

<sup>6</sup> MARÍN, 2001, p. 69.

<sup>7</sup> VILHENA, 1975, p. 114.

<sup>8</sup> VILHENA, 1975, p. 60.

*dicación administrativa, que es la aceptación de aquella propuesta y; c) la notificación de dicha adjudicación: esta última perfecciona el contrato. En la relación de empleo público la situación es idéntica: a) hay un concurso, en el cual se presentan las personas interesadas en ingresar a la administración; b) un acto de nombriamiento, aceptando la solicitud efectuada y; c) la notificación de dicha designación, lo que el igual modo perfecciona el vínculo. Como se advierte de esto, el observar que ya con la designación queda perfeccionado el vínculo no significa en modo alguno que no estamos ante un contrato administrativo.<sup>9</sup>*

Conclui, em seguida, que reforça a concepção contratual da função pública o fato de duas ou mais pessoas manifestarem declaração de vontade comum destinada a regular seus direitos, o que se vê, claramente, no acordo de vontades entre a administração e seu agente, no tocante à regulação dos direitos e deveres recíprocos.

Contudo, não se trata da clássica figura contratual, oriunda de direito privado, porém, de um contrato submetido às normas do Direito Administrativo, no qual são assentados aspectos peculiares, tais como: a) a mutabilidade, uma vez que é conferida à administração a atribuição de alterar, respeitados certos limites, a forma das prestações ou o regime da função; e b) a natureza de contrato de adesão, tendo em vista que o particular não pode discutir as cláusulas do regime contratual, sendo-lhe facultado aceitá-lo ou relegá-lo, característica que também se apresenta em determinados contratos de direito privado, a exemplo do contrato de seguro.

Registra-se, por oportuno, que, no cenário atual, a opção isolada das espécies de regulação da função pública, seja sob o regime estatutário, seja sob o contratual, tem sofrido atenuações, em vários ordenamentos normativos, como um fenômeno decorrente dos preceitos que fundamentam o Estado Social Democrático, por meio do intercâmbio de caracteres entre as relações.

Para Miguel Sánchez Morón<sup>10</sup>, se o século XIX contribuiu para o aparecimento e a consolidação de distintos modelos de função pública, observadas as circunstâncias, tradições e acervo cultural de cada país, o século XX, sobretudo a partir da segunda metade, proporcionou a evolução dos regimes pelo aprimoramento das relações e, em determinados aspectos, pela aproximação de institutos.

*A consecuencia de esta evolución, no sólo el contenido, sino incluso la naturaleza de la relación estatutaria se ha modificado profundamente en muchos de los países y ámbitos en los que subsiste (no así en otros, en los que conserva mayor vigor). También por la misma razón, la teoría de las relaciones especiales de sujeción ha perdido la fuerza cohesiva del régimen funcional que un día pareció indiscutible, de manera que las excepciones y peculiaridades del*

<sup>9</sup> GORDILLO, 2003. Tomo 1, XIII-20.

<sup>10</sup> MORÓN, 2004, p. 33.

*ejercicio de derechos ciudadanos que impone el ordenamiento jurídico (empezando por la Constitución) tienden a explicarse hoy en día de manera singularizada y restrictiva.*<sup>11</sup>

Inserido nesse novo cenário, visualizam-se, no âmbito da função pública, a diversificação de regimes aplicáveis aos servidores públicos e a inserção, no regime estatutário, de instrumentos do Direito do Trabalho, em especial a sindicalização, a negociação coletiva e a greve, com vistas a ampliar a esfera da liberdade pública dos funcionários.

Por fim, vale destacar que, em relação aos critérios de acesso à função pública, independentemente da adoção do regime estatutário ou contratual, os modelos implantados pelos ordenamentos jurídicos resumem-se, precipuamente, no *spoil system* e no *merits system*.

A primeira concepção, desenvolvida no ambiente do procedimento norte-americano, determina que a escolha daqueles que são nomeados para o desempenho de uma função pública está pautada em critérios partidários, com a renovação do corpo funcional a cada governo, recaindo na decisão dos governantes a indicação dos agentes, sob o argumento de que a rotatividade do aparelhamento humano favorece a democracia e repele a institucionalização do poder burocrático. Dessa forma, os assuntos administrativos seriam amplamente divulgados e conhecidos de todos, evitando que apenas um grupo determinado tenha o aprendizado do exercício da função pública mediante a formação de um conjunto especial de funcionários distantes da população.

Todavia, a experiência tem revelado que esse modelo mostra-se instrumento político de interesses partidários, enfraquecendo os trabalhos internos que exigem, cada vez mais, a presença constante de seu corpo funcional, com a exigência de especialização na função pública. O modelo tem sido debatido e já foi substituído em vários setores administrativos do ordenamento norte-americano, em especial, a partir de 1978, com a promulgação da *Civil Reform Act*, em que pese a permanência dessa modelagem na organização de governos estaduais e locais.

Em relação ao *merits system*, adota-se a estruturação de um procedimento voltado para o recrutamento dos agentes administrativos com fulcro no critério do mérito, mediante disputa objetiva e igualitária, visando à avaliação da capacidade e da competência dos concorrentes. Esse modelo, utilizado nos países europeus, propugna a criação de planos de carreira destinados à especialização da função pública, com a permanência de seu corpo técnico alheio aos anseios partidários. Adota-se um sistema que valoriza o mérito e o empenho dos agentes no exercício de suas atividades funcionais.

<sup>11</sup> MORÓN, 2004, p. 35.

## 5 Profissionalização da função pública

Ao longo dos anos, prevaleceu a concepção de que o funcionário era apenas um órgão do Estado, sendo com ele identificado e despido de direitos subjetivos, com fulcro na denominada teoria orgânica do Estado. Essa posição foi concebida como uma relação de sujeição especial caracterizada por vínculos acentuados de dependência e disciplina. Inserida nessa moldura, a situação jurídica do funcionário qualificou-se como um estado de liberdade restringida, expressão utilizada por Otto Mayer, justificando o afastamento e as limitações dos direitos fundamentais dos agentes públicos.

Constata-se que a teoria da relação especial de sujeição perdeu grande parte de sua força e de sua aceitação pela doutrina, em face da generalização dos direitos fundamentais do funcionário como cidadão e como trabalhador. As peculiaridades que, porventura, subsistem na esfera dos direitos coletivos dos servidores — que receberam, em determinados casos, inclusive amparo constitucional, entre eles o direito de sindicalização e de greve — são concebidas, hodiernamente, como exceções justificadas por razões funcionais ou objetivas e não como definidoras de um *status* específico.

*Por lo demás, el funcionario es un trabajador, un profesional. Cada uno con su cualificación y su categoría, con su ética personal y con su personalidad, con sus intereses y sus circunstancias. La burocracia no es un cuerpo extraño a la sociedad, sono que emana de ella y refleja, por tanto, los vicios y virtudes de la sociedad que la rodea.*<sup>12</sup>

Luísa Cristina Pinto e Netto<sup>13</sup>, ao analisar o vínculo agente-Estado no Estado Democrático de Direito, destaca a dificuldade de permanência da aceitação do modelo unilateral da função pública, no qual o agente é visto como objeto do poder administrativo, não lhe sendo reconhecida a qualidade de sujeito de direito. Assevera, outrossim, que se deve conferir à relação firmada entre o Estado e seus agentes o *status* de relação jurídica, afastando-se o mito criado em torno do modelo unilateral estatutário, pois, ao ingressar no exercício da função pública, o servidor não perde sua condição de pessoa, de sujeito de direito.

Para Francisco Liberal Fernandes<sup>14</sup>, diante da evolução social e jurídica, não é mais possível defender a idéia de uma separação radical entre os regimes do trabalho público e do privado, em face da visível interpenetração de institutos originários de cada um dos setores e da adequação recíproca das respectivas disciplinas.

<sup>12</sup> MORÓN, 2004, p. 21.

<sup>13</sup> NETTO, 2005, p. 129.

<sup>14</sup> FERNANDES, 1995, p. 25.

Impera a orientação de que, sob a vigência do Estado democrático e da expansiva tutela da liberdade, a situação do servidor ganha novo relevo, com ênfase em sua posição de cidadão e de trabalhador no que tange à titularidade dos direitos fundamentais. A despeito da configuração dessa nova concepção funcional, deve-se atentar para o caráter limitado dos direitos, fenômeno comum a todos os destinatários da norma jurídica, no sentido de que o próprio ordenamento jurídico impõe limites e restrições voltados para a proteção dos direitos de terceiros, do interesse geral e de outros bens jurídicos protegidos. Preleciona Miguel Sánchez Morón:

*Así sucede en el caso de los funcionarios y empleados públicos, que sufren ciertas limitaciones en algunos de sus derechos no por razón de su condición personal o profesional, pero sí en función de las necesidades del servicio público, de las exigencias de imparcialidad, eficacia y jerarquía (...) y de fidelidad institucional que son inherentes al régimen de la función pública y de otros principios y preceptos constitucionales.*<sup>15</sup>

A OIT – Organização Internacional do Trabalho, no campo da liberdade sindical, tem se dedicado à elaboração de documentos voltados para a proteção dos trabalhadores da iniciativa privada e dos funcionários das administrações públicas, destacando-se, em síntese, quatro importantes convenções:

a) Convenção n. 87, de 1948, que dispõe sobre a liberdade sindical e a proteção do direito sindical, com a previsão das disposições que asseguram aos trabalhadores e aos empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, o direito de constituírem organizações e a elas filiarem-se, observadas as normas estatutárias. O texto, todavia, não foi ratificado pelo Brasil.

b) Convenção n. 98, datada de 1949, que dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, ratificada pelo governo brasileiro em 1952. Garante-se aos trabalhadores da iniciativa privada o direito de gozar da adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a afetar a liberdade sindical em relação a seu emprego, sem provocar efeitos diretos nas relações laborais no âmbito da administração pública.

c) Convenção n. 151, de 1978, que imprimiu as bases do sistema da liberdade sindical nas relações de trabalho decorrentes do desempenho da função pública. O documento, não ratificado pelo Brasil, enfatiza a necessidade de tutela sindical no interior das administrações públicas em face da considerável expansão dos serviços prestados pelos órgãos administrativos e da necessidade de regulamentação de boas condições de trabalho entre as autoridades públicas e os organismos representativos dos funcionários públicos.

As disposições inseridas na Convenção n. 151/78 são aplicáveis, nos países signatários, a to-

<sup>15</sup> MORÓN, 2004, p. 228.

dos aqueles que trabalham na administração pública, respeitadas determinadas restrições que podem recair sobre os funcionários que ocupam cargos diretivos bem como sobre aqueles que desempenham funções de natureza confidencial, reservando para a legislação nacional a determinação da matéria para as forças armadas e a polícia. É assegurada aos funcionários a proteção adequada contra todo ato de discriminação antissindical que possa afetar sua permanência no serviço público, fixando-se, no tocante à solução dos conflitos, a imprescindibilidade de adoção de mecanismos de negociação entre as partes, mediante procedimentos independentes e imparciais, entre eles a mediação, a conciliação e a arbitragem. Ressalta, outrossim, que os funcionários públicos, à semelhança dos demais trabalhadores, devem gozar dos direitos civis e políticos indispensáveis ao regular exercício da liberdade sindical, reservadas somente as obrigações advindas de sua condição e da natureza de suas funções.

d) Convenção n. 154, de 1981, que dispõe sobre negociação coletiva, ratificada pelo Brasil em 1992, aplicável a todos os ramos da atividade econômica. Prevê a viabilidade de a legislação dos países estipular modalidades especiais de aplicação de seus preceitos na esfera da função pública.

Em relação à utilização do instituto da negociação coletiva no setor público, relata a Professora Alice Monteiro de Barros<sup>16</sup> que, no Direito Comparado, diversos países têm admitido sua prática, a exemplo da Inglaterra, França, Suécia, Estados Unidos, Itália, Venezuela e Peru.

Revela-se imprescindível, diante do fenômeno da profissionalização da função pública, promover revisão crítica da construção essencialmente publicista das relações laborais, com o abandono da prevalência absoluta do interesse da administração e do domínio exacerbado da autoridade hierárquica, transportando a disciplina para um ambiente capaz de comportar devidamente a situação profissional dos agentes públicos.<sup>17</sup>

Transferindo a apreciação da matéria para a seara do Direito pátrio, não se pode negar que a Carta Magna de 1988 adotou o modelo de acesso à função pública sob as premissas do *merits systems*, em que a escolha do agente baseia-se no resultado de uma competição instaurada pela Administração com vistas à seleção daqueles que se revelarem, objetivamente, mais preparados para o desempenho do cargo. Esse primeiro passo já reflete a diretriz constitucional assentada no ideal de profissionalização da função pública. Sucede que essa concepção não se restringe à determinação do critério de investidura nos cargos públicos de provimento efetivo, mas estende-se como elemento característico da mobilidade na carreira.<sup>18</sup>

A conjugação dos aspectos de profissionalização, de sistema de mérito, de imparcialidade, de

<sup>16</sup> BARROS, 2005, p. 37.

<sup>17</sup> FERNANDES, 1995, p. 112.

<sup>18</sup> A constatação desse modelo está amparada, precipuamente, no art. 39 da CR/88.

critérios pré-estabelecidos para assegurar a permanência no serviço público, além de outros institutos constitucionais, permite constatar a existência de um modelo constitucional de função pública. Contudo, o amparo constitucional destinado aos agentes públicos não se restringe aos preceitos exclusivos da função pública, mas, ao contrário, alcança os elementos caracterizadores da relação de direito do trabalho naquilo que não for contrário aos princípios e regramentos próprios decorrentes das peculiaridades da função pública.

Na visão do Professor Romeu Felipe Bacellar Filho:

*A Administração Pública legitima-se quando age em conformidade com o interesse público. Nesse contexto, a profissionalização da função pública constitui instrumento de legitimação da administração pública brasileira perante o povo: (i) primeiro, para garantir a observância do princípio da igualdade na escolha de seus agentes, a partir de critérios que possibilitem a aferição daqueles mais preparados para o exercício da profissão, e não num status atribuído em razão de um direito de nascença ou pela proximidade pessoal com os governantes; (ii) segundo, para dar cumprimento ao princípio da eficiência, de uma administração capacitada a responder aos anseios coletivos mediante a prestação de serviços adequados.*<sup>19</sup>

Em que pese a inegável pujança dos preceitos reservados à disciplina constitucional da função pública, sobressai, como valor mais alto, o tratamento principiológico dos direitos sociais do trabalho presente em diversas passagens do texto constitucional. Destarte, erigidos como fundamentos da República Federativa do Brasil estão a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV). Insculpida como princípio regente do Estado brasileiro em suas relações internacionais, tem-se a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Valorada como bem jurídico contemplado em extenso capítulo constitucional, situa-se a relação de trabalho (Capítulo II do Título II, arts. 6º a 11). Elevada como valor fundante da ordem econômica, encontra-se a valorização do trabalho humano (art. 170, *caput*). E ressaltado como substrato da ordem social, tem-se o primado do trabalho (art. 193).<sup>20</sup>

Nessa senda, torna-se imperioso promover uma releitura do texto constitucional para que se possa constatar que a existência de um regime de função pública não significa tratar-se de um modelo que se apresenta como contrário ao regime de trabalho aplicado no setor privado. O

<sup>19</sup> BACELLAR FILHO, 2003, p. 3.

<sup>20</sup> Nesse sentido, cita-se decisão proferida pela 6ª Turma do TRT da 15ª Região, no julgamento do RO 00489-2001-026-15-00-0, Relator Juiz Jorge Luiz Souto Maior, *D. Oficial*, de 12/03/04: *PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS SOBRE OS INTERESSES DO ENTE PÚBLICO. Não se pode, pela declaração da nulidade do contrato, sob o prisma administrativo, negar ao trabalhador todos os seus direitos, no âmbito da relação jurídica trabalhista, regida pela CLT, ainda que o empregador seja o ente público. Não assiste ao ente público nenhuma prerrogativa de esquivar-se das obrigações trabalhistas, até porque por sobre as regras de natureza administrativa, previstas na Constituição, estão os princípios fundamentais da República de valorização social do trabalho, da proteção da dignidade humana e da prevalência dos direitos humanos, sendo que a concretização desses princípios se dá, minimamente, conferindo-se ao trabalhador direitos fundamentais constantes do art. 7º da Constituição Federal. Para ficar bem claro: se a proteção do interesse do ente público tem sede constitucional, a proteção dos direitos do trabalhador não apenas também é de natureza constitucional como se encontra na Constituição em ordem preferencial à do interesse da administração pública.*

que se tem é a previsão de regras e princípios peculiares que se revelam necessários em face da natureza da atividade desempenhada, que submete o servidor a um conjunto de restrições e, em contrapartida, de direitos, para que sua esfera jurídica não seja afetada em decorrência do exercício do poder concentrado nas decisões das autoridades governamentais. Não se pode negar que o servidor é um trabalhador, sujeito a um conjunto de peculiaridades normativas decorrentes da própria noção de serviço público.

Deve ser abolida a idéia de que a negociação e o diálogo nas relações funcionais implicariam afronta à supremacia do interesse público, tendo em vista que tais restrições não encontram amparo nos regimes democráticos de direito, pois os servidores, malgrado sejam titulares de função pública, encontram-se sujeitos às transformações sociais e econômicas de seu tempo, e a natureza do serviço prestado não pode ficar absolutamente afastada dessa realidade, sob pena de conferir-lhes tratamento isolado e desigual.

A Constituição de 1988, em passagem assentada no art. 39, estabelece a implantação de instrumentos mais modernos no campo da função pública, bem como estimula a prática de técnicas de consensualidade no interior das administrações, contribuindo para a construção de ambientes mais profissionais e atentos às demandas das relações humanas, sem prejuízo das missões institucionais.

Também foi ressaltada a preocupação com a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos e com a atualidade do aparelho administrativo, no setor de desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, estimulando os servidores mediante a concessão de adicional ou prêmio de produtividade.

Pode-se constatar que esses elementos conjugados viabilizam a nova gênese do direito da função pública e revelam os mecanismos capazes de determinar o avanço do ordenamento pátrio na condução de políticas de pessoal mais claras e eficientes.

Por oportuno, em sede de tratamento jurisprudencial da matéria, cumpre registrar, a título de contribuição, o importante posicionamento da Suprema Corte, nos autos dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, submetidos a julgamento do Tribunal Pleno, em 25 de outubro de 2007 (Informativo n. 485), no qual foi reconhecido o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Em linhas gerais, a greve foi considerada um dos mecanismos mais eficazes de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida, apresentando, portanto, inegável natureza de direito fundamental de caráter instrumental. Firmou-se a compreensão de que, na relação estatutária, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente,

interesses individuais, senão o interesse social. Assim, a greve no serviço público não compromete, diretamente, os interesses do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.

Contudo, a regulamentação da norma constitucional veiculada no art. 37, VII, é necessária para assegurar a coesão social, devendo tal disciplinamento atender as peculiaridades do setor público, pois os serviços ou atividades essenciais e as necessidades inadiáveis da coletividade não se superpõem a serviços públicos; e vice-versa. Diante dessa constatação, a Suprema Corte admitiu a aplicação da Lei n. 7.783/89 aos servidores públicos, no que couber, mediante a estipulação de certos parâmetros atinentes ao exercício do direito de greve.

## 6 Considerações finais

A título de encerramento, cabe consignar que os elementos informadores do direito da função pública estão vinculados aos modelos de Estado consolidados em cada ordenamento jurídico. A idéia original de instituição de um corpo de servidores públicos subservientes à vontade estatal, apoiada na noção de submissão, cedeu espaço, no momento da implantação do Estado Liberal, para a consolidação da burocracia profissional, mediante a previsão de regras atinentes à estruturação das carreiras no serviço público.

Apreciado o tratamento conferido pelo ordenamento constitucional brasileiro em vigor, verifica-se que foram reconhecidos valiosos instrumentos destinados ao aprimoramento da função pública, entre os quais ganham destaque o princípio do concurso público, assentado no primado da isonomia, os critérios de valorização das carreiras e o princípio da eficiência, revelado, em especial, na estipulação de normas alusivas à avaliação de desempenho bem como na previsão de responsabilização dos agentes administrativos.

Por fim, não se pode negar que o incremento das relações laborais no campo da função pública, além de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais daqueles que se encontram submetidos aos vínculos de trabalho, propicia o necessário fortalecimento dos laços de confiança que toda a sociedade deposita nos agentes incumbidos de prestar os serviços que são caros a todo o grupo social. Ademais, vale estimular a promulgação de códigos de ética aplicáveis aos servidores públicos, com o fito de coroar o avanço das medidas vivenciadas no atual estágio do direito da função pública, alçando, assim, os valores de probidade, honestidade e lealdade como requisitos indispensáveis para assegurar a otimização dos laços laborais no setor público.

## Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Conflitos coletivos e negociação da função pública*: contribuição ao tema da participação em Direito Administrativo. 1998. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. *Revista de Direito Administrativo*, v. 232, abril/junho 2003.

BARROS, Alice Monteiro. Contrato de emprego do servidor público. In SOARES, José Ronald Cavalcante (coordenador). *O servidor público e a justiça do trabalho*: homenagem ao Ministro Ronaldo José Lopes Leal. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES, Francisco Liberal. *Autonomia colectiva dos trabalhadores da administração*: crise do modelo clássico de emprego público. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Tomo 1. Parte General. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

MARÍN, Antonio Martínez. *Régimen jurídico de los funcionarios*. 2. edición actualizada y completada. Madrid: Tecnos, 2001.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Derecho de la función pública*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2004.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *O contrato de trabalho com o Estado*. São Paulo: LTr, 1975.



# Pareceres e decisões

# Impossibilidade de aplicação de multa a presidente de Câmara Municipal sem autonomia financeira pelo não envio de prestação de contas ao TCE

RECURSO DE REVISÃO N. 695.367

**EMENTA:** Recurso de revisão – Câmara Municipal – Não envio de prestação de contas no prazo legal – Decisão por instauração de tomada de contas e aplicação de multa – Comprovação de despesas custeadas pelo Poder Executivo – Falta de autonomia financeira do Poder Legislativo – Ausência de repasse financeiro – Recurso provido.



ASSCOM TCEMG

*(...) o que este Tribunal questiona e considera incorreta é a gestão das verbas orçamentárias do Legislativo praticada pelo Executivo (...).*

RELATOR: CONSELHEIRO SIMÃO PEDRO TOLEDO

## RELATÓRIO

Em Sessão do dia 03/04/2002, o Plenário deste egrégio Tribunal de Contas decidiu aplicar ao então Presidente da Câmara Municipal de Capela Nova, José Monteiro de Araújo, a multa de R\$1.000,00 (mil reais) por ter deixado de apresentar a esta Casa, no prazo de até noventa dias do encerramento do exercício de 1991, a respectiva prestação de contas anual devida pela mesa diretora daquela Câmara de Vereadores, consoante disciplina da Instrução Normativa n. 07/2001 desta Corte de Contas. Também lhe impôs a obrigação de instaurar o processo de tomada de contas para encaminhamento a este Tribunal.

Em 04/11/2002, após ter recebido – na data de 16/09/2002 – a notificação de multa, José Monteiro de Araújo aviou o presente recurso de revisão contra a referida decisão, alegando que a Câmara Municipal de Capela Nova não possuía autonomia financeira e que, em face da disposição do art. 72 da Lei Complementar n. 101/2000, o Município não pôde conceder-lhe os recursos financeiros para custear as despesas com aluguel, consultoria, telefonia, energia elétrica, etc., necessárias ao funcionamento autônomo do Poder Legislativo.

A referida petição recursal, após protocolizada, ficou sobrestada, consoante certidão de fls. 07, em face do incidente de uniformização de jurisprudência instaurado pelo Processo n. 673.485, relativo à matéria *autonomia financeira das câmaras municipais*, cuja apreciação ocorreu em Sessão do dia 01/09/2004. Assim sendo, o recebimento do presente recurso pela Presidência desta Corte de Contas somente aconteceu em 09/03/2005.

Solicitados os pareceres dos órgãos da Casa, estes manifestaram-se pelo não-provimento do recurso e pela manutenção de multa pessoal aplicada ao recorrente, tendo, inclusive, a douta representante do Ministério Público junto a este Tribunal observado, a fls. 15 dos autos, em 14/04/2008, que na referida decisão do mencionado incidente de uniformização de jurisprudência decidiu esta Corte de Contas pela obrigatoriedade de as câmaras municipais registrarem em separado as respectivas contas, por possuírem contabilidade própria, mantendo-se, assim, as orientações das instruções normativas desta Casa.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Saliento que, embora a autonomia financeira das câmaras de vereadores constitua uma exigência das instruções normativas deste Tribunal, principalmente em face da Lei de Responsabilidade Fiscal, não aconteceu, nos supracitados Autos de n. 673.485, a pretendida uniformização de jurisprudência relativa à matéria, porquanto neles não houve a apreciação de mérito, tendo sido acolhida a segunda preliminar proposta pelo então relator do incidente, o Conselheiro Moura e Castro, afirmando a impossibilidade de se dar uniformidade a entendimentos antagônicos exarados de consultas, em que os pareceres não são emitidos jurisprudencialmente; aduzindo, ainda, que a própria expressão **uniformização de jurisprudência** pressupõe decisões de mérito divergentes. É que, naqueles autos, pretendeu-se fixar a uniformização dos preceitos deste Tribunal pela consideração de consultas respondidas contrapostas às instruções normativas editadas após a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Quanto aos pressupostos de admissibilidade do presente pedido de revisão, dou-lhe provimento em face da sua legitimidade e tempestividade, em observância às disposições legais e regimentais vigentes à época da sua interposição.

## MÉRITO

Tendo examinado os Autos n. 658.846, que contêm a Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Capela Nova — exercício de 2001, cujo parecer prévio já foi

emitido pela Primeira Câmara no sentido de sua *aprovação com recomendação*, verifiquei que, realmente, nas referidas contas do chefe do Executivo estão contidas as despesas do Poder Legislativo local, comprovando-se, pois, que a Câmara Municipal de Capela Nova não dispunha, em 2001, de autonomia financeira e que nenhum recurso financeiro lhe fora repassado pelo Executivo, naquele ano, para que dele dispusesse na execução de programas e projetos próprios. Ora, se a Câmara de Vereadores não dispunha de autonomia financeira e o seu presidente não recebeu, efetivamente, qualquer transferência de valores, em 2001, para aplicá-los no funcionamento daquela Casa Legislativa, é certo que o seu presidente naquele exercício não está obrigado a prestar contas a este Tribunal, porque ninguém presta contas de dinheiro ou valores não recebidos! Pela mesma razão, tem-se que o Presidente daquela Casa em 2002, José Monteiro de Araújo, ora recorrente, não encontrou, em 31/03/2002, contas da Câmara (relativas ao exercício findo) para apresentá-las a este Tribunal, não tendo como tomá-las, por razões óbvias, de seu antecessor! Independentemente de qualquer juízo – de ser ou não ser correta a gestão do Executivo sobre os recursos destinados ao funcionamento da Câmara –, estamos diante de fatos consumados: não houve repasse de recursos financeiros à Câmara; não há contas da Câmara. Isso é verdadeiro e imodificável porque contas são fatos com repercussão contábil, financeira e orçamentária praticados e registrados por determinado gestor responsável por dinheiro, bens ou valores em situações e momentos determinados! Ora, em 2001, em Capela Nova, apenas o prefeito administrou as verbas destinadas à unidade orçamentária da Câmara Municipal, razão pela qual somente a ele pode ser atribuída a responsabilidade pela prestação daquelas contas, da qual, efetivamente, não se eximiu ao apresentá-las a este Tribunal de forma integrada às contas do Executivo.

Isto posto, considerando que a pena de multa foi imposta, nestes autos, a José Monteiro de Araújo, Presidente da Câmara de Vereadores durante o exercício de 2002, sob o fundamento fático único de não ter apresentado, tempestivamente, a este Tribunal as contas da Câmara Municipal relativas ao exercício de 2001, contas essas que, comprovadamente, não se processaram na esfera administrativa da presidência da Câmara, mas, sim, na esfera de gestão do Poder Executivo, dou provimento ao presente recurso de revisão para decotar a multa de R\$1.000,00 (mil reais) a ele cominada e eximi-lo de tomar as contas da Câmara junto ao seu antecessor. Enfim, o que este Tribunal questiona e considera incorreta é a gestão das verbas orçamentárias do Legislativo praticada pelo Executivo, fato esse não apreciado e discutido nos presentes autos, sabendo-se que José Monteiro de Araújo não foi o agente responsável por tal prática em 2001.

## Na oportunidade, manifestou-se o Conselheiro Eduardo Carone Costa.

Sr. Presidente, essa é uma realidade fática do nosso Estado, porque todos sabemos que a partir de 05 de outubro de 1988 os Municípios passaram a ser entes que compõem a Federação dotados de poderes.

Rigorosamente, a execução do orçamento da Câmara é autonomia do Poder Legislativo; não poderia se dar pelo Executivo. Mas, por deficiências várias, que não cabe agora aviventar, essa é uma realidade já consolidada. Só depois é que o Tribunal, exercitando a sua competência, passou a exigir que essas contas viessem da autoridade própria.

No caso dos autos, bem como disse o relator, o gestor da Câmara não executou o orçamento. Foi exercitada essa competência pelo prefeito municipal. Realmente, dentro dessa realidade já consolidada, não vou aplicar multa ao presidente da Câmara, se ele não foi executor das despesas.

Eu também acompanho o relator no sentido de acolher a sua conclusão. Mas acho que é dever nosso examinar essas contas. Acho que o Tribunal tem que tomá-las, tomando por informação o que está na prestação de contas do prefeito ou o que estiver nos arquivos municipais.

Eu dou provimento para decotar a multa, pela realidade constatada. Mas acho que a matéria não se encerra aí, porque as contas do prefeito... eu nem sei qual foi a decisão do Tribunal, o certo é que na parte referente à execução do orçamento da Câmara não pode a Câmara emitir decisão, porque não compete a ela julgar as contas dos responsáveis pela própria Câmara. O prefeito está sujeito ao parecer prévio, que é julgado pela Câmara, mas a prestação de contas do presidente não pode ser objeto de parecer prévio.

Então eu acho que é correta a decisão do relator de decotar a multa, mas há que se fazer uma tomada de contas, para que o Tribunal examine se as despesas do Legislativo guardam conformidade com a legislação em vigor à época.

Eu entendo dessa forma.

O recurso de revisão em epígrafe foi apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 08/10/08 presidida pelo Conselheiro Elmo Braz; presentes o Conselheiro substituto Gilberto Diniz, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheiro substituto Hamilton Coelho, Conselheira Adriene Andrade, que acompanharam o voto exarado pelo Relator Conselheiro Simão Pedro Toledo. Vencido em parte o Conselheiro Eduardo Carone Costa.

# Regulamentação municipal do pregão e do sistema de registro de preços

CONSULTA N. 732.557

**EMENTA:** Município – I. Lei n. 10.520/02 – Pregão – Regulamentação por decreto em âmbito municipal – Possibilidade – Adoção da modalidade para realização de obras ou serviços comuns e usuais de engenharia – Possibilidade – II. Sistema de registro de preços – Regulamentação por decreto – Possibilidade – Inclusão de execução de obras e serviços comuns de engenharia – Possibilidade, desde que o objeto seja divisível, demanda imprevisível e rotineira – Observância dos princípios licitatórios.

ASSCOM TCEMG

*(...) quanto à possibilidade de adoção do pregão para a realização de obras e serviços de engenharia, conforme enfatizado alhures, nos termos da Lei n. 10.520/2002, a modalidade pregão poderá ser adotada visando à contratação de bens ou serviços comuns. A referida lei não impõe nenhum outro requisito ou vedação e ainda define como comum o objeto que, embora sofisticado, não necessita de uma análise técnica mais apurada e pode, por isso, ter suas características definidas de forma objetiva no edital, segundo a descrição e parâmetros de desempenho e qualidade usualmente utilizados no mercado.*



RELATOR: CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA

## RELATÓRIO

Tratam os presentes autos, Protocolo n. 732.557, de consulta subscrita por Joaquim Higino de Souza Machado, Prefeito Municipal de Pompéu.

Indaga o consulente, *ipsis verbis*:

1) A Lei n. 10.520/2002 poderá ser regulamentada no âmbito do Município

*através de decreto, ou a regulamentação deverá ser realizada, obrigatoriamente, através de lei específica?*

*2) O sistema de registro de preços, instituído pela Lei n. 8.666/93 poderá ser regulamentado no âmbito do Município através de decreto, ou a regulamentação deverá ser realizada, obrigatoriamente, através de lei específica?*

*3) A regulamentação do pregão, no âmbito do Município, poderá incluir serviços de engenharia ou obras de pequena complexidade, que possam ser definidos objetivamente pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, tais como: pequenos reparos, serviços de manutenção de prédios públicos, serviços de manutenção de infraestrutura urbana?*

*4) A regulamentação do sistema de registro de preços, no âmbito do Município, poderá incluir serviços comuns e de engenharia ou obras de pequena complexidade, que possam ser definidos objetivamente pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado, tais como: pequenos reparos, serviços de manutenção de prédios públicos, serviços de manutenção de infraestrutura urbana?*

A presente consulta foi instruída com o parecer do douto Auditor Licurgo Mourão, o qual consigna conclusão pelo seu conhecimento.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Do exame dos pressupostos de conhecimento da presente consulta, ressei que a autoridade consulente tem legitimidade para formular consulta ao Tribunal de Contas, consoante as disposições da alínea *a* do inc. X do art. 7º da Resolução TC n. 10/96 (RITCEMG).

Assim, preliminarmente, conheço, em tese, da presente consulta, porquanto a autoridade consulente é legítima, e a matéria versada na indagação, dada sua repercussão operacional, financeira e patrimonial, é afeta à competência deste egrégio Tribunal de Contas.

## MÉRITO

No mérito, respondo, em tese, às indagações apresentadas, nos termos da manifestação do ilustre Auditor Licurgo Mourão, que realizou acurado exame da matéria proposta e se manifestou nos seguintes termos:

### **1 Pregão**

*De início, parece-nos conveniente fazer uma digressão doutrinária a respei-*

*to da nova modalidade de licitação denominada pregão, disciplinada pela Lei Federal n. 10.520, de 17/07/02, que contém normas gerais que se aplicam à União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Nos dizeres de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>1</sup>:*

*“O pregão é uma nova modalidade de licitação pública e pode ser conceituado como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.*

*O pregão apresenta as seguintes características:*

- a) limitação do uso a compras e serviços comuns;*
- b) possibilidade de o licitante reduzir o valor da proposta durante a sessão;*
- c) inversão das fases de julgamento da habilitação e da proposta; e*
- d) redução dos recursos a apenas um, que deve ser apresentado no final do certame.”*

*No plano federal, o Decreto n. 3.555/2000, que regulamenta as disposições da Lei n. 10.520/2002, classifica os bens e serviços considerados comuns no seu segundo anexo. Por seu turno, os Decretos n. 5.450 e 5.504, ambos de 2005, também trouxeram regulamentação acerca da adoção do pregão.*

*No âmbito estadual, a matéria encontra-se disciplinada pela Lei n. 14.167/2002, regulamentada pelo Decreto n. 42.408, modificado pelo Decreto n. 43.653, todos editados em 2003.*

Aqui faço um comentário sobre a fala do douto Auditor, apenas para fazer constar que os decretos estaduais citados foram revogados expressamente e substituídos pelo Decreto n. 44.786, de 18/04/2008 (publicado em 19/04/2008). Retomando a manifestação do douto Auditor:

*Feitas essas considerações gerais, passemos à resposta do primeiro quesito, o qual versa sobre a aplicação da Lei Federal n. 10.520/2002 na órbita dos Municípios.*

*A respeito do tema, a dicção de Marçal Justen Filho<sup>2</sup>:*

*“No caso da Lei n. 10.520, é perfeitamente possível produzir sua aplicação sem a edição de regulamentos, no tocante ao pregão dito comum (também*

<sup>1</sup> FERNANDES. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 455 e 456.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 13.

*conhecido como presencial). As normas legais são, na sua quase totalidade, perfeitamente autoaplicáveis. O mesmo não se pode dizer em relação ao pregão eletrônico, cujas peculiaridades conduzem quase à configuração de uma outra modalidade licitatória, o que demanda uma disciplina própria sobre o modo de operacionalização. Mas o pregão comum pode ser adotado com base exclusivamente na disciplina constante da Lei n. 10.520. Essa afirmativa vale, inclusive e especialmente, para a identificação de bens e serviços comuns. Não há necessidade de especificação por regulamento de bens e serviços comuns para fins de aplicação do pregão. (...)*”

*Já o Mestre Jorge Ulisses Jacoby Fernandes<sup>3</sup> entende que:*

*“Com o veto ao caput do art. 2º da Lei n. 10.520, o regulamento por decreto somente se faz necessário para a utilização de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores de licitação na modalidade pregão.*

*Esse decreto pode ser expedido pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com vigência nas respectivas esferas de governo.”*

*Quanto à aplicação da regulamentação federal no âmbito dos Municípios, reportamo-nos, uma vez mais, à lição do administrativista Marçal Justen Filho<sup>4</sup>, que, com maestria, pontifica:*

*“É imperioso assinalar que os decretos federais não têm vigência no âmbito das demais esferas da Federação.*

*A União legisla sobre licitação por força de dispositivo constitucional que lhe atribui competência para dispor sobre normas gerais (Constituição Federal/88, art. 22, inc. XXVII). Não se pretende, nesse ponto, reabrir a trágica discussão sobre o conceito de normas gerais. O que é irrefutável é a titularidade de cada ente federal da competência para regulamentar as normas gerais de acordo com seu interesse peculiar.”*

*No campo da jurisprudência interna deste sodalício, parte da matéria aqui aduzida foi enfrentada por ocasião da Consulta n. 698.919, respondida pelo Conselheiro Moura e Castro, que assim se manifestou:*

*“Os Municípios poderão, mediante normas próprias, estabelecer procedimentos específicos e suplementar lacunas deixadas na lei, bem como adotar o rol de bens e serviços comuns existentes ou criar outro desde que condizentes com a Lei n. 10.520/2002.”*

*Prosseguindo, quanto à possibilidade de adoção do pregão para a realização de obras e serviços de engenharia, conforme enfatizado alhures, nos termos da*

<sup>3</sup> FERNANDES. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 457.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO. *Pregão (Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 11.

*Lei n. 10.520/2002, a modalidade pregão poderá ser adotada visando à contratação de bens ou serviços comuns. A referida lei não impõe nenhum outro requisito ou vedação e ainda define como comum o objeto que, embora sofisticado, não necessita de uma análise técnica mais apurada e pode, por isso, ter suas características definidas de forma objetiva no edital, segundo a descrição e parâmetros de desempenho e qualidade usualmente utilizados no mercado.*

*A respeito do tema sob enfoque, o posicionamento do Mestre Marçal Justen Filho, na aludida obra, escudado na Decisão n. 195/02 — Plenário do Tribunal de Contas da União, “é que obras e serviços de engenharia não se enquadrem no âmbito de ‘bens e serviços comuns’”.*

*Entretanto, esse entendimento não mais prevalece no âmbito da mais alta Corte de Contas do País. Nesse sentido, confira-se excertos do Acórdão n. 286/2007, relatado pelo Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, publicado no DOU, de 16/02/2007, verbis.*

*“A que envolve a possibilidade de contratação de obra e serviços de engenharia por meio de pregão já foi objeto de diversas deliberações deste Tribunal, a exemplo da Decisão n. 557/2002 e dos Acórdãos n. 674/2002, 331/2006 e 1.329/2006, todos do Plenário, e do Acórdão n. 817/2005 — 1ª Câmara.*

*Inicialmente, por força da Decisão n. 557/2002 — Plenário, entendeu-se que não poderia ser utilizada a modalidade de pregão para contratação de serviços de engenharia, em virtude da vedação constante no art. 5º do Decreto n. 3.555/2000.*

*Posteriormente, após a edição do Acórdão n. 817/2005 — 1ª Câmara, o entendimento do Tribunal tem evoluído no sentido de que é possível a contratação de obras e serviços de engenharia por meio de pregão, em razão, principalmente, de a Lei n. 10.520/2002 não excluir previamente quaisquer espécies de serviços dessa modalidade de licitação, somente condicionando a sua utilização aos serviços comuns, conforme se observa a partir do trecho do voto do Relator Ministro Valmir Campelo, a seguir transcrito:*

*Ainda como razões de decidir, recordo que a Lei n. 10.520, de 2002, condiciona o uso da modalidade pregão somente aos serviços comuns, não excluindo previamente quaisquer espécies de serviços e contratações, e o rol de bens e serviços comuns previstos no decreto regulamentar é meramente exemplificativo. Assim, a existência de bens e serviços comuns deverá ser avaliada pelo administrador no caso concreto, mediante a existência de circunstâncias objetivas constantes da fase interna do procedimento licitatório.*

*Como se vê, a Lei n. 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia. O que exclui essas contratações é o art. 5º do Decreto n. 3.555, de 2000. Todavia, o item 20 do Anexo II desse mesmo decreto autoriza a utilização do pregão para a contratação de serviços de manutenção de imóveis, que pode ser considerado serviço de engenharia.*

*Examinada a aplicabilidade dos citados dispositivos legais, recorro que somente à lei compete inovar o ordenamento jurídico, criando e extinguindo direitos e obrigações para as pessoas, como pressuposto do princípio da legalidade. Assim, o decreto, por si só, não reúne força para criar proibição que não esteja prevista em lei, com o propósito de regradar a execução e a concretização, tendo em vista o que dispõe o inc. IV do art. 84 da Carta Política de 1988.*

*Desse modo, as normas regulamentares que proíbem a contratação de obras e serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento na Lei n. 10.520, de 2002. O único condicionamento que a lei do pregão estabelece é a configuração do objeto da licitação como bem ou serviço comum.”*

*No mesmo diapasão, e perfilhando o hodierno posicionamento do TCU, a orientação da Consultoria Zênite publicada na sua Revista de Licitações e Contratos – ILC, de maio/2007, senão veja-se:*

*“(…) Essa linha mais recente de entendimento parece mais coerente. Assim, cumpre à Administração averiguar se o objeto pretendido configura bem ou serviço comum, o qual: não necessita de aferição técnica mais apurada; é considerado rotineiro e usual; e a Administração tem como delinear-lo no ato convocatório da licitação de forma satisfatória, à vista de condições usuais de mercado.*

*Caso um desses quesitos não esteja presente no objeto pretendido, não será possível a utilização da modalidade pregão, devendo ser empregada modalidade prevista na Lei n. 8.666/93, conforme o valor estimado da contratação.”*

*Em suma, a conclusão da Consultoria Zênite se forma no sentido de que, em face da interpretação da Lei n. 10.520/02, o pregão poderá ser adotado sempre que um bem ou serviço for de natureza comum. Em que pese vedação constante do art. 5º do Decreto n. 3.555/00, não há qualquer impedimento legal à utilização do pregão visando à contratação de obras e serviços de engenharia, desde que tais objetos possam ser considerados comuns. Esse entendimento encontra guarida nas lições da doutrina e nas mais recentes manifestações do Tribunal de Contas da União, conforme visto. Acrescente-se a isso que o Decreto n. 5.450/05 não veda a realização de serviços de engenharia por pregão eletrônico.*

*Com tais considerações, entendo, com a devida vênia, respondidos os quesitos alusivos ao pregão.*

## **2 Registro de preços**

*No tocante às indagações alusivas ao sistema do registro de preços, o consulente repete os termos usados nos quesitos relativos ao pregão. Primeiro, indaga sobre o instrumento normativo aplicável à regulamentação de tal sistema, e depois quer saber se é possível utilizá-lo para as contratações de serviços e obras de engenharia de pequena complexidade.*

*De início, outrossim, faz-se necessário colacionar lição doutrinária pertinente ao sistema de registro de preços. Segundo o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello:*

*“O registro de preços é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços registrados. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços, irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado.”*

*Com relação ao primeiro questionamento, o tema não comporta muita ce-leuma, porquanto a doutrina é unânime em afirmar que o art. 15 da Lei n. 8.666/93 é autoaplicável, aludindo-se à regulamentação por decreto, somente para fins de adequação às peculiaridades regionais. Nesse sentido, os ensinamentos de Marçal Justen Filho<sup>5</sup>, verbis.*

*“O art. 15 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa. Isso não significa que o dispositivo não seja autoaplicável. A afirmativa decorre de que a disciplina da lei é perfeitamente suficiente para instituir-se o sistema de registro de preços. Não há necessidade de veiculação de outras regras complementares. A quase totalidade das soluções nele contidas pode ser explícita ou implicitamente extraída do sistema da Lei n. 8.666/93. Aliás, inúmeras inovações trazidas na regulamentação se caracterizam como ilegais, eis que ultrapassam os limites previstos legislativamente.”*

*Quanto à possibilidade de inclusão na regulamentação municipal do sistema de registro de preços dos serviços comuns e de engenharia ou obras de pequena complexidade, tal matéria é assaz controvertida, devido à interpretação literal da norma do art. 15, II, da Lei n. 8.666/93, no sentido de que somente as compras poderiam se realizar pelo sistema de registro de preços. Para dirimir a questão trazida pelo consulente, pode-se adiantar que atualmente prevalece a interpretação sistemática do referido dispositivo legal, tendo em vista que o sistema de registro de preços foi criado para conferir efetividade aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade, o seu uso não pode ficar restrito às compras, deve ser estendido a contratações de outra natureza, como os serviços e, eventualmente, obras.*

*Segundo o Mestre Marçal Justen Filho, na obra supracitada, a fls. 184:*

*“O grande problema do registro de preços é a ausência de definição precisa e exata das contratações futuras. Mas essa dificuldade não se põe apenas quanto a serviços. Trata-se de obstáculo que, se fosse insuperável, conduziria à vedação absoluta à utilização do sistema. Ou seja, o argumento prova demais*

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 183.

*porque conduz não apenas a impedir registro de preços para serviços e obras, mas também para compras.*

*Afasta-se, ademais, o argumento utilizado anteriormente. Dizia que o registro de preços era solução apropriada apenas para compras porque os serviços eram atendidos pela via da prorrogação contratual prevista no art. 57, inc. II. Deve-se reconhecer a debilidade da construção, eis que as necessidades enfrentadas por via do registro de preços nem sempre correspondem àquelas que produziram o instituto da prorrogação contratual. Algumas necessidades permanentes e contínuas podem ser satisfeitas através de prorrogação de contratos. Mas há situações diversas, em que a dimensão dos serviços é impossível de ser determinada de antemão, e a aplicação da regra do art. 57, II, não é suficiente para assegurar ao Estado o desempenho satisfatório e eficiente de suas funções.*

*A sistemática do registro de preços possibilita uma atuação rápida e imediata da administração pública, com observância ao princípio da isonomia e garantindo a persecução objetiva da contratação mais vantajosa. Sem o registro de preços na área de obras e serviços, a Administração será constrangida a optar por solução mais vagarosa e menos satisfatória. Essa não é a vontade da Lei n. 8.666.” (grifos nossos)*

*Ao final de seus comentários sobre a adoção do sistema de registro de preços para obras e serviços, o renomado administrativista também destaca jurisprudência do STJ, que ora se transcreve:*

*“Administrativo – Licitação – Sistema de registro de preço: art. 15, Lei n. 8.666/93 – Limitações.*

*1. O regime de licitações por registro de preços foi ampliado pelos Decretos Regulamentadores n. 3.931/2001 e 4.342/2002, sendo extensivo não só a compras mas a serviços e obras.*

*2. Embora autoaplicável, o art. 15 da Lei n. 8.666/93 pode sofrer limitações por regulamento estadual ou municipal, como previsto no § 3º.*

*3. Sociedade de economia mista que, na ausência de norma própria, submete-se aos limites municipais, se não contrariarem eles a Lei de Licitações.*

*4. Legalidade do Decreto n. 17.914/93, do Município de São Paulo, que afastou a incidência do registro de preço para a execução de obras.*

*5. Recurso ordinário improvido. (RMS n. 15.647/SP, 2a T., Relatora Ministra Elilana Calmon, j. em 25/03/2003)”*

*Ademais, não obstante a mudança de entendimento sobre o uso do registro de preços para serviços, Marçal Justen Filho, in obra citada, p. 185, não deixa de consignar sua preocupação com a adoção de tal sistema e recomenda cautela ao administrador público. Senão veja-se:*

*“O Decreto Federal n. 4.342 consagrou a utilização do sistema de registro de preços também para as contratações de serviços. O Decreto Federal n. 3.931 aludia inclusive a locações (de bens móveis, presumia-se), o que gerava uma certa perplexidade. Mas a referência foi explicitamente eliminada pelo Decreto Federal n. 4.342/2002, que deu nova redação a diversos dispositivos do decreto anterior. A aplicação do sistema relativamente a serviços apresenta algumas peculiaridades e sua perfeita aplicação pode envolver algumas dificuldades.*

*Assim, a identificação das unidades de serviço, para fins de registro, deve ser cautelosa. É problemático produzir registro de preços para serviços de qualidade diversa e assim por diante. Por certo, a utilização concreta do registro de preços para serviços envolverá problemas práticos impossíveis de serem previamente cogitados. Deverão ser solucionados em face dos princípios gerais do instituto e do Direito das licitações.”*

*Por oportuno, também transcreve-se excertos do artigo publicado pelo Professor da UFPR José Anacleto Abduch Santos<sup>6</sup>, que com muita propriedade esclarece:*

*“O primeiro requisito para que se cogite da utilização do sistema é a natureza rotineira e repetida da demanda a ser atendida. O objeto pretendido, para justificar o registro de preços, deve estar inserto no rol daqueles cuja demanda pela administração se repete indefinidamente ao longo do tempo.*

*Outra característica importante é imprevisibilidade do consumo ou da demanda. A Administração tem ciência de que o objeto será necessário, pois rotineiramente é demandado, porém não há certeza quanto à quantidade que será necessária para a satisfação da demanda. Repita-se: não descaracteriza a hipótese de cabimento do registro de preços, a situação eventual em que há, além da demanda futura potencial, demanda imediata pelo fornecimento ou prestação.*

*O objeto, ainda, por óbvio, deve ser divisível e passível de fracionamento sem perda de qualidade ou de suas características essenciais.*

*Qualquer que seja o objeto pretendido, (a) se for divisível, (b) se houver demanda repetida pela administração e (c) imprevisibilidade do consumo, poderá ser adquirido mediante adoção do sistema de registro de preços.*

*O fundamental é que o objeto da licitação para registro de preços comporte definição precisa e clara que possibilite a formulação de proposta passível de contratação apenas futura e eventual.*

*Nessa linha, não há sentido em afastar da hipótese do registro de preços as*

<sup>6</sup> SANTOS. O sistema de registro de preços para contratação de serviços e obras. *Revista de Licitações e Contratos* — ILC — Março/2008.

*obras ou os serviços. Desde que se trate de obra ou serviço rotineiro, com demanda futura e imprevisível, é possível o registro de preços em relação a eles. À guisa de exemplo, se poderia sugerir o registro de preço de obra de casa popular, com projeto integralmente padronizado e materiais definidos, para contratação futura e eventual destinada a programas sociais de habitação: suprir necessidade oriunda de calamidades públicas (enchentes, etc.), urbanização de favelas, ou programas de assentamento rural.”*

*No campo da jurisprudência, cumpre destacar duas decisões oriundas do Tribunal de Justiça e da Corte de Contas do Estado de São Paulo. No primeiro caso, nos autos do Mandado de Segurança n. 84.433-0/0-00, por seu Pleno, sob a relatoria do Desembargador Flávio Pinheiro, este averbou no voto condutor:*

*“É evidente que hoje não mais se discute que o registro de preços não é mais aplicável apenas às compras, mas também a serviços e obras, inclusive de engenharia.”*

*No mesmo sentido, a decisão da Corte de Contas bandeirante:*

*“Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo n. TC-27.527/026/94, que tratam do registro de preços e ordens de serviços — dele resultantes — emitidos pela FDE em favor da empresa Dimensão Construções Civas, Modulares e Metálicas Ltda., tendo por objeto o fornecimento de materiais e a execução de serviços para construção de salas de aula de emergência, em pré-fabricado de concreto armado ou pretendido.*

*Decidiu a egrégia Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em Sessão de 16/07/1996, pelo voto dos Conselheiros Eduardo Bittencourt Carvalho, Relator, e Antônio Roque Citadini, Presidente em exercício, bem como pelo do substituto do Conselheiro Raul Malta Pereira (...) julgar legais a concorrência, a ata de registro de preços, as ordens de serviço e os termos de recebimento, bem como as despesas decorrentes.”*

*No âmbito do Tribunal de Contas da União, a jurisprudência mais recente também se inclina pela possibilidade de adoção do sistema de registro de preços para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, desde que se atente para as condições previstas nos inc. I a IV do art. 2º do Decreto Federal n. 3.931/2002. Confira-se a ementa do Acórdão n. 296/2007, da Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Benjamin Zimler, na Sessão do dia 06/03/07, verbis:*

**“REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA NÃO COMUNS MEDIANTE PREGÃO OU SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. IMPOSSIBILIDADE. DETERMINAÇÃO.**

*Carece de amparo legal a utilização da modalidade licitatória denominada pregão ou a utilização de sistema de registro de preços objetivando a contratação de empresa para execução de obras e serviços não comuns de engenharia.”*

### **3 Conclusão**

*Em face do exposto, opina esta Auditoria que se responda ao consulente nos seguintes termos:*

- 1. A Lei n. 10.520/02 poderá ser regulamentada no âmbito dos Municípios por meio de decreto, o qual estabelecerá procedimentos específicos e suplementará eventuais lacunas, mormente no que tange ao modo de operacionalização do pregão eletrônico, bem como adotar o rol de bens e serviços comuns existentes ou criar outro desde que condizentes com a aludida lei federal;*
- 2. O decreto regulamentar do pregão, na órbita municipal, poderá prever a adoção da modalidade pregão para a contratação de obras e serviços de engenharia, desde que não necessitem de aferição técnica mais apurada, sejam considerados usuais e rotineiros e a Administração tenha como defini-los nos atos convocatórios das licitações de forma satisfatória;*
- 3. O art. 15 da Lei n. 8.666/93 prevê a regulamentação do sistema de registro de preços por meio de decreto, a ser editado no âmbito de cada entidade federativa, para fins de adequação às peculiaridades regionais;*
- 4. A regulamentação municipal do sistema de registro de preços poderá incluir a execução de obras e serviços comuns de engenharia, desde que satisfeitos os critérios de divisibilidade do objeto, imprevisibilidade da demanda e que esta seja repetida e rotineira para administração pública, observados, ainda, os princípios que regem as licitações.”*

Nestes termos, entendo como sanadas as dúvidas aventadas na inicial.

É assim que voto, Sr. Presidente.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 11/06/08 presidida pelo Conselheiro Elmo Braz; presentes o Conselheiro Simão Pedro Toledo, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Conselheira Adriene Andrade, Conselheiro substituto Gilberto Diniz, que aprovaram, por unanimidade, o parecer exarado pelo Relator, Conselheiro Eduardo Carone Costa.

# Sujeição das associações de Municípios às normas de direito público

CONSULTA N. 731.118

**EMENTA:** Associação de Municípios — Aplicação de recursos de origem pública — Submissão às normas de direito público relativas a licitação, contrato, convênio e admissão de pessoal — Prestação de contas ao ente federativo repassador dos recursos — Fiscalização pelo Tribunal de Contas.

*(...) por receber e gerir dinheiro público, não têm as associações microrregionais de Municípios como fugir da incidência dos princípios constitucionais estatuídos no art. 37 da Constituição da República, devendo contratar pessoal por meio de concurso público e reger-se, nas hipóteses de contratações com terceiros, pela lei que regulamenta a licitação e os contratos administrativos, princípios assecuratórios da moralidade administrativa.*

RELATOR: CONSELHEIRO  
EDUARDO CARONE COSTA

## RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de consulta subscrita por Dilzon Luiz de Melo, Secretário de Desenvolvimento Regional e Política Urbana do Estado de Minas Gerais, por meio da qual, considerando o interesse daquela secretaria em promover Programa de Fortalecimento Técnico-Institucional das Associações Microrregionais de Municípios, indaga, *in verbis*:

1) *Em caso de repasse de recursos do Estado ou da União para as entidades associativas de Municípios, na forma de convênios, é necessário que as aquisições e contratações a serem feitas pelas entidades com esses recursos sejam precedidas de processo licitatório?*

2) *Para habilitação das entidades associativas de Municípios a receberem recursos do Estado ou da União na forma de convênio, é condição que essas entidades tenham seus quadros de pessoal formados pelas regras do art. 37 da Constituição da República?*

*3) A transferência voluntária de recursos do Estado e da União para as entidades associativas de Municípios implica prestação de contas da utilização desses recursos?*

*4) A exigência do art. 11, inc. IV, alínea d do Decreto n. 43.635/03 se refere a atestado de cada uma das autoridades elencadas no dispositivo mencionado ou de apenas uma delas?*

A presente consulta foi instruída com o parecer da lavra do douto Auditor Hamilton Coelho (fls. 05 a 13), consoante as disposições do inc. III do art. 39 c/c o art. 216 da Resolução TC n. 10/96, o qual consigna conclusão preliminar pelo seu conhecimento, salvo em relação ao quarto item da inicial, por entender ser caso de assessoria jurídica.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Do exame dos pressupostos para conhecimento da presente consulta, ressei que a autoridade consulente é legítima, consoante as disposições do inc. X do art. 13 da Lei Complementar n. 33/94 (LOTCEMG), com a redação dada pela Lei Complementar n. 57/2001.

Relativamente às questões aventadas pelo consulente, com exceção do quarto quesito, trata de indagações relevantes e de inegável repercussão orçamentária, financeira, contábil, patrimonial e operacional, sendo matérias, portanto, afetas à competência desta egrégia Corte de Contas.

Quanto ao quarto quesito, verifica-se que a matéria trazida à colação está centrada, exclusivamente, na interpretação de dispositivo do Decreto n. 43.635/03, que dispõe sobre a celebração e prestação de contas de convênios de natureza financeira que tenham como objeto a execução de projetos ou a realização de eventos. Como é sabido, a melhor exegese da legislação a ser observada pelo administrador público para a prática dos atos de sua competência é atividade típica da assessoria jurídica do órgão ou entidade que dirige. E, como tem entendido este Plenário em casos análogos, não se insere entre as competências constitucionais e legais do Tribunal de Contas a atribuição de prestar assessoria jurídica a seus jurisdicionados.

Assim sendo, eminentes Senhores Conselheiros, em preliminar, conheço, em tese, os quesitos 1, 2 e 3 da presente consulta, por estarem atendidos os pressupostos legais.

## MÉRITO

No mérito, assim me manifesto.

1ª questão: *Em caso de repasse de recursos do Estado ou da União para as entidades associativas de Municípios, na forma de convênios, é necessário que as aquisições e contratações a serem feitas pelas entidades com esses recursos sejam precedidas de processo licitatório?*

A matéria em questão já foi examinada por este Plenário nas Consultas n. 683.310, 118.358-3/93, 142.730-0/94 e 111.582-1/93, relatadas nas Sessões de 04/08/04, 22/03/94, 16/03/94 e 23/11/93, cujas respostas, no sentido da exigência de licitação, se encontram disponíveis na internet, por meio do endereço eletrônico <www.tce.mg.gov.br>. Neste mesmo sentido, podemos citar os pareceres em resposta às Consultas n. 434.547 e 703.949, relatadas nas Sessões de 15/04/98 e 21/12/05.

Em síntese, sobre o assunto, o Tribunal firmou seu posicionamento no sentido de que as associações de Municípios, que são entidades de direito privado (controladas e mantidas pelos Municípios) estão sujeitas à licitação para contratar com Municípios, bem como com terceiros.

A necessidade de licitação para contratar com terceiros decorre das disposições do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.666/93, que assim dispõe:

*subordinam-se ao regime desta lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Município.* (grifei)

De sorte que, em sendo os recursos públicos, as entidades em tela, em que pese instituídas como pessoas de direito privado, ao aplicá-los, estão obrigadas a observar os princípios básicos constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, incluindo o dever de licitar, que são impostergáveis a todos aqueles que utilizem ou administrem bens e valores públicos.

Quanto à forma pela qual devem se relacionar com os Municípios, entendeu esta Corte que o instrumento mais adequado, em sendo estabelecida relação de cooperação, é a celebração de convênio, observadas as formalidades legais arroladas no art. 116 da Lei n. 8.666/93.

De outra feita, as associações microrregionais, para que possam estabelecer relação de caráter obrigacional com os Municípios ou terceiros (contrato com obriga-

ções recíprocas – objeto e contraprestação), devem se submeter à licitação.

*2ª questão: Para habilitação das entidades associativas de Municípios a receber recursos do Estado ou da União na forma de convênio, é condição que essas entidades tenham seus quadros de pessoal formados pelas regras do art. 37 da Constituição da República?*

Nos casos de associações de Municípios, consórcios ou entidades intermunicipais, revestidos de personalidade jurídica de direito privado, embora constituídos e mantidos pelas entidades políticas que a compõem, de direito público interno, são regidos por estatutos sociais registrados no cartório de registro de pessoas e obedecem às diretrizes estabelecidas pelas respectivas assembleias gerais e às previsões do seu estatuto social.

Contudo, sobre a obrigatoriedade de concurso público, embora a entidade não esteja expressamente arrolada no *caput* do art. 37 da vigente Constituição da República, entendo que deverá realizar seleção pública, nos moldes de um concurso público, para a admissão de pessoal, se for necessária, pois está compelida a seguir os mesmos vetores propugnados no preceito constitucional por gerir recursos públicos.

A submissão aos princípios constitucionais previstos no *caput* do art. 37 da Carta Magna, bem como o condicionamento à prévia aprovação em concurso público para investidura em cargo e emprego público, previsto em seu inc. II, é regra imposta a toda administração pública, quer seja direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Em se tratando de esfera estadual, a Constituição Mineira, em seu art. 14, § 1º, inc. V, elenca como integrante da administração indireta do Estado, além das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, as entidades de direito privado, sob controle direto e indireto do Estado.

A propósito, na Consulta n. 614.186, relatada pelo Exmo. Conselheiro Fued Dib e aprovada por unanimidade na Sessão Plenária do dia 20/10/1999, o Tribunal de Contas firmou o seguinte entendimento:

*Os consórcios intermunicipais, através das associações respectivas, deverão prestar contas de todos os recursos públicos percebidos, devendo esta Corte realizar o controle externo das contas apresentadas em todas as áreas que lhe competem: orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional. Nesse sentido, deve este Tribunal exercer a sua competência nos termos dos incisos V e VII do artigo 2º da Lei Orgânica do Tribunal de Contas – Lei Complementar n. 33/94, procedendo ao julgamento das contas daquela entidade, verificando*

*a legalidade das admissões de seu pessoal, dos contratos, convênios e outros ajustes, além dos procedimentos licitatórios respectivos. (grifei)*

Neste mesmo sentido, a Lei n. 11.107/2005, ao dispor sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos, em seu art. 6º, § 2º, prevê, na hipótese do consórcio público se revestir de personalidade jurídica de direito privado, que deverão ser observadas as normas de direito público no que concerne à realização de licitação, celebração de contratos, prestação de contas e admissão de pessoal, e que será regido pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Verifica-se, portanto, que na vigência da nova lei que disciplina normas gerais de contratação de consórcios públicos por todos os entes federados impera o princípio da impessoalidade, o qual exige no campo da contratação de pessoal a adoção do procedimento do concurso público.

A respeito dos consórcios públicos, José dos Santos Carvalho Filho assim se posiciona:

*O objeto dos consórcios públicos, como já assinalado, se concentra na realização de atividades e metas de interesse comum das pessoas federativas consorciadas (art.1º). Cuida-se, em última instância, de profícuo instrumento do federalismo cooperativo, através do qual os entes estatais, sem embargo de não abrirem mão de sua ampla autonomia, preservada na Constituição, se associam a outras pessoas também estatais para alcançar metas que são importantes para todos, sempre observados os parâmetros constitucionais. De fato, há determinados serviços públicos que, por sua natureza ou extensão territorial, demandam a presença de mais de uma pessoa pública para que sejam efetivamente executados. É para tal situação que servem os consórcios públicos. (Contrato administrativo. 15. ed., f. 191)*

Diante do exposto, em se tratando de associações microrregionais constituídas por diversos Municípios, entendo que tais entidades revestem-se de natureza jurídica similiar aos consórcios públicos, tal como exposto nas características acima sublinhadas, razão pela qual não se deve conferir tratamento díspare no tocante à observância às regras relacionadas ao provimento de pessoal.

Assim, entendo que, por receber e gerir dinheiro público, não têm as associações microrregionais de Municípios como fugir da incidência dos princípios constitucionais estatuídos no art. 37 da Constituição da República, devendo contratar pessoal por meio de concurso público e reger-se, nas hipóteses de contratações com terceiros, pela lei que regulamenta a licitação e os contratos administrativos, princípios assecuratórios da moralidade administrativa.

3ª questão: *A transferência voluntária de recursos do Estado e da União para as*

*entidades associativas de Municípios implica prestação de contas da utilização desses recursos?*

A matéria abordada pelo consulente já foi apreciada por este Tribunal quando da resposta à Consulta de n. 679.066, de minha relatoria, aprovada por unanimidade na Sessão Plenária do dia 03/12/2003, quando se firmou o entendimento da obrigatoriedade de as associações microrregionais prestarem contas a este Tribunal.

Nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição da República, *prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.*

Por sua vez, o inc. II do art. 71 também da vigente Carta Federal, combinado com o art. 75, prevê a competência dos tribunais de contas para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

No mesmo sentido, estatui a Lei Complementar n. 33, de 28 de junho de 1994, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, no inc. V de seu art. 2º:

*Art. 2º O Tribunal de Contas tem jurisdição em todo o território do Estado, sobre as pessoas e matérias sujeitas à sua competência, e abrange:*

(...)

*V – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições ou subvenções do Poder Público estadual ou municipal;*

(...)

Nesse contexto, sendo as associações microrregionais mantidas com recursos públicos, além de prestarem contas aos Municípios repassadores, os seus respectivos responsáveis legais têm o dever de prestar contas ao Tribunal de Contas, nos termos constitucionais e legais citados.

É assim que voto.

Na Sessão do dia 20/06/07, acompanhou o voto do relator o Conselheiro Wanderley Ávila, oportunidade em que o Conselheiro Antônio Carlos Andrada pediu vista.

# Retorno de vista

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

## RELATÓRIO

Versam estes autos sobre consulta formulada por Dilzon Luiz de Melo, Secretário de Estado de Desenvolvimento Regional e Política Urbana, à época, acerca da obrigatoriedade de as associações de Municípios realizarem licitações para suas contratações, concursos públicos para a admissão de seu pessoal e prestação de contas em relação aos recursos recebidos do Estado e da União. Ademais, o consulente formulou questionamento quanto à interpretação do art. 11, IV, *d* do Decreto n. 43.635/03.

Manifestou-se a Auditoria a fls. 05 a 13 dos autos, através de parecer do Auditor Hamilton Coelho.

Na Sessão do Pleno de 20/06/07, decidiu-se, por unanimidade, pelo conhecimento da consulta apenas quanto aos três primeiros questionamentos, entendendo-se ser o quarto quesito pedido de assessoria jurídica.

O relator, Conselheiro Eduardo Carone, apresentou então seu posicionamento quanto ao mérito no sentido da obrigatoriedade da realização de licitações, concursos públicos e prestações de contas pelas associações de Municípios.

O Conselheiro Wanderley Ávila acompanhou o voto do relator.

Diante da relevância da matéria, pedi vista dos autos para tomar maior conhecimento do tema e, dessa forma, poder emitir meu juízo.

É o relatório, em síntese.

## MÉRITO

Analisando a temática tratada nos autos, tenho que foram abordados de forma es-  
correta pelo relator os questionamentos formulados pelo consulente.

No entanto, tendo em vista o papel pedagógico deste Tribunal, para cujo exercício as consultas têm enorme importância, gostaria de fazer algumas observações a respeito dos consórcios públicos, principal forma jurídica que têm adotado as associações de Municípios.

São chamados consórcios públicos os entes personalizados da administração indireta

regidos pela Lei n. 11.107/2005<sup>1</sup>, formados a partir da associação voluntária entre entes, visando à consecução do princípio da cooperação federativa, conforme art. 23, parágrafo único, da CR/88.

Esse novo tipo de arranjo, necessariamente formado por entes federativos, é considerado horizontal quando envolve entes da mesma esfera (consórcio formado apenas por Estados ou consórcio formado apenas por Municípios) e vertical quando envolve entes federativos de diferentes esferas.

O consórcio público, criado com prazo de duração determinado ou indeterminado, pode adotar personalidade jurídica de direito público ou de direito privado. Na primeira hipótese, cria-se uma autarquia especial chamada de associação pública e, na segunda, cria-se uma fundação ou uma associação. Em quaisquer dessas hipóteses, os servidores do consórcio são regidos pelas normas da CLT.

De qualquer forma, independentemente do regime adotado, sujeita-se o consórcio às normas de finanças e contabilidade públicas, à fiscalização pelos tribunais de contas, às regras acerca de contratos administrativos, além das exigências de realização de licitações, concursos públicos e prestação de contas.

Todo consórcio público é regido pela Lei n. 11.107/2005, pelo respectivo contrato, por um estatuto próprio e, subsidiariamente, pelo novo Código Civil, ainda que tenha personalidade pública. Seu presidente é sempre o chefe do Poder Executivo de um dos entes consorciados, o qual não pode receber qualquer remuneração pela função, e a instância máxima de deliberação é a assembleia geral.

A criação de um consórcio público segue as seguintes etapas: elaboração de um protocolo de intenções, ratificação do protocolo por lei de cada um dos entes federativos envolvidos, elaboração dos estatutos do consórcio e aprovação desses estatutos pela assembleia geral.

Pelo princípio da especialidade, deve ser bem delimitado no protocolo de intenções do consórcio público o(s) seus(s) objeto(s), a finalidade para a qual foi criado.

Na prática, observam-se hoje, no Brasil, três tipos de consórcios públicos: consórcios de planejamento (não executam nenhum serviço específico; seu papel é planejar políticas regionais, funcionando como um fórum de discussões), consórcios prestadores de serviços aos cidadãos (em geral, cobram pelos serviços prestados mediante preço público) e consórcios dirigidos para a administração pública (prestam serviços

<sup>1</sup> Quando determinado arranjo entre entes federativos não está de acordo com as regras da Lei n. 11.107/05, diz-se que há um consórcio administrativo, o qual pode ser transformado em verdadeiro consórcio público desde que atenda certos requisitos: celebração de protocolo de intenções, ratificação por lei de cada ente e, se for pessoa jurídica de direito privado, registro no cartório.

administrativos, ou seja, realizam atividades relativas à própria gestão pública).

A entrega de recursos dos entes consorciados para o consórcio público apenas é possível através das rubricas previstas no chamado contrato de rateio, formalizado a cada exercício financeiro. São partes desse contrato o ente e o consórcio, de modo que, exemplificativamente, em um consórcio com três Municípios associados, há três contratos de rateio.

O contrato de rateio não é contrato administrativo, não possui cláusulas exorbitantes, havendo igualdade entre as suas partes. Ademais, também não se confunde com o convênio, não pode ser rescindido a qualquer tempo, sendo que a omissão do ente na transferência de certo valor previsto no contrato implica configuração de ato de improbidade e inadimplência, sendo possível até mesmo a negatização do nome do ente omissor.

Além das receitas advindas do contrato de rateio, os consórcios públicos têm outras três formas de receber recursos públicos: podem ser contratados (com dispensa de licitação) pelos consorciados para a prestação de algum serviço, podem receber recursos mediante convênios com entes não consorciados ou podem arrecadar receitas a partir da gestão associada de serviços públicos.

Quanto ao patrimônio do consórcio, tem-se que este pode possuir patrimônio próprio. Se o consórcio for pessoa jurídica de direito público, considera-se que tem bens públicos, sendo inclusive beneficiário de imunidade tributária, nos termos da CR/88. Se o consórcio for pessoa jurídica de direito privado, não há que se falar em bens públicos, nem imunidade.

Por fim, no que concerne à responsabilidade civil do consórcio público, é importante ressaltar que, sendo pessoa jurídica de direito público ou privado, este sempre possui responsabilidade objetiva. Ademais, os entes consorciados possuem responsabilidade subsidiária em relação às obrigações assumidas pelo consórcio.

**Conclusão:** acolho na íntegra o entendimento do Conselheiro Relator Eduardo Carone acerca dos questionamentos do consulente, acrescentando, ante o papel pedagógico deste Tribunal, as observações ora expostas a respeito dos consórcios públicos regidos pela Lei n. 11.107/2005.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 10/12/08. O Conselheiro Presidente Elmo Braz, bem como os Conselheiros substitutos Gilberto Diniz e Licurgo Mourão acompanharam o parecer exarado pelo Relator Conselheiro Eduardo Carone Costa, com as observações do Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Impedido o Conselheiro substituto Hamilton Coelho. Registre-se que na Sessão do dia 20/06/07 havia acompanhado o entendimento do relator o Conselheiro Wanderley Ávila.

# Pagamento de juros por atraso no adimplemento de obrigações resulta em dano ao erário

EMBARGOS INFRINGENTES N. 675.896

**EMENTA:** Embargos infrigentes – Fundamento no voto dissidente que isenta de responsabilidade o ordenador de despesas quanto a juros por atraso no pagamento de duplicatas – Não acolhimento da tese – Negado provimento – Mantida a decisão do recurso de revisão.

ASSCOM TCEMG



*(...) o pagamento de juros resulta em dano ao erário e, se decorrer de impontualidade do administrador que não poderia assumir a obrigação sem a devida previsão de recursos, a responsabilidade é do ordenador de despesa.*

RELATOR: CONSELHEIRO ELMO BRAZ

## RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes interpostos por Humberto Timo, ex- Diretor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sete Lagoas, irresignado com a decisão proferida pelo Pleno deste Tribunal nos Autos n. 11.660, que, em Sessão do dia 14/08/2002, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso de revisão interposto pelo ora embargante.

A decisão embargada deu provimento parcial ao recurso de revisão uma vez que considerou sanadas as irregularidades relativas aos itens *Créditos adicionais abertos sem autorização legal* e *Divergências entre o Balanço Financeiro e o somatório dos doze balancetes mensais*, mantendo-se os demais itens impugnados, quais sejam: despesas sem empenho prévio; despesas realizadas sem licitação; despesas sem observância do estágio da liquidação; despesas com pagamento de consórcio e despesas com pagamento de juros por atraso em duplicatas.

O embargante ratifica todas as razões expendidas no recurso de revisão, requerendo a prevalência do voto dissidente proferido pelo Conselheiro substituto Edson Arger, consistente na assertiva de não ser de responsabilidade do ex-diretor do SAAE o eventual descontrole financeiro havido em um trimestre, constante das notas taquigráficas, a fls. 103 e 104, Processo n. 11.660.

Por fim, pugnou pelo provimento dos embargos, requerendo que fosse afastada toda a responsabilidade do ex-diretor daquela autarquia municipal, por inexistir qualquer prejuízo ou dano ao erário, mas tão-somente, irregularidades de natureza administrativa, todas em grande parte sanadas e por revestirem, como anotado no voto dissidente, *alcance eminentemente social*.

O embargante, após manifestação do Órgão Técnico, de fls. 12 a 16, e da Auditoria, a fls. 18 a 26, compareceu aos autos, trazendo os documentos de fls. 31 a 75 e, a fls. 79, a procuração de substabelecimento aos advogados Carlos Alberto de Souza e Luis Otávio Araújo Costa.

Os autos foram remetidos ao Órgão Técnico, que, após análise de fls. 84 a 87, concluiu que os referidos documentos, com objetivo de sanar as irregularidades remanescentes, nada comprovaram, sobretudo acerca dos juros pelo atraso de pagamento de duplicatas e dos juros sobre saldo de numerário negativo (último item julgado no recurso de revisão).

Remetido os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal, com parecer da lavra do Procurador Cláudio Couto Terrão, que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento dos embargos infringentes, porque as justificativas e documentos trazidos aos autos não foram capazes de elidir a correção do julgamento efetuado por este Tribunal.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Presentes os pressupostos de admissibilidade, nos termos do art. 271 da Resolução n. 10/96, acolho os embargos infringentes.

## MÉRITO

Os embargos infringentes são cabíveis para fazer prevalecer a conclusão estampada no voto vencido, não podendo o embargante utilizar-se de outro fundamento além ou diferente daquele constante da declaração do voto dissidente.

Depreende-se, de imediato, que o embargante não persegue, na verdade, objetivo

compatível com a índole do recurso, ou seja, não almeja o acórdão que ora impugna, mas sim, pretende, novamente, em vez disso, o reexame em substância da matéria já julgada, tanto que ratifica todas as razões do recurso de revisão.

Atentando-se, unicamente, ao objetivo que encerra os embargos infringentes quando o desacordo for parcial, ou seja, serão restritos à matéria objeto da divergência (parágrafo único do art. 271 da Resolução n. 10/96), verifica-se que o voto dissidente, fls. 103 e 104, proferido pelo Conselheiro substituto Edson Arger, referiu-se, apenas, ao item 7 do julgamento, que tratava de despesas com pagamento de juros por atraso em duplicatas, tendo o Tribunal considerado que tais atrasos eram de responsabilidade do ex-diretor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Sete Lagoas.

O voto dissidente entendeu, entretanto, que a responsabilidade não era do gestor, uma vez que havia eventual descontrole financeiro no trimestre, regularizado nos meses seguintes.

Verifica-se que a alegação do embargante para sustentar tal entendimento não merece ser acolhida, uma vez que o motivo alegado para o atraso no pagamento das duplicatas foi a prioridade de abastecimento contínuo e os esforços para a prestação de todos os serviços, ressaltando-se, ainda, o caráter eminentemente social de tal procedimento.

Como bem ressaltado pelo Órgão Técnico, o pagamento de juros resulta em dano ao erário e, se decorrer de impontualidade do administrador que não poderia assumir a obrigação sem a devida previsão de recursos, a responsabilidade é do ordenador de despesa. Este é o entendimento desta Corte exarado nas Consultas n. 100.938-9, formulada pela Câmara Municipal de Monte Sião e respondida em Sessão Plenária de 16/03/95, e n. 409.786 (25.739-7) da Prefeitura Municipal de Bandeira.

Está demonstrado nos autos que houve descontrole financeiro não apenas no mês de maio, mas em meses anteriores, o que deveria ter servido de base para que o gestor planejasse melhor seus gastos e não assumisse compromissos sem a necessária provisão de recursos.

Pelo exposto, nego provimento aos embargos, mantendo na íntegra a decisão atacada.

O processo em epígrafe foi apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 13/05/09 presidida pelo Conselheiro Wanderley Ávila; presentes o Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro substituto Hamilton Coelho, Conselheira Adriene Andrade, Conselheiros em exercício Gilberto Diniz e Licurgo Mourão, que aprovaram, por unanimidade, o voto exarado pelo Relator, Conselheiro Elmo Braz.

# Pagamento com recursos do FUNDEB a diretores e vice-diretores de escolas de níveis de ensino diversos



RELATOR: CONSELHEIRO  
WANDERLEY ÁVILA

CONSULTA N. 715.518

**EMENTA:** Município — Recursos do FUNDEB — Pagamento dos salários de diretores e vice-diretores — Escolas que não atendem somente ao ensino básico — Possibilidade — Criação de regras objetivas para quantificar o grau de participação na educação básica — Pagamento proporcional — Documentação dos critérios adotados e cálculos utilizados — Verificação pelo Tribunal de Contas.

*Parece-me, portanto, justa e razoável a utilização de recursos do FUNDEB para remunerar proporcionalmente os diretores e vice-diretores de escolas municipais que atuem tanto na educação básica (educação infantil — creche e pré-escola — e ensino fundamental) quanto no ensino médio, desde que seja possível quantificar o grau de participação desses servidores na educação básica, destacando-a da participação nos outros níveis de ensino.*

## RELATÓRIO

Cuidam os autos de consulta formulada pelo Prefeito do Município de Manhumirim, Ronaldo Lopes Correa, sobre o critério que deve ser utilizado para efetuar o pagamento, proporcionalmente ao número de alunos de cada nível de ensino, com recursos do FUNDEF, a diretor e vice-diretor de escola que oferece cursos de ensino fundamental, ensino médio e ensino profissionalizante.

O consulente informa que formulou tal consulta ao Ministério da Educação, tendo recebido orientação no sentido de proceder consulta diretamente ao Tribunal, a quem compete a atribuição de realização de fiscalização, inspeção e auditoria referente ao emprego dos recursos do FUNDEF, com base no art. 11 da Lei Federal n. 9.424/96.

Os autos da consulta, que foi protocolizada em junho de 2006, vieram-me conclusos em fevereiro de 2008.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Conheço da consulta para respondê-la em tese, haja vista que a parte é legítima e a matéria pertinente, a teor do disposto no inc. X do art. 7º do Regimento Interno desta Corte.

Com efeito, embora a questão verse sobre a distribuição de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização dos Profissionais do Magistério – FUNDEF, o qual foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, não há que se falar, neste caso, em perda superveniente do objeto, haja vista que a orientação a ser dada pode auxiliar o consulente na utilização dos recursos do FUNDEB, revelando-se, portanto útil e atual.

## MÉRITO

A situação a ser tratada em tese diz respeito ao procedimento a ser adotado para pagamento – com recursos do FUNDEB – a diretores e vice-diretores de escolas municipais que oferecem, ao mesmo tempo, cursos próprios da educação básica (compreendida esta, em creche, pré-escola e fundamental) e cursos próprios do ensino médio (inclusive profissionalizante).

A questão parece-me ser nova nesta Corte, em sede de consulta, não havendo pareceres precedentes sobre esta matéria. Importa destacar, nesta oportunidade, que a Lei Federal n. 11.494/07, que instituiu o FUNDEB, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, nos termos do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, é silente sobre a questão. Também a Instrução Normativa n. 06/2007, desta Corte, não tratou do tema postulado.

Primeiramente, cabe destacar a procedência da preocupação do consulente em buscar auxílio desta Corte para elucidação da questão suscitada, haja vista que, de acordo com a Lei Federal n. 11.494/2007, os recursos do FUNDEB devem ser aplicados exclusivamente na educação básica, sendo assegurado pelo menos 60% ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública – docentes e profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência: direção

ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica.

Parece-me, portanto, justa e razoável a utilização de recursos do FUNDEB para remunerar proporcionalmente os diretores e vice-diretores de escolas municipais que atuem tanto na educação básica (educação infantil – creche e pré-escola – e ensino fundamental) quanto no ensino médio, desde que seja possível quantificar o grau de participação desses servidores na educação básica, destacando-a da participação nos outros níveis de ensino.

Neste sentido, vejo que não é fácil o equacionamento da questão referente ao cálculo dos valores a serem efetivamente pagos aos diretores e vice-diretores desse tipo de estabelecimento de ensino: primeiro, porque o critério de divisão levando em consideração o percentual de alunos matriculados no ensino básico por si só não traduz a real participação do diretor e do vice-diretor naquele nível de ensino. Poder-se-ia considerar, dentre outros, o tempo estimado de dedicação a cada um dos níveis de ensino como um componente referencial para se chegar a uma equação adequada à situação em tela. Contudo, os critérios a serem adotados pelos Municípios na composição da parcela da remuneração desses profissionais – a ser paga com recursos do FUNDEB – não podem ser definidos por esta Corte, pois dependem da análise das peculiaridades de cada caso concreto a ser enfrentada pelo Município responsável.

É importante assinalar que, na hipótese de os Municípios decidirem pelo pagamento, com recursos do FUNDEB, a diretores e vice-diretores de escolas públicas municipais que atuem além da educação infantil e do ensino fundamental também em outros níveis de ensino, não de manter em arquivo os demonstrativos contendo os critérios utilizados para a quantificação da proporcionalidade aferida, com os devidos cálculos, para fins de verificação por este Tribunal.

O que não deve ocorrer, por não parecer razoável nem consentâneo com os objetivos do FUNDEB, é o pagamento integral da remuneração de diretores e vice-diretores de escolas municipais que não atendam somente ao ensino básico, com recursos do sobredito fundo. Enfim, penso que a proporcionalidade há que ser aferida mediante regras expressamente previstas por meio dos órgãos competentes da municipalidade.

**Conclusão:** respondendo em tese à consulta formulada, concluo pela possibilidade de pagamento a diretores e vice-diretores de instituição municipal de ensino que atue tanto na educação básica quanto no ensino médio, desde que

observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aferíveis por critérios objetivos a serem expressamente indicados pelos órgãos competentes da municipalidade, como, por exemplo, a Secretaria de Educação, o Setor de Finanças e o Controle Interno.

É o parecer.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 21/05/08 presidida pelo Conselheiro Elmo Braz; presentes o Conselheiro substituto Gilberto Diniz, Conselheiro Simão Pedro Toledo, Conselheiro substituto Hamilton Coelho, Conselheiro Antônio Carlos Andrada e Conselheira Adriene Andrade, que aprovaram, por unanimidade, o parecer exarado pelo Relator, Conselheiro Wanderley Ávila.

# Emprego de recursos do FUNDEB em despesas com transporte para professores

CONSULTA N. 716.243

**EMENTA:** Município — Despesa com transporte de professores da educação básica — Possibilidade de custeio com recursos do FUNDEB — Cômputo na parcela de 40% destinada à manutenção e desenvolvimento do ensino — Necessidade de lei específica — Previsão na lei de diretrizes orçamentárias — Inclusão na lei orçamentária anual — Obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal.

*(...) o FUNDEB tem como finalidade a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e a valorização dos profissionais do magistério da educação, o desenvolvimento da educação básica pública deve considerar todos os profissionais do magistério, conforme inc. II do art. 22 da Lei Federal n. 11.494/2007 e não apenas o corpo discente, ou seja, os alunos assistidos pela rede.*

RELATOR: CONSELHEIRO  
WANDERLEY ÁVILA

## RELATÓRIO

Por meio do Ofício n. 001/2006, a Secretária de Educação do Município de Juatuba, Maria Regina Braz Pinheiro, indaga se as despesas referentes ao transporte para o professor são devidas nos 60% do FUNDEF ou nos 40% desse mesmo fundo.

Autuado como consulta, vieram-me os autos conclusos em 15 de fevereiro do corrente.

É o relatório.

## PRELIMINAR

Conheço da consulta para respondê-la em tese, haja vista que a parte é legítima e a matéria pertinente, a teor do disposto no inc. X do art. 7º do Regimento Interno desta Corte.

Com efeito, embora a questão verse sobre a distribuição de recursos do Fundo

de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização dos Profissionais do Magistério – FUNDEF, o qual foi substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, em virtude da Lei Federal n. 11.494, de 20 de junho de 2007, não há que se falar, neste caso, em perda superveniente do objeto, haja vista que a orientação a ser dada pode auxiliar o consulente na utilização dos recursos do FUNDEB, revelando-se, portanto, a meu juízo, útil e atual.

## MÉRITO

A questão formulada parece-me nova neste Tribunal em sede de consulta. A resposta à indagação da consulente importa, em primeiro lugar, verificar a possibilidade do emprego de recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, no transporte de professores, questão que, a meu perceber, ainda não foi respondida por esta Corte.

Inicialmente cabe destacar que, no âmbito dos Municípios, os recursos do FUNDEB devem ser utilizados na educação infantil (creches e pré-escola) e no ensino fundamental, ao passo que, nos Estados, no ensino fundamental e médio, respeitando-se a atuação prioritária preconizada nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição da República.

A Lei Federal n. 11.494, de 20 de junho de 2007, que regulamenta o FUNDEB, em seu art. 21, prevê que os recursos desse fundo serão utilizados pelos Municípios no exercício financeiro em que lhes forem creditados, em ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino para a educação básica pública, conforme o disposto no art. 70 da Lei Federal n. 9.394 – LDB, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Esse artigo enumera, dentre as ações consideradas como de manutenção e desenvolvimento do ensino, aquela de manutenção de programas de transporte escolar (inc. VIII).

Embora o inc. VIII do art. 70 da Lei Federal n. 9.394/96 não contemple restrição relativa ao alcance do programa de transporte escolar, o inc. VI do art. 11 da lei em comento, com a redação dada pela Lei Federal n. 10.709, de 31 de julho de 2003, prevê que os Municípios assumirão o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

A norma em comento indica como destinatário do transporte escolar os alunos da rede municipal. Não há menção aos professores, ou outros profissionais da Educa-

ção. Portanto, em uma primeira análise, levando-se em conta uma interpretação lógico-sistemática, o inc. VI do art. 11, combinado com o inc. VIII do art. 70 da LDB, não contemplaria a possibilidade de alargamento, uma vez que direciona o universo dos contemplados com o transporte escolar para os alunos da rede municipal. Contudo, parece-me que uma interpretação lógico-sistemática da norma se encontra superada pela reformulação do seu conceito, aduzindo-se ao processo interpretativo as dimensões política, sociológica e filosófica, sobressaindo-se os sentidos axiológico e teleológico da norma e sua conexão com a realidade.

Considerando que o FUNDEB tem como finalidade a manutenção e o desenvolvimento da educação básica pública e a valorização dos profissionais do magistério da educação, o desenvolvimento da educação básica pública deve considerar todos os profissionais do magistério, conforme inc. II do art. 22 da Lei Federal n. 11.494/2007 e não apenas o corpo discente, ou seja, os alunos assistidos pela rede.

Neste sentido, conectando-me com a realidade municipal, em que os professores carecem, muitas vezes, de condições de transporte para chegar até o estabelecimento de ensino para o exercício de suas atividades pedagógicas, parece-me, à luz do ordenamento da lei de diretrizes e bases e do FUNDEB, ser possível cogitar a possibilidade de o Município, na esfera de sua autonomia administrativa e financeira, contemplar um programa de transporte escolar voltado para o atendimento da rede escolar prioritária do Município — educação infantil e fundamental — com regras próprias para a realização do transporte escolar dos profissionais do magistério, com recursos do FUNDEB. É claro que o principal beneficiário do transporte escolar deve ser o aluno e este deve ser prioritariamente assistido; mas não vejo, em tese, impedimento para que o Município possa incluir no programa de transporte escolar os profissionais do magistério, ao se deslocarem para atender a educação básica prioritária no Município.

Ressalto que a inclusão dos profissionais do magistério no programa de transporte escolar do Município deverá se dar por meio de lei específica, cabendo aos Municípios observar os dispositivos constitucionais e legais concernentes ao orçamento e às finanças públicas, os princípios da razoabilidade, da motivação e da legalidade, com ênfase nas disposições da Lei Federal n. 11.494, de 20 de junho de 2007, e da própria Lei Federal n. 9.394/96.

Nesse passo, o Município deve observar, também, o disposto no inc. I do art. 167 e no § 2º do art. 165 da Constituição da República, que vedam o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual e sem previsão na lei de diretrizes orçamentárias.

À vista da responsabilidade fiscal que deve nortear as ações do administrador público, cumpre ao Município observar, ainda, as normas estatuídas pela Lei Complementar n. 101/2000, especialmente os arts. 16 e 17, que tratam da geração de despesa.

Importa esclarecer, finalmente, que as despesas decorrentes da inclusão dos profissionais do magistério da educação básica no programa de transporte escolar do Município não poderão ser alocadas nos 60% dos recursos anuais totais do FUNDEB, haja vista que estes se destinam ao pagamento da remuneração dos profissionais do magistério da educação básica em efetivo exercício na rede pública, conforme preceitua o art. 22 da Lei Federal n. 11.494, de 20 de junho de 2007. Por outro lado, os referidos gastos poderão ser alocados nos 40% dos recursos do fundo.

**Conclusão:** resulta do exposto, em síntese, que as despesas com programas de manutenção de transporte escolar dos profissionais do magistério da educação básica — creche, pré-escola e ensino fundamental — poderão ser custeadas pelos Municípios com os 40% dos recursos do FUNDEB. O programa deverá contemplar, prioritariamente, os alunos da rede de ensino básico do Município e dependerá de lei específica, previsão na LDO e inclusão na lei orçamentária, em observância ao disposto no inc. I do art. 167 e § 2º do art. 165 da Constituição da República, bem como às normas estatuídas pela LC n. 101/2000, especialmente os arts. 16 e 17, que tratam da geração de despesas.

Relatada a consulta na Sessão do dia 02/04/08, os Conselheiros Antônio Carlos Andrade e Adriene Andrade acompanharam o parecer do Relator Conselheiro Wanderley Ávila, oportunidade em que o Conselheiro substituto Gilberto Diniz pediu vista.

## Retorno de vista

CONSELHEIRO SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ

### RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada pela Secretária Municipal de Educação de Juatuba, Maria Regina Braz Pinheiro, por meio da qual indaga se as despesas referentes a transporte de professores se enquadram nos 60% ou nos 40% do FUNDEF.

O Relator, Conselheiro Wanderley Ávila, preliminarmente, conheceu da consulta, considerando que a orientação sobre a matéria permanece útil, apesar de o FUNDEF ter sido substituído pelo FUNDEB, nos termos da Emenda Constitucional n. 53/06 e da Lei Federal n. 11.494/07, no que foi acompanhado pelos demais conselheiros.

No mérito, o relator expôs interessante análise da matéria sob aspectos teleológicos e axiológicos da norma de regência, aduzindo, em síntese, que o FUNDEB, em sua finalidade, deve também considerar o transporte dos profissionais do magistério da educação básica e não só dos alunos assistidos pela rede.

Assim, concluiu o relator que a inclusão desses profissionais no programa de transporte escolar pode ser estabelecida por meio de lei específica, observados os princípios constitucionais e legais concernentes, especialmente com relação ao orçamento e finanças públicas e à responsabilidade fiscal, cabendo alocar as despesas nos 40% referentes à aplicação em manutenção e desenvolvimento da educação básica e não, nos 60%, porque esse percentual se destina ao pagamento de remuneração dos profissionais da educação básica, conforme previsto no art. 22 e definido no inc. I do parágrafo único do referido artigo da Lei n. 11.494/07.

Acompanharam o relator o Conselheiro Antônio Carlos Andrada e a Conselheira Adriene Andrade.

Pedi, então, vista dos autos para melhor refletir sobre a matéria.

É o relatório, em síntese.

## MÉRITO

A fiscalização do destino dado às receitas vinculadas constitui um dos aspectos mais controversos na relação entre o Tribunal de Contas e seus jurisdicionados, havendo, não raro, divergência entre uma interpretação extensiva das normas de regência, por vezes adotada pelos agentes públicos na realização de despesas à conta de tais recursos, e a leitura feita pelo órgão de controle externo.

A atual Carta Republicana, como é cediço, deu ênfase nos serviços de saúde e educação, em virtude da grande defasagem entre o aumento das demandas e os parcos investimentos efetuados nesses setores nas décadas anteriores. No caso específico da Educação, destacada sua importância para o desenvolvimento social, foi mantida a obrigatoriedade de vinculação de, no mínimo, 25% das receitas dos Municípios, provenientes de impostos e transferências, em investimentos

na manutenção e desenvolvimento do ensino. O art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias previa, originalmente, a aplicação de, no mínimo, 50% dos referidos recursos, previstos no *caput* do art. 212, em programas de erradicação do analfabetismo e na universalização do ensino fundamental.

Com a instituição do FUNDEF, pela Emenda Constitucional n. 14, de 12/09/96, a aplicação de recursos próprios do Município foi reduzida na proporção dos repasses efetuados ao mencionado fundo, tendo sido alterado o foco das prioridades do investimento para a manutenção e o desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna dos profissionais do magistério.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 53, de 19/12/06, substituído o FUNDEF pelo FUNDEB, ampliou-se o alcance dos investimentos com a manutenção e desenvolvimento do ensino, que passarão a abranger a educação básica, constituída pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

O argumento adotado pelo relator, Exmo. Conselheiro Wanderley Ávila, acerca do transporte escolar considera superada a interpretação lógico-sistemática das limitações contidas no inc. IV do art. 11 e inc. VIII do art. 70 da Lei Federal n. 9.394, de 20/12/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação, uma vez que esta não contempla expressamente o transporte de professores, senão de alunos da rede municipal. Dessa forma, S. Exa. conclui ser possível a instituição de programa de transporte voltado para atender ao corpo docente, em vista das deficiências existentes em algumas localidades, em que os professores também têm dificuldade de chegar aos estabelecimentos de ensino.

Em que pese ao ineditismo da matéria em sede de consulta, é essencial observar que esta Corte trata os casos concretos com orientação diametralmente oposta, glosando despesas contabilizadas como gastos com educação, que não se enquadram como tal. Nesse aspecto, o disposto no § 1º do art. 5º da Instrução Normativa n. 06/2007, editada na vigência da EC n. 53/06 e da Lei Federal n. 11.494/07, é enfático ao definir, *in verbis*: ***serão consideradas despesas com a manutenção e desenvolvimento do ensino, pelos Municípios, somente os programas de transporte escolar que atendam aos alunos da rede municipal de ensino básico.***

E não poderia ser diferente porque as despesas com transporte para os trabalhadores do ensino, seja por meio do sistema regular, pelo fornecimento de vale-transporte ou pela disponibilização de veículo, não se enquadram na definição

legal de transporte escolar; a despesa, em rigor, não pode ser custeada com recursos do FUNDEB como, a propósito, vem entendendo este Tribunal.

Curioso observar que a indagação formulada pela consulente não contém dúvida acerca da realização da despesa de transporte de professores com recursos do FUNDEB, apenas questiona se tal gasto será classificado nos 60% ou nos 40% dos recursos do fundo. Como formulada, contudo, a consulta não permite aferir se o Município fornecerá transporte a todos os professores da educação básica, ou se atenderá a situação específica em que não há transporte regular para o estabelecimento de ensino a que se refere o relator, o que poderia ocorrer com a escola situada na zona rural.

Tal situação, *data vênia*, não justifica, a meu ver, a ampliação das despesas autorizadas pelo art. 21 da Lei Federal n. 11.494, de 20/06/07, de forma generalizada porque o Município não tem autonomia ou competência para ampliar o alcance previsto na lei federal que regulamenta o FUNDEB.

O fato de referido dispositivo remeter ao art. 70 da Lei Federal n. 9.394/96 (LDB), a definição das despesas realizadas à conta do FUNDEB, não autoriza o Município a ampliar o conceito legal, cabendo observar que o inc. VIII do mencionado artigo considera como despesa de manutenção e desenvolvimento do ensino a *manutenção de transporte escolar*. E, como bem lembrado pelo ilustre relator, o transporte escolar definido pela Lei n. 11.494/2007 destina-se ao corpo discente da educação básica, conforme se depreende do inc. VI do art. 11 do referido diploma, não abrangendo o transporte dos profissionais de Educação.

Ressalta-se, ademais, que os 40% dos recursos do fundo têm dupla destinação, qual seja, a manutenção e o desenvolvimento da educação básica. O constituinte derivado, portanto, estabeleceu duas vertentes de despesas concorrendo pela mesma fonte de receita, o que conduz à seguinte conclusão: toda inclusão de gastos com manutenção reduz, por consequência aritmética, a possibilidade de investimentos em desenvolvimento da educação básica.

Nesse aspecto, é válida a interpretação teleológica aplicada pelo relator, porém em outro sentido, já que a evolução da norma contida no art. 60 do ADCT, ao longo das alterações promovidas pelas Emendas n. 14/96 e 53/06, identifica claramente a *mens legis*. O destaque dado pelo legislador maior é ao desenvolvimento do ensino básico, como acréscimo da qualidade, passo que se segue à universalização anteriormente tratada no dispositivo em comento.

O termo **manutenção** tem significado estático e, no meu entender, constitui a pre-

servação de serviços anteriormente criados pelo Estado, dispensando o destaque dado pela norma constitucional transitória, esta visivelmente comprometida com o desenvolvimento, para agregar melhoria qualitativa à educação básica.

Nessa esteira, a cada despesa de manutenção que se permite alocar na conta do FUNDEB, menor o investimento em desenvolvimento do ensino básico, afastando-se da orientação dada pela ordem constitucional.

Outro aspecto a ser considerado é que os recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino estão fixados no texto da Lei Maior como percentual mínimo, o que elimina qualquer interpretação limitativa da realização das despesas, nos moldes traçados pelo relator, fora dos contornos do FUNDEB. Logo, o fato de não poder custear as despesas com transporte de professores do ensino básico com recursos do FUNDEB não impede que o Município crie programa próprio para os professores em outra rubrica, a fim de atender situação excepcional como a destacada pelo relator, observando-se, evidentemente, os aspectos legais para atingir esse desiderato.

**Conclusão:** ante todo o exposto, diferentemente dos conselheiros que me antecederam, entendo que não há deficiência na lei federal que regulamenta o FUNDEB por não contemplar os professores no programa de transporte escolar, até porque o custeio do deslocamento da residência para o local de trabalho e vice-versa é de responsabilidade do trabalhador, permanecendo, pois, válida a orientação contida na Instrução Normativa n. 06/2007 desta Corte.

Poderá o Município, entretanto, à conta de seus próprios recursos, criar programa de transporte para atender professores em atuação na educação básica, quando não existir serviço regular de transporte para determinada unidade de ensino municipal, fato esse que deverá ficar suficientemente demonstrado e comprovado.

Entendo razoável a criação desse programa nessa situação excepcional, para que o fim maior, a educação básica, não fique frustrado com a impossibilidade de o professor chegar aos alunos para ministrar suas aulas, pois, como é do conhecimento geral, a educação é direito de todos e dever do Estado.

É como voto.

Na Sessão do dia 10/09/08, diante do entendimento do Conselheiro substituto Gilberto Diniz, pediu vista dos autos o Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

# Retorno de vista

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

## RELATÓRIO

Versam estes autos sobre consulta formulada pela Secretária de Educação do Município de Juatuba, Maria Regina Braz Pinheiro, à época, acerca da possibilidade de se computarem na cota de 40% ou 60% do antigo FUNDEF as despesas realizadas com transporte de professores.

Na Sessão do Pleno de 02/04/08, decidiu-se pelo conhecimento da consulta.

O Relator, Conselheiro Wanderley Ávila, apresentou então seu posicionamento quanto ao mérito no sentido da possibilidade de se utilizarem recursos do atual FUNDEB para o pagamento de despesas relativas ao transporte de professores. Aduziu que tal é possível desde que haja previsão em lei específica, além da observância dos dispositivos constitucionais e legais relacionados à matéria, sendo os referidos gastos computados na cota de 40% do fundo.

Acompanhei o entendimento do relator, seguido pela Conselheira Adriene Andrade.

O Conselheiro substituto Gilberto Diniz pediu vista dos autos e, na Sessão de 10/09/2008, trouxe aos autos o voto-vista em que defendeu a tese de que, conforme orientação contida na Instrução Normativa n. 06/2007 desta Corte, o custeio do deslocamento da residência para o local de trabalho e vice-versa é de responsabilidade do trabalhador, não podendo ser utilizados recursos do FUNDEB para o pagamento do transporte de professores.

Diante da relevância da matéria, apesar de já ter votado, pedi vista dos autos para estudar novamente o tema.

É o relatório, em síntese.

## MÉRITO

Analisando novamente a temática tratada nos autos, tenho que foi abordado com perfeição pelo relator o questionamento formulado pelo consulente.

No entanto, tendo em vista a manifestação do Conselheiro Gilberto Diniz sus-

tentando entendimento em contrário, venho dar destaque a alguns argumentos quanto à relevância de se autorizar a computação dos gastos com transporte de professores na cota de 40% do FUNDEB.

Examinando-se os dados dos censos demográficos de 1980, 1991 e 2000<sup>1</sup> realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, tem-se que, de maneira geral, o nível educacional da população em Minas Gerais vem melhorando, como pode ser observado através da significativa queda da taxa de analfabetismo registrada nesses censos. Todavia, o Estado ainda possui grande contingente de analfabetos, que totalizava, no ano 2000, cerca de 1,5 milhão de pessoas com mais de quinze anos de idade.

O dado encontrado nesses censos que apresenta grande relevância para o julgamento desta consulta refere-se à majoritária participação da população rural nessas estatísticas. Enquanto o percentual de analfabetismo nas áreas urbanas é de 9,4%, na área rural o índice chega a 24%.

Apresento esses dados para ressaltar o aspecto crítico da educação rural, um desafio para a quase totalidade dos Municípios mineiros, que têm como uma de suas maiores dificuldades a questão do transporte de professores.

Infelizmente, é muito raro que o corpo docente das redes municipais ou estadual de ensino disponha de profissionais que residem nas áreas rurais. Assim, para que seja viabilizada a prestação do serviço educacional diretamente nas comunidades do campo, é preciso que, diariamente, professores domiciliados na área urbana dos Municípios se desloquem para ministrar aulas nas escolas rurais.

É certo que, conforme bem apontou o Conselheiro Gilberto Diniz, o custeio do deslocamento da residência para o local de trabalho (e vice-versa) é de responsabilidade do trabalhador, via de regra. No entanto, no caso dos professores que lecionam em escolas rurais ou de difícil acesso, esta máxima não deve imperar, tendo-se em vista a excepcionalidade da situação.

É fato notório que o transporte coletivo dos Municípios dificilmente possui linhas regulares que atendem às áreas rurais. Em geral, dado o espaçamento entre as propriedades, a má qualidade das estradas de terra e o fluxo relativamente pequeno de pessoas, torna-se inviável economicamente a prestação regular de serviço de transporte coletivo às comunidades rurais.

Nesse sentido, exigir que o próprio professor cuide de seu deslocamento da cidade

<sup>1</sup> Dados disponíveis no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>.

até a escola rural em que trabalha pode significar um contrassenso, eis que inexistente serviço de transporte coletivo e raramente um professor que leciona em séries primárias (englobadas pelo FUNDEB) tem condições financeiras de possuir automóvel próprio ou de custear o combustível para o trajeto.

O que procuramos demonstrar, portanto, é que a regular prestação do serviço educacional nas numerosas escolas rurais existentes em nosso Estado depende da disponibilização pelo Poder Público de transporte para os docentes.

Não sendo permitido o uso dos recursos do FUNDEB para tal finalidade, pode-se estar, absurdamente, incentivando a saída inversa: o deslocamento de todos os alunos das comunidades rurais até as escolas urbanas, já que o transporte escolar admitido legalmente poderia contemplar apenas o transporte discente.

Sem dúvida está correto o raciocínio do Conselheiro substituto Gilberto Diniz quando afirma a fls. 21 destes autos que poderá o Município, *à conta de seus próprios recursos, criar programa de transporte para atender professores em atuação na educação básica, quando não existir serviço regular de transporte para determinada unidade do ensino municipal (...).*

No entanto, sabemos que a realidade da imensa maioria dos Municípios mineiros é de receitas próprias pouco volumosas, muitas vezes comprometidas com dívidas e máquinas administrativas inchadas, herança ainda existente do período anterior à promulgação da austera Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim, a lamentável, mas não rara realidade de dezenas de Municípios é um orçamento em que os recursos disponíveis para o investimento em educação acabam sendo quase que exclusivamente aqueles provenientes do FUNDEB.

Pelos argumentos ora expostos, e tendo em vista o disposto no art. 2º da Lei Federal n. 11.494/07 (*os fundos destinam-se à manutenção e ao desenvolvimento da educação básica pública e à valorização dos trabalhadores em educação*), tenho que não se deve dar interpretação excessivamente restritiva à expressão **transporte escolar**, prevista no art. 70, VIII, da Lei Federal n. 9.394/96, dispositivo que faz referência à Lei Federal n. 11.494/07.

Divergindo do posicionamento consagrado por esta Corte no art. 5º, § 1º, da Instrução Normativa n. 06/2007, cuja alteração proponho como consequência do resultado deste julgamento, reitero, portanto, o meu entendimento no sentido de que podem ser utilizados recursos do FUNDEB para o transporte docente.

Obviamente, tendo em vista a regra geral de que cabe ao empregado público/servidor custear o deslocamento casa/trabalho/casa, essa possibilidade depende da demonstração pelo Poder Público da efetiva necessidade do gasto, seja porque a escola é rural, seja porque a unidade educacional, embora urbana, encontra-se em local de difícil acesso.

Destacamos aqui a situação das escolas rurais para demonstrar um extremo que sem dúvida justifica o gasto dos recursos do FUNDEB com o transporte de professores, mas é também fácil visualizar necessidade semelhante em relação a escolas, por exemplo, localizadas em favelas com altos índices de criminalidade ou em bairros urbanos distantes, não abrangidos pelo transporte coletivo municipal.

É preciso que esta Corte, ao fiscalizar a aplicação dos recursos do FUNDEB, verifique as peculiaridades do caso concreto, pondere quanto às circunstâncias fáticas que levaram a Administração a decidir financiar o transporte docente.

O que não se pode admitir é que uma interpretação demasiado fechada da legislação do FUNDEB resulte em desestímulo à manutenção de escolas localizadas em áreas rurais ou áreas de difícil acesso, as quais têm imensa relevância na melhoria da educação básica nos Municípios mineiros, especialmente em relação à parcela mais pobre da população.

Quando o Direito se distancia da realidade, cresce o risco da injustiça.

Já tendo proferido o meu voto na Sessão do Pleno de 02/04/08, apenas ratifico o entendimento então manifestado, com destaque para os fundamentos ora apresentados, que acredito apontarem no sentido da melhoria das condições de trabalho dos docentes mineiros e, especialmente, da valorização da educação rural.

### **👉 Na oportunidade, divergindo do entendimento do relator, manifestou-se o Conselheiro Eduardo Carone Costa.**

Sr. Presidente, compreendo toda a problemática social do interior e as dificuldades de acesso. Mas nós não somos legisladores. Essa regra está na Instrução Normativa n. 06/2007 por força do que está na lei federal, que estabelece o que é considerado despesa com manutenção e desenvolvimento do ensino. Acredito que o Tribunal não possa fazer esse elastério. Essa é uma norma de ordem pública. Entendo que, se a lei for mudada, se poderá alcançar isso. Há ainda mais uma razão: essas leis do FUNDEF e do FUNDEB visam a garantir a aplicação em atividades, eminente-

mente, de ensino. Lamentavelmente, não se incluiu o transporte de professor. Não cabe a mim, como simples julgador, acrescentar, suprir a vontade ou suprir a ação do legislador. Por isso eu fico com a redação, até que se mude a lei.

Na Sessão do dia 10/12/08, a consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno nos termos do parecer do Relator Conselheiro Wanderley Ávila. Os Conselheiros Presidente Elmo Braz, Antônio Carlos Andrada e Adriene Andrade acompanharam-no. Vencidos o Conselheiro substituto Gilberto Diniz e o Conselheiro Eduardo Carone Costa. Impedido o Conselheiro substituto Licurgo Mourão.

# Prorrogação de contratos de concessão de serviços de transporte coletivo sem licitação

PROCESSO ADMINISTRATIVO N. 734.282

**EMENTA:** Processo administrativo – Município – Transporte coletivo – Concessão de serviços por prazo indeterminado anterior à CR/88 – Prorrogação de vigência contratual mediante termos aditivos em 2006 – Falta de procedimento licitatório – Violação dos arts. 37, XXI, e 175 da CR/88 e dos arts. 14 e 42 da Lei Federal n. 8.987/95 – Irregularidade – Aplicação de multa – Remessa dos autos ao Ministério Público – Inadequação da anulação do contrato no caso concreto – Natureza essencial dos serviços – Determinada a realização de licitação no prazo máximo de seis meses – Instauração de tomada de contas especial.

RELATOR: CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

(...) toda a conformação da interpretação jurídica nos casos concretos deve pautar-se por um olhar recursivo no sentido de que a Constituição, ela sim, deve ser o ponto de partida e de chegada do hermeneuta. Admitir-se o contrário, ou seja, pautar toda a análise do caso a partir da legislação infraconstitucional seria subverter, como esposado, a própria ordem democrática. Nesses termos, tem-se que a legislação infraconstitucional é que deve ser compatibilizada com os preceitos insculpidos nos arts. 37, XXI, e 175 da Carta República, principalmente tendo em vista o lapso temporal decorrido entre a primeira prorrogação em 1999 e esta que ora se examina, prazo mais do que suficiente para que os comandos constitucionais fossem plenamente cumpridos.



## RELATÓRIO

Tratam os autos de processo administrativo decorrente de denúncia subscrita pelo Procurador-Geral de Justiça adjunto, Alceu José Torres Marques, relatando irregularidades nas prorrogações dos contratos de permissão para exploração dos serviços de transporte coletivo da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, realizadas no final do exercício de 2006, sem realização de processo licitatório.

Considerando a relevância da questão focada neste processo, passo a fazer, excepcionalmente, relato detalhado de seu andamento, utilizando-me, para tanto, de dados obtidos nos próprios autos, bem como junto ao SGAP (Sistema de Gerenciamento e Apoio a Processos), pela ordem:

Em **08/02/2007**, foi protocolizada nesta Corte, sob o número 177.082-2, documentação subscrita por Alceu José Torres Marques, Procurador-Geral de Justiça Adjunto, relatando irregularidades nas prorrogações dos contratos de permissão para exploração dos serviços de transporte coletivo da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, realizadas no final do exercício de 2006, sem realização de processo licitatório.

No dia **13/02/07**, a documentação foi submetida, pela Secretaria da Segunda Câmara, à consideração do Conselheiro Presidente desta Corte, conforme Exp. n. 52/2007, colacionado a fls. 49.

Em cumprimento ao Exp. Int. n. 115/2007, datado de **22/02/07**, oriundo da Presidência, a documentação foi encaminhada ao meu Gabinete, conforme Exp. n. 108/2007, da Secretaria da Segunda Câmara, datado de **09/03/07** (fls. 51), por ter sido constatado que ela apresentava, em seu bojo, cópia de relatório pertencente ao Processo Administrativo n. 678.305, de minha relatoria.

Frise-se, por oportuno, que referido processo administrativo, ainda em trâmite neste Tribunal, atualmente em fase de análise pelo Ministério Público junto a esta Corte, é decorrente de inspeção ordinária realizada no Município de Juiz de Fora, no qual há, entre outros, apontamentos de irregularidades encontradas na prorrogação dos contratos de concessão dos serviços de transporte coletivo, ocorrida em **1996**.

Assim, tendo em vista que a documentação que me foi remetida tratava de irregularidades presentes na prorrogação de aludidos contratos ocorrida em **2006**, tratei de encaminhá-la ao Gabinete da Presidência, em **12/03/2007**, por meio do Expediente n. 32/2007 (fls. 52), propondo sua autuação como denúncia, bem como sua distribuição à minha relatoria.

Cabe ressaltar, por relevante, que deixei de determinar o apensamento dos dois processos, no intuito de não atrasar o julgamento, vez que o Processo Administrativo n. 678.305, acima referido, já se encontrava em fase de tramitação mais adiantada.

Em **13/03/2007**, o Conselheiro Presidente, por meio do despacho de fls. 53, encaminhou a documentação ao Protocolo para que fosse autuada como Denúncia, o que foi prontamente atendido, tendo ela tomado o n. 725.507.

No dia **14/03/2007**, foram, então, os autos da Denúncia n. 725.507 encaminhados ao meu Gabinete.

Já em **21/03/2007**, encaminhei os autos à Secretaria da Segunda Câmara, com o despacho de fls. 55 e 56, convertendo-os em diligência e determinando a intimação do denunciado para que encaminhasse toda a documentação relativa às prorrogações objeto da denúncia, por considerar que os documentos colacionados pelo denunciante eram insuficientes para análise.

No dia **10/04/2007**, os autos retornaram ao meu Gabinete por empréstimo tendo sido devolvidos à Secretaria da Segunda Câmara no dia **12/04/2007**.

Em **23/04/2007**, os autos foram encaminhados pela Secretaria da Segunda Câmara ao meu Gabinete, e, realizando uma análise preliminar da documentação de fls. 63 a 1.014, colacionada pelo denunciado, verifiquei a necessidade de se realizar uma inspeção *in loco* no Município, a fim de se apurarem os fatos denunciados.

Assim, no dia **25/04/2007**, encaminhei os autos ao Gabinete da Presidência e, por meio do despacho de fls. 1.016, solicitei que se determinasse a realização de inspeção extraordinária em caráter de urgência.

Em **25/04/2007**, o Conselheiro Presidente Elmo Braz encaminhou os autos ao Órgão Técnico (DAE) para que fosse realizada a inspeção extraordinária (despacho de fls. 1.017).

No dia **26/04/2007**, o Órgão Técnico encaminhou os autos, por empréstimo, ao Gabinete do Auditor Edson Arger, que os retornou à DAE no dia **03/05/2007**.

Na esteira do relatório técnico de fls. 1.023 a 1.031, a inspeção solicitada foi realizada no período de **14 a 18 de maio de 2007**, tendo sido os autos encaminhados ao meu Gabinete, em **04/06/2007**, conforme despacho de fls. 1.036.

Já em **05/06/2007**, por meio do despacho de fls. 1.037 e 1.038, encaminhei os autos ao Protocolo para que fosse feita sua conversão em Processo Administrativo, tendo ele recebido o n. 734.282.

Determinei, ainda, a realização de abertura de vista no prazo regimental ao denunciado, para que ele se manifestasse acerca das irregularidades constatadas.

Assim, no dia **11/06/2007**, o Protocolo encaminhou os autos à Secretaria da Segunda Câmara.

Em **20/06/2007**, a Secretaria do Pleno solicitou à Segunda Câmara os autos, por empréstimo, devolvendo-os no mesmo dia.

No dia **11/07/2007**, recebi os autos em meu Gabinete após a juntada da defesa apresentada, colacionada a fls. 1.043 a 1.067.

Nessa mesma data, qual seja, **11/07/2007**, encaminhei os autos ao Órgão Técnico (CATE/DAE) para exame da defesa, no prazo improrrogável de quinze dias, conforme despacho de fls. 1.069 e 1.070.

Em **21/08/2007**, solicitei, por empréstimo, os autos ao Órgão Técnico, devolvendo-os no mesmo dia.

Na data de **14/11/2007**, os autos foram encaminhados ao meu Gabinete pelo Órgão Técnico, com o relatório de fls. 1.071 a 1.083.

Em **06/12/2007**, remeti-os à Auditoria para emissão de parecer, conforme despacho de fls. 1.095.

No dia **14/01/2008**, os autos foram encaminhados ao Protocolo pelo Auditor Licurgo Mourão, em virtude da promulgação da nova Lei Orgânica do Tribunal de Contas — Lei Complementar n. 102/2008 —, que dispensou a emissão de parecer pela Auditoria. Assim, os autos foram novamente remetidos ao meu Gabinete, no dia **20/02/08**.

Em **04/04/2008**, os autos foram encaminhados à CADIV (Coordenadoria de Área de Diligência e Vista) e, em atendimento ao despacho de fls. 1.097 e 1.098, foi efetuada nova conversão em diligência, desta vez para que o denunciante comprovasse a alegada realização de levantamento para execução de procedimento licitatório.

No dia **11/04/2008**, solicitei os autos à CADIV, por empréstimo, para deliberar acerca de pedido de cópia apresentado pelo Juiz da Vara da Fazenda Pública e autarquias municipais da comarca de Juiz de Fora, devolvendo-os no dia **14/04/2008**, conforme despacho de fls. 1.100 e certidão de fls. 1.102.

Em **15/04/2008**, solicitei, novamente, por empréstimo, os autos, que foram devolvidos em **16/04/2008**.

Já na data de **03/06/2008**, foram os autos encaminhados ao meu Gabinete para que me pronunciasse acerca da documentação enviada pelo denunciado, em cumpri-

mento à diligência determinada. Assim, em **04/06/2008**, remeti os autos à Secretaria da Segunda Câmara para que procedesse à juntada da referida documentação, que restou colacionada a fls. 1.105 a 1.107.

No dia **08/07/2008**, retornaram os autos ao meu Gabinete e, em **28/07/2008**, na esteira do despacho de fls. 1.109, foram eles encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para emissão de parecer.

Em **05/08/2008**, por meio do Expediente n. 110/2008, solicitei ao Ministério Público que fosse dada prioridade ao processo em tela. Assim, no dia **22/08/2008**, foram os autos encaminhados pelo Ministério Público ao meu Gabinete, com o parecer de fls. 1.110 a 1.136.

Em **12/09/2008**, remeti os autos à CADIV, determinando, por meio do despacho de fls. 1.138, a realização de abertura de vista às empresas contratadas pelo Município, tendo em vista que o contrato com elas firmado poderá ser atingido por decisão desta Corte, respeitando-se, assim, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal, prolatado no bojo do Mandado de Segurança n. 23.550/DF <sup>1</sup>.

No dia **24/09/2008**, retornaram os autos ao meu Gabinete com a defesa apresentada pelas empresas contratadas, a fls. 1.162 a 1.170, acompanhada dos documentos de fls. 1.171 a 1.353.

Em **17/10/2008**, remeti os autos ao Órgão Técnico para análise da defesa, tendo sido emitido, em **13/11/2008**, o relatório de fls. 1.350 a 1.365.

Tendo em vista a defesa apresentada pelas empresas contratadas, encaminhei, em **14/11/2008**, por meio do despacho de fls. 1.368, os autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, para emissão de parecer conclusivo, o que foi cumprido a fls. 1.369 e 1.370.

Em **18/11/2008**, retornaram os autos ao meu Gabinete.

Diante desse relato detalhado, conclui-se que os autos seguiram curso regular nesta Corte e que permaneceram no Gabinete desta relatoria o tempo exato que se fez necessário, e não mais que isso, para análise e elaboração de despachos e decisões.

É o que se tinha a relatar.

<sup>1</sup> Processo: MS 23.550/DF – DISTRITO FEDERAL; MANDADO DE SEGURANÇA; Relator(a): Ministro MARCO AURÉLIO; Relator(a) p/ Acórdão: Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 04/04/2001; Órgão julgador: Tribunal Pleno do STF; Publicação: DJ 31/10/2001; Parte(s): IMPTE.: POLI ENGENHARIA LTDA.; IMPDO.: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU e SECRETÁRIO ADJUNTO DE ADMINISTRAÇÃO DA SUPERINTENDÊNCIA DA ZONA FRANCA DE MANAUS; LIT.PAS.: CONSTRUTORA SÓLIDA LTDA.

## MÉRITO

Inicialmente, cabe fazer um esclarecimento no que toca ao objeto da presente denúncia. É que, como dito anteriormente, é citada, na peça inicial da denúncia, a inspeção ordinária realizada por este Tribunal na Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, que originou os autos do Processo Administrativo n. 678.305, também de minha relatoria e que se encontra, atualmente, no Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para emissão de parecer conclusivo.

Entretanto, os referidos autos, diferentemente dos aqui focados, cuidam, dentre outras questões, das prorrogações dos contratos das concessionárias dos serviços de transporte coletivo de Juiz de Fora ocorridas em 1999. Ao passo que os presentes autos, frise-se, tratam apenas da prorrogação dos contratos de concessão de serviço público de transporte coletivo urbano de Juiz de Fora, realizada ao final do exercício de 2006.

Feita essa consideração inicial, passo a apresentar um breve histórico acerca das contratações relativas à prestação de serviços de transporte coletivo do Município de Juiz de Fora.

### **I Histórico da prestação de serviços de transporte coletivo no Município de Juiz de Fora – síntese**

Conforme quadro demonstrativo, a fls. 1.076, os serviços de transporte coletivo urbano em Juiz de Fora são explorados pelas mesmas empresas, de forma ininterrupta, desde **1963**, tendo havido, inclusive, fusões entre as empresas.

Em **07/06/1982** — antes, portanto, da vigência da Constituição Federal de 1988 —, a Administração Municipal outorgou todas as concessões por prazo indeterminado.

Em **08/09/99**, o Município, por meio do Procedimento de Inexigibilidade de Licitação n. 5.677/99, formalizou termos aditivos aos contratos, então vigentes por prazo indeterminado, prorrogando o direito de exploração dos serviços de transporte por mais 87 meses, até 02/12/2006.

Antes de findo o prazo das concessões, em agosto de 2006, o prefeito municipal enviou notificações às empresas concessionárias de transporte coletivo, conforme documentos de fls. 346 a 355, comunicando que não haveria prorrogação das concessões com término previsto para dezembro e informando sobre a abertura de procedimento licitatório em cumprimento à legislação vigente.

As empresas emitiram contranotificações (documentos de fls. 70 a 344), alegando que teriam direito adquirido à prorrogação da permissão por força do termo aditivo decorrente da Inexigibilidade n. 5.677/99 e da Lei Municipal n. 8.981/96. Argumentaram que a prorrogação propiciaria o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ante os investimentos realizados e que a rescisão dos contratos provocaria um colapso nos serviços prestados pelas empresas permissionárias, podendo acarretar a responsabilidade civil do Município, com conseqüente pagamento de indenizações.

A Agência de Gestão do Transporte e Trânsito de Juiz de Fora – GETTRAN, a fls. 397 a 406, emitiu parecer contrário à prorrogação das concessões, sugerindo que fosse dado prosseguimento aos procedimentos devidos para a realização do processo licitatório.

Não obstante o citado parecer, o prefeito municipal de Juiz de Fora, sem apresentar nenhum demonstrativo de impacto financeiro referente a investimentos das empresas concessionárias que pudesse ensejar o dever de indenizar, nos termos do documento acostado a fls. 63 a 65, não realizou o procedimento licitatório obrigatório e prorrogou as concessões por mais dez anos a partir de **08/12/2006**, conforme termos aditivos acostados a fls. 766 a 793.

Feito esse breve relato, passo à análise do objeto aqui focado, não sem antes apresentar, para facilitar o entendimento de meus pares, os apontamentos efetuados pelo Órgão Técnico e as alegações de defesa.

## **II Objeto dos presentes autos – prorrogação de contrato realizada em 2006 – apontamentos do Órgão Técnico**

Cotejando os autos, e na esteira do relatório técnico de fls. 1.023 a 1.034, verifica-se que, de acordo com o que restou denunciado, as permissões para prestação e exploração dos serviços de transporte coletivo do Município de Juiz de Fora foram prorrogadas pelo prazo de dez anos, a partir de 08/12/2006, mediante a formalização de termos aditivos de prorrogação, cuja cópia foi juntada a fls. 766 a 793.

No aludido relatório técnico consta que as referidas prorrogações foram fundamentadas, dentre outras, na Lei Municipal n. 8.981/96, de 20/12/96 (fls. 1.032 e 1.033), que dispõe sobre o transporte coletivo urbano do Município, seu planejamento, forma de delegação, contratação e cancelamento.

O relatório aponta que a citada lei municipal, ao prever a permanência da execução dos contratos de concessão dos serviços de transporte coletivo e a prorrogação

dos mesmos, violou o art. 175 da Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal n. 8.987/95, que o regulamentou.

Destaca, ademais, o relatório técnico que os contratos de concessões outorgados sem licitação na vigência da Constituição Federal de 1988 foram extintos por força do art. 43 da Lei Federal n. 8.987/95 (*sic*) e que por isso não poderiam ser prorrogados.

Ressalta, ainda, que a prática adotada pela Administração caracterizou ausência de planejamento para a contratação dos serviços explorados pelas empresas concessionárias, haja vista que, entre a vigência da referida Lei Federal n. 8.987/95 e a prorrogação das concessões realizada em dezembro de 2006, passaram-se 11 anos, não havendo justificativa para a não-realização de licitação a fim de regularizar a prestação dos serviços no Município.

### **III Defesa apresentada pelo prefeito municipal**

Antes de tratar especificamente da defesa do prefeito municipal de Juiz de Fora, colacionada em resposta à abertura de vista efetuada, cumpre destacar as alegações por ele juntadas a fls. 63 a 65, quando notificado para apresentar documentos, quais sejam:

*A Administração atual, ao constatar a proximidade do termo final das delegações para a exploração de serviço de transporte, deflagrou Processo Administrativo (5.105/06) para efetuar os procedimentos prévios para a realização de licitação, tendo como marco inicial as notificações às empresas, informando-as sobre o processo licitatório que seria efetivado, conforme segue em anexo.*

*Em resposta às notificações, as empresas permissionárias apresentaram pedidos de reconsideração, acompanhados de diversos documentos, dentre eles, pareceres jurídicos de renomados administrativistas, bem como de estudos da Fundação Getúlio Vargas, acerca da possibilidade de prorrogação, reequilíbrio econômico-financeiro e o lapso temporal devido; além de solicitar, veementemente, a dilação das permissões, o que, após profunda reflexão, convenceu o Poder Público municipal do risco de se ver compelido a indenizá-las judicialmente, gerando não só grande prejuízo ao erário, mas também a possibilidade de um colapso no transporte coletivo.*

*Analizando detidamente as alegações e as opções pertinentes, esta Administração reformulou seu pensamento inicial e, rendendo-se a judiciosos argumentos jurídicos, entendeu, para resguardo do interesse público e do erário municipal, prorrogar as permissões, em face da situação sui generis em que se encontrava o sistema de transporte municipal em consequência das exigências realizadas pelos termos aditivos e pactos adjetos anteriores.*

*Destaca-se que tal dilação não foi baseada, como ocorreu nas anteriores, na inexigibilidade de licitação, mas foi estritamente calcada nos princípios do interesse público, da continuidade dos serviços, da economicidade e, também, na Lei Municipal n. 8.981/96, art. 57, II, bem como na expressa previsão constante dos termos aditivos firmados em 19 de janeiro de 2000 (cláusula décima quinta, item 15.1).*

*Outrossim, as prorrogações não foram efetuadas estendendo apenas o prazo, mas, resguardou-se dos riscos e se exigiram benefícios em contrapartida, primando pela busca de vantagens para a administração que não seriam possíveis no caso da realização da licitação própria (art. 57, II, da Lei n. 8.666/93). Isso pode ser constatado nos termos aditivos (anexados ao PA em anexo) em que, dentre outras contrapartidas, foi dada plena quitação dos investimentos realizados e de eventuais indenizações por conta de compromissos contratuais anteriores.*

*E mais, a prorrogação já estava prevista e previamente autorizada pela Lei Municipal n. 8.981, de 20 de dezembro de 1996 (art. 7º), promulgada pela Câmara Municipal de Juiz de Fora.*

Já especificamente quanto à defesa de fls. 1.043 a 1.065, apresentada em decorrência de abertura de vista para manifestação acerca das conclusões do relatório técnico de fls. 1.039 a 1.042, o defendente aduz que as novas alterações legislativas, ocorridas com a entrada em vigor da Lei Federal n. 11.445/2007, que deu nova redação ao art. 42 da Lei Federal n. 8.987, produz efeito retro-operante em relação às concessões e permissões então vigentes.

Segundo o defendente, o § 2º do art. 42 da Lei n. 8.987 dispõe que as concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado — inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusulas que prevejam prorrogação — terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010.

Nessa esteira, alega que as atuais permissões e suas respectivas prorrogações, agora por força das novas disposições da Lei de Concessões, são legais, visto que o prazo máximo para sua correspondente vigência ainda não se encontra expirado, qual seja, 31 de dezembro de 2010.

Esclarece que as prorrogações ora em questão se referem à outorga de concessões/permissões que se firmaram antes mesmo da Carta Constitucional de 1988 e, por consequência, antes da edição da Lei Federal n. 8.987/95.

Conclui que a redação contida no § 2º do art. 42 da Lei n. 8.987/95 estabelece, de

forma inequívoca, o prazo de 24 meses como tempo mínimo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações, caso estas sejam necessárias, e que sua realização atenda ao interesse público e respeite os contratos até então vigentes.

Nesse sentido, o defendente ressalta que a legislação não impede a prorrogação dos contratos, muito pelo contrário, determina, sim, um prazo que não seja inferior a dois anos para que se realizasse a licitação ou, sendo o caso, valendo-se das disposições da lei de licitações e das regras atinentes aos contratos administrativos, fossem os respectivos atos de outorga prorrogados, como forma de melhor atender ao interesse público perseguido.

Quanto à competência municipal para editar regramento legal sobre suas concessões e permissões, alega, em síntese, que o tema se apresenta, de início, como matéria de interesse local e, ainda, que a Constituição da República não atribuiu à União a competência para editar normas gerais acerca da matéria. Aduz, além disso, que havia omissão legislativa acerca do prazo máximo de vigência daquelas permissões/concessões outorgadas antes da CR/88.

Por fim, o defendente ressalta que chegou a notificar as empresas permissionárias acerca de sua intenção de realizar procedimento licitatório, tendo em vista a proximidade do termo final dos contratos então vigentes, mas que, acatando os argumentos de referidas empresas, entendeu por bem realizar as prorrogações, considerando a necessidade de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados.

#### **IV Análise**

Pois bem. Apresentados os apontamentos do Órgão Técnico e as alegações de defesa, deve-se, num primeiro momento — como bem ressaltou o Ministério Público junto a esta Corte de Contas em seu laborioso parecer de fls. 1.110 a 1.136 —, verificar se a prorrogação, objeto dos presentes autos — repita-se —, realizada em 2006, (a) trata-se de uma segunda prorrogação de contrato, firmado sem prévia licitação e anteriormente à CR/88 ou (b) constitui uma primeira prorrogação de uma contratação direta por inexigibilidade, firmada, como acima identificado, em 1999, ou seja, após o advento da CR/88.

Pela análise dos autos, tem-se que o ocorrido em 1999 foi uma prorrogação e não um novo contrato.

E a conclusão não pode ser outra, como bem salientou o douto Procurador Glaydson

Santo Soprani Massaria, em seu parecer<sup>2</sup>, *in verbis*:

*19. Do exposto anteriormente é possível perceber que, não obstante ter utilizado como fundamento específico para a prorrogação a inexigibilidade de licitação, que levaria prima facie à conclusão de tratar de uma nova contratação, agora sob a vigência da CF/88 e da Lei n. 8.987/95, sem respeitar as novas regras inseridas no ordenamento jurídico pátrio (concessão de serviço de transporte coletivo somente por meio de procedimento licitatório, vedada, portanto, a aplicação do instituto da inexigibilidade previsto no artigo 25 da Lei n. 8.666/93), os demais elementos dos autos indicam tratar-se de prorrogação de contrato anteriormente existente, por força da integração entre as normas federal e municipal.*

(...)

*22. Ocorre que, em relação à prorrogação ocorrida em 1999, a Lei Municipal n. 8.981/96 não fixou prazo máximo de forma razoável, uma vez que este prazo deveria ser definido de acordo com o caso concreto, ou seja, com a entrada em vigor da nova ordem jurídica; os entes federativos cujas situações nela se enquadravam deveriam elaborar, imediatamente, os estudos definidores do tempo necessário para que houvesse o cumprimento das obrigações das concessionárias/permissionárias e do retorno dos investimentos, já que poderia haver hipótese em que a concessionária/permissionária tivesse realizado investimentos vultosos com previsão de retorno em quinze anos, a exemplo.*

(...)

*24. Portanto, a melhor interpretação a ser levada a efeito pelo Ministério Público, diante do caso concreto, é que a prorrogação ocorrida em 1999 foi fruto de uma integração equivocada por parte dos atores que nela figuraram, uma vez que a norma municipal em nada se respalda na Constituição Federal de 1988.*

Assim, repita-se, tem-se que a prorrogação ocorrida em 2006, objeto dos presentes autos, trata de uma segunda prorrogação de contrato firmado anteriormente à CR/88, e não à prorrogação de contrato firmado após o advento da CR/88.

Neste particular, emerge necessário esclarecer que não se aplica, *in casu*, o art. 43 da Lei Federal n. 8.987/95, suscitado pelo Órgão Técnico no seu relatório de fls. 1.023 a 1.034, pois referido artigo trata de caso diverso, vale dizer, concessões/permissões outorgadas na vigência da CR/88.

<sup>2</sup> Ver na p. 260 desta Revista a íntegra deste parecer.

Tal equívoco restou sanado no relatório técnico elaborado em sede de reexame, colacionado a fls. 1.071 a 1.083, que concluiu que no presente caso ficou caracterizada a inobservância ao disposto nos arts. 14 e 42 da mesma lei federal, regulamentadora do art. 175 da CR/88.

É que, de acordo com o que se infere dos autos, a menção à Lei Municipal n. 8.981/96 como um dos fundamentos legais utilizados pela Prefeitura Municipal de Juiz de Fora para a prorrogação, aqui focada, não pode ser acatada.

Especificamente quanto à supracitada norma municipal, salienta acertadamente o ilustre procurador:

*39. A cláusula 15ª do termo aditivo firmado em 1999 previa no item 15.1 que a permissão (entenda-se concessão) teria vigência de 87 meses a contar de 08/09/1999, admitindo ser prorrogado, de acordo com o artigo 7º da Lei Municipal n. 8.981/96, “se a execução do serviço for avaliada como eficiente e tiver obedecido fielmente às cláusulas contratuais, ao regulamento e às normas do Município de Juiz de Fora.”*

*40. A lei municipal regia, por sua vez, em seu art. 7º que:*

*As concessões, permissões ou autorizações, sejam de caráter precário ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado, ou ainda, as que estiverem com prazo vencido, das empresas que atualmente operem no sistema de transporte coletivo por ônibus do Município de Juiz de Fora, permanecem válidas por um prazo de dez anos, prorrogável por igual período, conforme previsto em legislação federal.*

*41. De plano verifica-se a inaplicabilidade do disposto no art. 7º como fundamento da prorrogação ocorrida em 2006, uma vez que já tivera sido aplicado em 1999. O seu texto é claro no sentido de que se aplica às concessões que estiverem em vigor por prazo indeterminado ou com prazo vencido, que não é o caso em epígrafe por ter sido transformado em prazo determinado em 1999, bem como não é hipótese de prazo vencido à data de sua entrada em vigor. Corrobora, ainda, o fato de ser uma norma de eficácia exaurida.*

*42. Quanto à sua parte final, que dispõe ser prorrogável por igual período, há uma autorrestricção ao prever que ocorrerá na forma da lei federal. Esta por sua vez (Lei n. 8.987/95 — específica em relação à Lei n. 8.666/93), para o caso em comento, determina a imediata instauração do procedimento licitatório, vedando a prorrogação de contratos anteriores à CF/88 e que tenham sido fruto de contratações diretas.*

É o que se verifica pela simples leitura dos art. 14 e 42 da referida Lei Federal de n.

8.987/95, cumprindo transcrever:

*Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.*

(...)

*Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta lei.*

*§ 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta lei. (redação vigente na data da prorrogação ocorrida em 2006)*

*§1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (redação dada pela Lei n. 11.445 de 2007) (negritou-se)*

Cumpre, ainda, citar os seguintes artigos da Lei Federal n. 9.074 de 7 de julho de 1995, *in verbis*:

*Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei n. 8.987 de 1995.*

*§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei n. 8.987 de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente lei, fica dispensada de lei autorizativa.*

*Art. 3º Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei n. 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:*

*I — garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;*

*II — prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;*

*III — aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;*

*IV — atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;*

*V — uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.* (negritou-se)

Nessa esteira, cabe, novamente, repetir o entendimento adotado pelo douto procurador, exarado no parecer de fls. 1.110 a 1.136, que conclui:

*43. Diante de tal arcabouço legislativo fica bem evidente que as exceções previstas no próprio ordenamento jurídico, a exemplo do art. 3º da Lei n. 9.074/95, já foram exauridas em 1999, não podendo ser invocadas em 2006 para nova prorrogação.*

Frise-se, ainda, que o prefeito municipal apresentou argumento que não pode prosperar, quando justifica seu ato utilizando-se da Lei Federal n. 11.445/07, cumprindo destacar as palavras do douto procurador a respeito da questão, *in verbis*:

*44. Na mesma linha são improcedentes as alegações finais do prefeito no sentido de que a Lei n. 11.445/07 sanou eventuais irregularidades na prorrogação, uma vez que ao caso sob exame ocorreu incidência do art. 43 da Lei n. 8.987/95 com os temperamentos do art. 3º da Lei n. 9.074/95.*

*45. Não só isso, a própria Lei Federal n. 11.445/07 padece de respaldo constitucional para a prorrogação do prazo de adequação, sendo, inclusive objeto da ADI 4.068/2008 (Relator Ministro Carlos Ayres Britto).*

*46. A Constituição estabeleceu a nova forma de outorga dos serviços públicos (Lei n. 8.987/95 e 9.074/95), sendo inconstitucional uma lei que estabeleça um prazo para execução de uma norma que já se encontra (deveria estar) em pleno vigor.*

*47. O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar caso semelhante ao da Lei n. 11.445/07, mas envolvendo legislação estadual, por meio das ADIs 3.521/2006 e 2.716/2007, ambas de relatoria do Ministro Eros Grau, nas quais a Corte decidiu não haver respaldo constitucional para a prorrogação do prazo. Vejamos:*

*ADI 3.521/PR — PARANÁ*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*

*Relator (a): Ministro Eros Grau*

*Julgamento: 28/09/2006; Órgão julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação DJ 16/03/2007*

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRAESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI, E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC n. 94 pela LC n. 95, autoriza a manutenção até 2008 de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC n. 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 (...) “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC n. 94/02 do Estado do Paraná.**

ADI 2.716/RO – RONDÔNIA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Ministro Eros Grau

Julgamento: 29/11/2007; Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe – 41 DIVULGADO 06/03/2008 PUBLICADO 07/03/2008

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º,**

CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Artigo 16 da Lei n. 260 — primeira situação — linha de transporte contida no território do Município, desmembrado ou criado, matéria a ser regulada por lei do novo Município, vez que configura tema de interesse local (artigo 30, inciso V, da CB/88). 2. Artigo 19 da Lei n. 260 — segunda situação — linha de transporte que excede o território criado, para alcançar o do Município originário. Inconstitucionalidade do ato que viabiliza que o serviço público de transporte municipal transforme-se em serviço público de transporte intermunicipal. 3. **A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso — o melhor negócio — e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.** 4. A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta à igualdade — artigo 5º —, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil. 5. Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração. 6. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 8. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia.

Aqui, pois, reside o aspecto fulcral da questão ora abordada. Como se observa, a Administração concentra toda sua argumentação com base ora na legislação municipal — Lei n. 8.991/96 — ora na superveniente Lei Federal n. 11.445/2007.

Com essas considerações, resta essencial esclarecer que é cediço na assunção de um Estado Democrático de Direito que sua própria sobrevivência, como regime,

deve concretizar o princípio, ou melhor, o postulado da supremacia da constituição – entendido no sentido kantiano de condição de possibilidade da operação de todo o Direito (e também da política, para referenciar Luhmann). Nesses termos, toda a conformação da interpretação jurídica nos casos concretos deve pautar-se por um olhar recursivo no sentido de que a Constituição, ela sim, deve ser o ponto de partida e de chegada do hermenêuta. Admitir-se o contrário, ou seja, pautar toda a análise do caso a partir da legislação infraconstitucional seria subverter, como esposado, a própria ordem democrática. Nesses termos, tem-se que a legislação infraconstitucional é que deve ser compatibilizada com os preceitos insculpidos nos arts. 37, XXI, e 175 da Carta República, principalmente tendo em vista o lapso temporal decorrido entre a primeira prorrogação em 1999 e esta que ora se examina, prazo mais do que suficiente para que os comandos constitucionais fossem plenamente cumpridos.

Isso posto, resta claro que tomar como referência a Lei Federal n. 11.445/2007 como autorizadora de prorrogação de contratos não precedidos de procedimento licitatório carece de respaldo constitucional, fato que macula, também, a Lei Municipal n. 8.981/99, não podendo ser acatada como fundamento legal para as prorrogações em análise.

Quanto à alegação de que as prorrogações ocorreram no intuito de evitar prejuízos ao Município, advindos de possíveis indenizações que poderiam ser pleiteadas pelas empresas concessionárias, cabe destacar que, em 2006, findo o prazo da primeira prorrogação realizada em 1999, não foi consignado, nos termos aditivos firmados, o *quantum* cada um dos concessionários teria direito a receber, bem como a forma e o tempo necessário para que estes investimentos fossem amortizados, portanto, não foram apresentadas provas da existência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, fundamento fático apresentado para justificar a prorrogação.

Ressalte-se, ainda, que os termos aditivos firmados em 2006, que deveriam restringir-se à amortização dos possíveis investimentos já realizados pelas empresas concessionárias na vigência de seus contratos, incluíram novas obrigações a serem cumpridas pelas empresas durante a vigência da prorrogação, como renovação da frota e sua ampliação, implantação do sistema de bilheteria eletrônica, implantação de abrigos, dentre outras, fato que demonstra não serem os referidos termos aditivos meros meios de se garantir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, como alega o Município.

Assim, verifica-se que a prorrogação do contrato de concessão, fundamentada na necessidade de se obter o reequilíbrio econômico do contrato, tende a perpetuar a

prestação dos serviços das empresas, configurando-se burla ao devido procedimento licitatório, o que não se pode aceitar.

Sobre tal questão, importante transcrever o que ressaltou o procurador do Ministério Público junto a este Tribunal:

*23. No caso em tela, a ausência de questionamentos por parte das concessionárias em relação à razoabilidade do prazo fixado na lei municipal ao tempo da avença, aliada ao fato de terem inserido no campo contratual mais obrigações e fixado prazo em 87 meses, fica, diante da precariedade da situação legal na qual se encontravam — prorrogação de contrato anteriormente firmado sem licitação em período anterior à CF/88 —, presumido ser este o tempo razoável e necessário para o retorno dos investimentos.*

#### **V Defesa apresentada pelas empresas contratadas**

Por fim, cumpre destacar que, em resposta à abertura de vista às empresas concessionárias de transporte coletivo de Juiz de Fora — Transporte Urbano São Miguel Ltda., Viação São Cristóvão Ltda., Auto Viação Norte Ltda., Auto Nossa Senhora Aparecida Ltda., Goretti Irmãos LTDA., Viação Santa Luzia Ltda. e Viação São Francisco Ltda. — foi apresentada defesa conjunta de fls. 1.162 a 1.170, acompanhada da documentação de fls. 1.171 a 1.353, na qual alegaram, em síntese, o seguinte.

Primeiramente, aduzem que, conforme mencionado no relatório de fls. 1.024 e seguintes, os contratos entre o Município de Juiz de Fora e as empresas que exploram o serviço de transporte de passageiro foram celebrados em 1999, para vigor por 87 meses, prorrogáveis.

Esclarecem que estes contratos são resultantes da inexigibilidade de licitação, diante da inviabilidade de competição, conforme constou do Processo da Administração Municipal n. 5.677/99, que instruiu o Processo n. 678.305, que tramita neste Tribunal.

Informam que acostaram aos autos alguns anexos, sendo o primeiro deles consistente no pacto adjeto, que regulamenta a constituição e funcionamento do FET (Fundo de Estabilização Tarifária), fundo privado formado com recursos oriundos de uma renúncia voluntária de parcela da margem de lucratividade bruta das empresas concessionárias, destinado à realização de obras do SITT — Sistema Integrado de Transporte Troncolizado, instituído pelo Decreto n. 66.616/00.

Asseveram que esses contratos foram firmados há quase dez anos, durante a administração do Dr. Tarcísio Delgado, cuja intenção foi, atendendo às peculiaridades do

transporte de Juiz de Fora, estabelecer uma PPP (Parceria Público-Privada), onde as empresas privadas, exploradoras do serviço, realizariam obras, como efetivamente ocorreu, com expressivo investimento, que, aliás, foi responsável pelo desequilíbrio econômico e financeiro das empresas, que, mesmo sem recursos, foram obrigadas a realizar as obras, objeto do cronograma físico-financeiro que acompanhou o pacto adjeto ao termo aditivo.

Informam que, em fevereiro de 2004, as empresas concessionárias receberam notificação do Município para a execução total do contrato, sob pena de acarretar a caducidade da permissão. E que, apesar das empresas terem contranotificado o Município, justificando o atraso no cumprimento da onerosa obrigação assumida, notadamente pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, realizaram as obras, buscando recursos em entidades financeiras, com empréstimos que ainda estão pagando.

Acrescentam que, para administrar os recursos destinados às obras realizadas, as empresas constituíram o denominado Consórcio Sitt, que ainda existe em razão dos créditos remanescentes que têm que ser pagos, de acordo com a cota-parte de participação de cada empresa. E, no mínimo, não seria justo que, após realizarem investimentos de mais de R\$40.000.000,00 com parte ainda sequer quitada, deixassem de explorar o serviço.

Destacam que os contratos de concessão (chamados de permissão pelo Município) vigeram regularmente pelo prazo estabelecido e que a discussão deveria se limitar tão-somente ao prazo. E que em tais casos, o poder discricionário conferido à administração lhe outorga competência para estipular esses prazos contratuais para exploração do serviço público e que o primeiro contrato já previa que a prorrogação se daria por igual período.

Alegam que, conforme demonstrou o estudo da Fundação Getúlio Vargas, acostado a fls. 840 a 876, a prorrogação se faria necessária para a recuperação dos investimentos feitos pelas empresas, que realizaram expressivos investimentos.

Asseveram que o ato praticado na administração do ex-Prefeito Carlos Alberto Bejani foi apenas o cumprimento da cláusula de prorrogação, já existente no contrato, para cuja consolidação não se exige licitação nem lei autorizadora, conforme preconiza a doutrina pátria. E, ainda, que se o contrato tem prazo inicial mais prorrogação, com condição para sua prorrogação, uma vez observada essa imposição, a prorrogação representa direito adquirido, conforme pareceres jurídicos acostados aos autos, a fls. 877 e seguintes e 895 e seguintes.

Reafirmam que o impacto financeiro decorrente dos investimentos realizados pelas empresas concessionárias no sistema de transporte encontra-se sobejamente demonstrado no estudo da Fundação Getúlio Vargas, que ressaltou a obrigação das empresas de fazerem aportes ao Fundo de Estabilização Tarifária, para que o consórcio pudesse custear os investimentos impostos pelo poder concedente.

Para corroborar suas alegações apresentam documentos visando demonstrar a consistência dos cronogramas apresentados, comprovantes de desapropriações, fotografias, documentos contábeis e acompanhamento realizado pelo Município de Juiz de Fora.

Concluem que as concessionárias, à luz das normas legais, prestam serviço adequado ao atendimento dos usuários, satisfazendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, argumentando que a rescisão dos contratos afetaria uma comunidade de mais de três mil empregos diretos e ameaçaria a estabilidade desse setor da economia dos transportes essencial para a vida da cidade e do Estado, responsável pelo deslocamento de mais de duzentos e cinquenta mil pessoas por dia.

Por fim, requerem que os atos de prorrogação das concessões de transporte coletivo urbano sejam considerados regulares e solicitam o conseqüente arquivamento dos presentes autos, tendo em vista que o prazo das permissões/concessões deve ser suficiente para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e a amortização dos valores despendidos pelas delegatárias, com recuperação dos investimentos em obras, cujo ônus caberia ao Município.

## **VI Análise**

Analisando a defesa apresentada — e no mesmo sentido o relatório técnico de fls. 1.356 a 1.365 e o parecer do Ministério Público junto a este Tribunal de fls. 1.369/1.370 —, verifica-se que as alegações trazidas nos autos pelas empresas concessionárias não são suficientes para justificar as prorrogações dos contratos de concessão dos serviços públicos de transporte coletivo urbano, ocorridas ao final de 2006, por mais dez anos, pois esta prorrogação encontra-se em flagrante violação aos dispositivos legais, conforme já externado na análise da defesa apresentada pelo ex-prefeito.

Neste contexto, em que pesem os argumentos referentes aos investimentos realizados pelas empresas e a necessidade de se preservar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, estes, *per sí*, não podem ser acolhidos para justificar a prorrogação efetuada, visto que tratam de suposto direito econômico das empre-

sas que não podem se sobrepor ao preceito constitucional que obriga a licitar e visa garantir e resguardar o interesse público da contratação precedida de procedimento licitatório.

Não procede, ademais, a alegação de que o cancelamento dos contratos em vigor afetaria a comunidade, ameaçando a estabilidade desse setor da economia que conta com mais de três mil empregos e é responsável pelo deslocamento de mais de duzentos e cinquenta mil pessoas. E isso, uma vez que a prestação dos serviços não será suspensa e sim continuará, de forma ininterrupta, até que se promova a licitação e, a empresa vencedora venha a assumi-la. Além disso, descabe a alegação de possível desemprego, já que a empresa vencedora poderá absorver a mão-de-obra existente.

## VOTO

Por todo o exposto,

1) considero irregulares, com fulcro no art. 159, III, do RITCMG, os termos aditivos formalizados, em dezembro de 2006, pela Prefeitura Municipal de Juiz de Fora com as empresas Transporte Urbano São Miguel Ltda., Viação São Cristóvão Ltda., Auto Viação Norte Ltda., Auto Nossa Senhora Aparecida Ltda., Goretti Irmãos Ltda., Viação Santa Luzia Ltda. e Viação São Francisco Ltda., para prorrogação dos contratos de concessão de serviços de transporte coletivo, por contrariarem os arts. 37, XXI, e 175, ambos da Constituição Federal de 1988, e os arts. 14 e 42 da Lei Federal n. 8.987/95;

2) determino, em função da natureza da irregularidade constatada, a aplicação de multa no valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) ao responsável, Carlos Alberto Bejani, nos termos do art. 236, II, do RITCMG, tendo em vista que a Lei Complementar n. 102/08 é mais gravosa no que tange à aplicação de penalidade desta natureza e, portanto, não deve retroagir para prejudicar o responsável, sem prejuízo do encaminhamento dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas para adoção das medidas legais cabíveis;

3) tendo em vista que o serviço ora focado é incontestavelmente essencial e não pode ser, em nenhuma hipótese, paralisado, não se afigurando como adequada, para o momento, a anulação dos contratos, determino que a atual Administração seja intimada para que promova o respectivo procedimento licitatório para contratação de empresa para exploração dos serviços de transporte coletivo da Prefeitura Municipal de Juiz de Fora, no prazo máximo de seis meses, a contar da ciência desta decisão,

sob pena de aplicação de sanção, nos termos legais, sem prejuízo da comunicação ao Poder Legislativo municipal e ao Ministério Público estadual para as providências cabíveis à espécie;

4) determino, por fim, na esteira de meus votos anteriores, que sejam constituídos autos de tomada de contas especial, a partir de cópia desta decisão, já com pedido de auditoria dos referidos contratos, para apurar a legalidade dos preços praticados pelas empresas, levando em conta, neste particular, as considerações expendidas pelo Ministério Público, a fls. 1.369 e 1.370, que deverão ser observadas pelo Órgão Técnico, quando do processamento da TCE.

É como voto.

O processo em epígrafe foi apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 10/12/08 presidida pelo Conselheiro Elmo Braz; presentes o Conselheiro substituto Gilberto Diniz, Conselheiro substituto Licurgo Mourão, Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheiro substituto Hamilton Coelho, que aprovaram por unanimidade o voto do Relator, Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

# Indenização de despesas com viagem a servidor público e agente político

CONSULTA N. 748.370

**EMENTA:** Câmara Municipal – Agente público – Indenização de despesas com viagem – Possibilidades de formalização dos gastos: I. Diárias de viagem. Regime previsto em lei. Regulamentação por ato normativo próprio. Empenho prévio ordinário. Prestação de contas simplificada. II. Regime de adiantamento. Previsão legal. Empenho prévio por estimativa. Prestação de contas rigorosa. III. Reembolso. Ausência de previsão legal para diárias de viagem ou regime de adiantamento. Empenho prévio por estimativa. Prestação de contas detalhada – Princípios da razoabilidade, moralidade e economicidade – Cancelamento da Súmula n. 82.

*(...) visando à eficiência do controle interno e externo da gestão de recursos públicos, repita-se: este Tribunal de Contas recomenda que os chefes de poder municipal regulamentem o pagamento de diárias de viagem, pois esta é a forma mais segura e transparente de se processarem as despesas de viagem.*

**RELATOR:**  
**CONSELHEIRO**  
**ANTÔNIO CARLOS**  
**ANDRADA**

## RELATÓRIO

Versam os autos sobre consulta formulada por Marcus Vinicius Pereira, Presidente da Câmara Municipal de Divisópolis, por meio da qual solicita que esta Corte se manifeste quanto à legalidade da indenização de despesas de viagem de agentes públicos sem a apresentação de comprovantes.

O consulente encaminha cópia do Ofício-Circular 2º P/MP/MG n. 043/2008, de 21/02/08, e cópia da Recomendação n. 001/2008, de 11/02/08, emitidos pela 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Almenara (fls. 03 a 07).

Nos referidos documentos, a Promotoria de Justiça recomenda ao Poder Executivo dos Municípios que compõem a Comarca de Almenara no sentido de não indenizarem despesas de viagem que estejam descobertas dos respectivos comprovantes,

sob pena de restar configurado ato de improbidade administrativa. Aduz o órgão do Ministério Público que o enunciado de Súmula n. 82 desta Corte contraria o ordenamento jurídico.

## PRELIMINAR

Preliminarmente, em que pese a forma utilizada para a formulação da consulta não se apresentar como a mais adequada, tomo conhecimento do questionamento em razão da extrema relevância do tema, sendo a parte legítima, nos termos do art. 210, I, do Regimento Interno, e considerando que a matéria se insere no âmbito de competência desta Corte.

Ressalto, ainda, que em recente diagnóstico produzido pela comissão de jurisprudência e súmula, apresentado junto à Vice-Presidência no início de março deste ano, concluiu-se que a matéria ora em julgamento suscita questionamentos de significativo número de órgãos técnicos desta Corte.

Pelo exposto, passo ao exame da questão suscitada, ressaltando que a competência constitucional desta Corte é exercida com autonomia, de modo que não interferem nas ações de fiscalização do Tribunal de Contas eventuais divergências de entendimento manifestadas por outros órgãos de controle, como o Ministério Público estadual.

## MÉRITO

Apesar de reiteradas vezes a matéria ter sido discutida neste Tribunal, ante o recente cancelamento do enunciado da Súmula de n. 82 e a revisão do Enunciado n. 79, a questão da indenização de despesas de viagem merece reexame, visando a um regramento claro e detalhado.

Iniciamos a análise do tema citando trecho da Consulta n. 658.053, de relatoria do Conselheiro Moura e Castro:

*(...) a administração pública, por disposição constitucional, deverá ser exercida sob a égide dos princípios de legalidade, impessoalidade, eficiência e, sobretudo, da moralidade.*

*Logo, os agentes políticos deverão obedecer a preceitos genéricos estabelecidos no art. 37, bem como aos ditames do parágrafo único do art. 70, ambos da Lex Fundamentalís da República, esse último com a redação determinada pela Emenda Constitucional n. 19/98, que passamos a transcrever:*

*“Art. 70 (...)*

*Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos (...)"*

*Assim, aquele que utiliza e administra bens ou interesses públicos deve prestar contas, dever que se impõe ao servidor ou agente político. A prestação de contas de verbas indenizatórias, mesmo que haja saldo favorável para quem as presta, é imposição inerente à própria natureza da relação jurídica existente entre o prestador e a administração, para se conhecer o resultado definitivo do emprego do dinheiro (...)*

O mandamento constitucional da realização da prestação de contas deve ser efetivado em cada situação jurídica de maneira distinta, adequada à realidade do agente público e do ente respectivo.

Os valores recebidos pelo servidor público em virtude da realização de viagem a serviço têm caráter indenizatório, sendo destinados a compensá-lo por gastos realizados com hospedagem, alimentação e locomoção.

Tais valores devem obedecer às etapas previstas em lei para o processamento da despesa pública, entre as quais se destaca o prévio empenho em dotação orçamentária específica.

Ademais, seu pagamento deve se dar em decorrência do exercício da função pública em Município distinto daquele em que o servidor trabalha, mediante necessidade do serviço.

A concessão de diárias necessita, portanto, de motivação para o deslocamento do agente público, demonstrando-se a existência de nexo entre suas atribuições regulamentares e as atividades realizadas na viagem.

Há três possibilidades de formalização de despesas de viagem:

1 – mediante diárias de viagem, cujo regime deve estar previsto em lei e regulamentado em ato normativo próprio do respectivo poder, com a realização de empenho prévio ordinário;

2 – mediante regime de adiantamento, desde que tal hipótese esteja prevista expressamente em lei do ente, conforme exigência do art. 68 da Lei Federal n. 4.320/64, com a realização de empenho prévio por estimativa;

3 – mediante reembolso, quando não houver regulamentação de diárias de viagem e nem de regime de adiantamento, hipótese em que deve ser realizado empenho prévio por estimativa.

Na hipótese de existir a previsão normativa de diárias de viagem, a prestação de contas poderá ser feita de forma simplificada, através de relatório ou da apresentação de alguns comprovantes específicos relativos às atividades exercidas na viagem, conforme exigências estabelecidas na regulamentação respectiva.

Nesse sentido, ficou assentado na Consulta n. 658.053:

*(...) a não-obrigatoriedade de se juntarem documentos comprobatórios de gastos está na natureza desse tipo de diárias, qual seja, o custeio presumível de despesas de viagem. Observe-se que, nesse tipo de verba indenizatória, o risco é de mão dupla, pois caso o servidor ou agente político consiga gastar menos que esperado — comendo sanduíches, dormindo em pousadas ou andando a pé — exempli gratia, a sobra lhe pertencerá, sem que isso seja classificado como vencimento. Mas, se o contrário se verificar, ou seja, gastos superiores aos valores das diárias, a Administração Pública nada complementarará, daí o equilíbrio do risco.*

Já na segunda e terceira hipótese, em que não há a previsão normativa de diárias de viagem, as despesas de viagens feitas a serviço de órgão ou entidade pública só se consideram regulares, se houver a apresentação de todos os documentos legais comprobatórios dos gastos realizados e se estes estiverem de acordo com os princípios constitucionais da moralidade, da economicidade e da razoabilidade. O exame da observância de tais princípios constitucionais será realizado pelo ordenador de despesas, responsável pela legalidade e pela legitimidade dos gastos, demonstradas em despacho fundamentado quando do processamento da expensa.

A necessidade de um processo complexo e completo de prestação de contas nessas hipóteses em que não há previsão de diárias de viagem está expressa no enunciado de Súmula n. 79 desta Casa: *É irregular a despesa de viagem realizada por servidor municipal que não se fizer acompanhar dos respectivos comprovantes.*

Nesse sentido, repita-se, a exigência de comprovantes exarada no citado entendimento jurisprudencial só se aplica às situações em que não há a previsão normativa de diárias de viagem. Tais situações exigem prestação de contas rigorosa, com documentos que demonstrem cada um dos gastos realizados, não sendo suficiente a apresentação de relatório de viagem ou de apenas alguns comprovantes.

É essa a interpretação adequada quanto à aplicabilidade do enunciado de Súmula n. 79, a qual restou assentada na Consulta n. 656.186, de relatoria do Conselheiro Eduardo Carone, nos seguintes termos:

*(...) não existindo previsão do pagamento de diárias em lei e a fixação de seu correspondente valor em ato normativo próprio, as despesas de viagens feitas a*

*serviço de órgão ou entidade pública poderão ser ressarcidas mediante a apresentação dos documentos legais comprobatórios dos gastos feitos, conforme entendimento desta egrégia Corte consubstanciado na Súmula TC n. 79 (...)*

Por fim, passo à análise da questão da prestação de contas de despesas de viagem de agentes políticos.

Deve-se ressaltar, primeiramente, que foi cancelado em sessão de novembro de 2008 o enunciado de Súmula n. 82 desta Corte, que assim previa: *as despesas de viagem do chefe do Executivo municipal são regulares se acompanhadas do relatório dos gastos feitos.*

Ante o cancelamento desse enunciado jurisprudencial, tenho que devem se adequar os agentes políticos (não apenas prefeito, mas também secretários, vereadores, presidente da câmara e até mesmo os agentes políticos estaduais) às mesmas regras explanadas acima, aplicáveis aos servidores públicos.

Dessa forma, visando à concretização dos princípios da isonomia e da moralidade, tenho que, em havendo previsão normativa de diárias de viagem, os agentes políticos serão indenizados quanto a excursões a serviço através de tais diárias. Por outro lado, se não existir no ordenamento do ente a previsão de diárias, aplica-se a esses agentes a exigência do enunciado de Súmula n. 79, de modo que deverão ser apresentados todos os comprovantes de gastos realizados, estes, necessariamente, em conformidade com os princípios constitucionais da razoabilidade, moralidade e economicidade.

Como afirmado pelo Conselheiro Eduardo Carone na Consulta n. 658.053, a prestação de contas é mandamento constitucional que se impõe não apenas aos servidores públicos, mas também aos agentes políticos, visto que, em conformidade com o art. 74, § 2º, I, da Constituição Estadual, *a simples movimentação de numerário do Município, ainda que a título de verbas indenizatórias, traduz necessidade de o beneficiário prestar contas.*

Finalmente, destaco trecho de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, citada na Consulta n. 658.053, a qual declarou inconstitucional lei oriunda do Município de Baependi que dispensa os agentes políticos de prestar contas quanto a verbas indenizatórias:

*a lei, por ofender os princípios da moralidade administrativa e da impessoalidade, não pode alterar o conceito universalmente aceito da indenização para dispensar a prestação de contas aos agentes políticos que a fizeram e dela obtiveram vantagens.* (TJMG. Quarta Turma. Processo 211.187-0/00, Relator Desembargador Almeida Melo. Julgamento em 29/11/2001)

**Conclusão:** diante do exposto, tenho que a indenização de despesas de viagem de servidor público ou de agente político estadual ou municipal deve se dar, preferencialmente, mediante o pagamento de diárias de viagem, previstas em lei e regulamentadas em ato normativo próprio do respectivo poder, com prestação de contas simplificada e empenho prévio ordinário. Na ausência de tal previsão, poderá a indenização ser paga em regime de adiantamento e com empenho prévio por estimativa, se houver autorização legal para tanto, ou através de reembolso, também com empenho prévio por estimativa. Nas hipóteses de adiantamento e de reembolso, será imprescindível a comprovação posterior de gastos pelo servidor público ou agente político, com rigorosa prestação de contas, em processo complexo, conforme enunciado de Súmula n. 79 desta Corte.

Em qualquer dessas situações, devem ser observados os princípios constitucionais da razoabilidade, da economicidade e da moralidade quanto à natureza e ao montante do gasto, para que as despesas sejam consideradas regulares.

Finalmente, visando à eficiência do controle interno e externo da gestão de recursos públicos, repita-se: este Tribunal de Contas recomenda que os chefes de poder municipal regulamentem o pagamento de diárias de viagem, pois esta é a forma mais segura e transparente de se processarem as despesas de viagem.

Conforme art. 216 do Regimento Interno deste Tribunal, este entendimento, firmado no mesmo sentido das Consultas n. 658.053 e 725.864, implica a revogação das teses das Consultas n. 55.757, 89.572, 652.407, 656.186, 703.945 e 748.954, que dispõem sobre a matéria em outro sentido.

Sugiro, por conseguinte, ante o papel pedagógico desta Corte e a repercussão das deliberações em sede de consultas, que seja anotada a revogação no arquivo das Consultas n. 55.757, 89.572, 652.407, 656.186, 703.945 e 748.954, disponibilizado no sítio eletrônico do Tribunal.

Adotando tal procedimento, poderemos evitar a ocorrência de interpretações equivocadas de nossa jurisprudência, conferindo efetividade ao art. 216 do RITCMG.

É o meu voto.

Em sendo aprovado, encaminhe-se cópia da decisão à Biblioteca desta Corte, responsável pelo gerenciamento do banco de dados que disponibiliza a pesquisa das consultas, para que anote a revogação supracitada com a maior brevidade de tempo possível.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 20/05/09 presidida pelo Conselheiro Wanderley Ávila; presentes os Conselheiros Eduardo Carone Costa, Elmo Braz, Adriene Andrade, Conselheiros em exercício Gilberto Diniz e Licurgo Mourão, que aprovaram, por unanimidade, o parecer exarado pelo Relator, Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

# Suspensão de concurso público por irregularidades no edital<sup>1</sup>

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO N. 760.740

**EMENTA:** Edital de concurso público — Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais — Irregularidades — Suspensão liminar — Determinação de alteração do edital e reabertura do prazo de inscrição — Intimação e vista dos autos ao defensor público-geral e aos membros do Conselho Superior da Defensoria Pública.

ASSCOM TCEMG



*(...) faz-se necessário apontar que o concurso público é um procedimento administrativo que tem por fim selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos, empregos e funções públicas, garantindo aos interessados em ingressar no serviço público igualdade de condições na disputa pelas vagas. O edital deve conter todas as normas específicas do certame, necessárias para a orientação dos candidatos e, ainda, ser suficientemente claro e definido no tocante à solução de eventuais conflitos decorrentes da competição.*

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

## RELATÓRIO

Versam os autos sobre o Edital de Concurso Público n. 001/2008, promovido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, para o provimento de 150 vagas para o cargo de defensor público, atinentes ao quadro permanente daquele órgão, com inscrição preliminar realizada no período de 27/10/2008 a 07/11/2008 e previsão de realização de prova objetiva em locais, horários e datas que constarão do comprovante de inscrição preliminar, nos termos do subitem 8.2 do mencionado edital.

Em atendimento ao art. 5º da Instrução Normativa n. 05/2007, deste Tribunal, Varlen

<sup>1</sup> Ver na p. 221 outra decisão referente a esse processo.

Vidal, Defensor Público-Geral em exercício, enviou a esta Corte, em 10/09/2008, a massa documental acostada a fls. 01 a 19, composta do Edital do Concurso Público n. 001/2008 e do demonstrativo de cargos/empregos efetivos, Anexo IV, da mencionada instrução normativa, cuja documentação, consoante despacho presidencial exarado a fls. 20, foi autuada como edital de concurso público.

Os autos foram, então, distribuídos, em 11/09/2008, à minha relatoria, vindo-me, assim, conclusos.

Compulsando os autos, verifiquei que a Defensoria Pública não havia publicado o edital, o que me compeliu a determinar, a fls. 22 e 23, que fosse aposto ao processo a chancela de sigiloso e o seu sobrestamento até que se procedesse à publicação reclamada, intimando-se o responsável para que providenciasse o encaminhamento do edital, após a respectiva publicação.

Em atendimento àquela determinação, o Defensor Público-Geral Belmar Azze Ramos encaminhou a esta Corte, em 29/09/2008, cópias da publicação, no *Minas Gerais*, do edital em comento, as quais se encontram acostadas a fls. 28 a 31 e 38 a 41.

Instada a se manifestar, a Diretoria Técnica, a fls. 43 a 53, apresentou as seguintes considerações, em síntese:

- 1) ausência de cláusula editalícia discriminando as atribuições da classe do cargo oferecido no concurso;
- 2) utilização, no edital, da nomenclatura **defensor público** para se referir ao cargo a ser provido no concurso, restando descumprido a Lei Complementar n. 65/2003, alterada pela Lei Complementar n. 101/2007;
- 3) ausência de discriminação do número de vagas referentes aos níveis I e II do cargo de defensor público-classe I, constante do Anexo IV da Instrução Normativa n. 05/2007, remetido a esta Corte;
- 4) ofensa aos princípios da isonomia e razoabilidade, uma vez que o edital impõe tratamento diferenciado aos interessados no ingresso no serviço público, ao estabelecer, em seu subitem 5.1.10, como requisito de inscrição, a condição que se segue:

*5.1 – O candidato ao cargo de defensor público substituto deverá preencher os seguintes requisitos:*

*5.1.10 – não ter título protestado, nem sofrido ou ter sofrido execução, responder ou ter respondido a ações, respeitada a ordem de classificação e o número de vagas existentes, e posicionamento na classe I – nível I,*

*exercendo as funções de defensor público substituto até complementar o estágio probatório.*

5) inscrição preliminar no concurso público, apenas, por meio da internet, excluindo as opções de inscrição presencial e por procuração;

6) resultado da solicitação de isenção da taxa de inscrição em prazo exíguo e divulgação, exclusivamente, por meio da internet;

7) ausência de clareza quanto aos requisitos exigidos para o exercício do cargo, uma vez que não ficou especificado a qual lei ou regulamento refere-se a letra c do subitem 11.4 do edital;

8) ausência de discriminação do conteúdo programático das provas, descumprindo o inc. X do art. 8º da Lei n. 42.899/2002, que determina, *in verbis*:

*Art. 8º O edital para concurso público conterà:*

*(...)*

*X – conteúdos programáticos, incluindo noções de direitos humanos nos termos da Lei n. 13.660, de 14 de julho de 2009, e a bibliografia sugerida.*

9) convocação para as provas do concurso, por meio de editais ou avisos publicados no *Minas Gerais*, podendo haver divulgação pela internet, excluindo-se, portanto, outras formas de chamamento que asseguram o princípio da publicidade;

10) descumprimento da orientação jurisprudencial firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula n. 686, e pelo Superior Tribunal de Justiça, através da decisão do Recurso Especial n. 411.712, sobre previsão de avaliação psicológica, visto que o edital, em seu item 12, determina, em síntese, que os candidatos cuja inscrição definitiva for deferida serão convocados para avaliação, servindo a conclusão do laudo psicológico de subsídio no julgamento do concurso, pela comissão de concurso, devendo o candidato arcar com as despesas decorrentes dessa avaliação;

11) descumprimento do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o exame dos atos da banca examinadora e das normas do edital de concurso público, pelo Judiciário, restringe-se aos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, merecendo reparo, portanto, o item 13.5 da carta convocatória em exame que estabelece: *nas provas orais, a avaliação para cada conteúdo valerá 10 pontos, a critério dos respectivos examinadores*. Essa disposição denota ausência de definição metodológica para avaliação do conteúdo do exame, bem como sua valoração, o que redundaria irregular;

12) restrição ao tratamento isonômico e à igualdade de condições para ingresso no serviço público, em face da previsão do subitem 14.4 da carta editalícia, ao ser atribuída pontuação técnica de 0,2 pontos, por ano de exercício de cargo ou função pública privativos de bacharel em Direito, e, igualmente, exigir como requisito para inscrição definitiva

*o exercício de dois anos de prática jurídica, assim considerada a atividade efetiva de advocacia contenciosa, consultiva e de assessoria (...) e o desempenho de cargo ou função de nível superior de atividade eminentemente jurídica.*

13) excessiva pontuação por aprovação em concursos públicos, visto que sua valoração poderá alcançar 20% do total de pontos dos títulos;

14) privilégio, apenas, do tempo de serviço público e não da prática jurídica comprovada pelo candidato, conforme disposto na letra c do subitem 15.3.1 do instrumento convocatório;

15) ausência de encaminhamento dos documentos atinentes ao concurso público, em desobediência ao art. 5º da Instrução Normativa n. 05/2007 desta Casa.

Considerarei que, apenas, os itens 2, 4, 8, 10 e 11 deveriam ser alterados, razão pela qual determinei, a fls. 54 a 57, a intimação do interessado.

O Defensor Público-Geral Belmar Azze Ramos, procedendo à alteração do instrumento convocatório, suspendeu, por sua vez, o certame, encaminhando a esta Corte, fls. 59 a 85, o extrato da republicação do edital.

Após a constatação de que havia sido procedida a retificação dos itens apontados, determinei, a fls. 87 e 88, em 24/11/2008, que o interessado fosse informado de que o certame poderia prosseguir, uma vez que os vícios detectados haviam sido escoimados de seu edital, sem prejuízo de verificações posteriores por parte deste Tribunal.

Em 12/11/2008, ingressou nesta Casa representação formulada por Eric Gonzalez Pinto, em face de possíveis irregularidades que poderiam ter viciado o edital de concurso público em comento. Os autos da representação foram distribuídos ao Conselheiro substituto Gilberto Diniz, o qual, a fls. 38, solicitou ao presidente desta Casa a redistribuição do processo, uma vez que o feito relativo ao mencionado edital encontrava-se sob a minha relatoria. Vieram-me, então, conclusos, em 20/11/2008, quando determinei o apensamento desses autos, tendo em vista a conexão da matéria e do disposto no art. 56 do Regimento Interno desta Corte.

Importante ressaltar que, em sua exordial, a fls. 01 a 04, o representante insurge-se contra o referido edital, alegando que:

*16) os requisitos para inscrição, dispostos nos subitens 5.1, 5.1.8 e 5.1.10, agridem o princípio constitucional da presunção de inocência e remetem à subjetividade do examinador a possibilidade de aceitação do candidato;*

*17) os subitens 17.4, 17.5 e 18.10, ao estatuírem que cabe ao defensor público-geral decidir sobre a posse ou não do candidato portador de deficiência, que teve sua condição contestada pela junta médica, estabelecem um critério subjetivo de julgamento;*

*18) a inexistência de clareza no subitem 10.10, que dispõe sobre a classificação para a segunda fase do concurso daqueles inscritos como deficientes, não restando claro se serão classificados os candidatos deficientes inscritos até o dobro do número de vagas existentes para deficientes ou se esses candidatos, na primeira fase, concorrem com os não-deficientes, sem qualquer privilégio pelas vagas para a segunda etapa.*

Ao final, o representante requer que esta Corte determine a suspensão do certame até que seja alterado o instrumento convocatório, bem como que seja determinada a reabertura do prazo de inscrição, já que o edital cercearia o direito daquele que, embora responda a processo penal, possa ser considerado inocente.

O Ministério Público junto ao Tribunal, vindo a se manifestar nos autos da Representação n. 767.430, a fls. 43 a 45, opinou pelo seu recebimento e pelo seu sobrestamento até decisão final nos autos relativos ao edital de concurso público e, no mérito, opinou pelo provimento parcial.

Manifestando-se, também, nos autos do Edital de Concurso Público n. 760.740, o Ministério Público junto a este Tribunal, a fls. 94 a 116, salientou, em síntese, que, além das irregularidades apontadas, inicialmente, pela Diretoria Técnica, haviam sido detectados outros pontos, concluindo que:

*19) o item 5 e o subitem 5.1 deverão ter redação alterada, visto que as exigências ali contidas referem-se a requisitos para o preenchimento do cargo, devendo, portanto, ser comprovados na data da posse e não na data da inscrição preliminar;*

*20) os subitens 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3 e a alínea c do subitem 9.3 devem ser eliminados do edital, visto que a exigência de dois anos de prática jurídica, que deles consta, não encontra amparo na Constituição da República ou na Lei Complementar Estadual n. 65/2003. Opina, em seu parecer de fls. 99, pela reabertura das inscrições, uma vez que esse óbice pode ter desestimulado candidatos que não atendiam aquele requisito;*

21) o subitem 5.1.7 deverá especificar a maneira pela qual será comprovada a idoneidade do candidato, podendo ser procedida, inclusive, por meio de declaração firmada por autoridade pública;

22) a exigência contida no subitem 5.1.8 deverá ser substituída pela obrigatoriedade de apresentar folha de antecedentes criminais e certidão de antecedentes criminais, expedidas pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Poder Judiciário das unidades da federação onde o candidato tenha residido nos últimos cinco anos;

23) o subitem 5.1.10 deverá ter a redação alterada para possibilitar que o candidato ofereça esclarecimentos e provas na hipótese de haver registro de antecedentes criminais;

24) o Anexo I do edital, previsto no subitem 6.1, deverá ser publicado juntamente com o mesmo e não posteriormente;

25) a entrevista individual, prevista na alínea f do subitem 6.2, deverá ser excluída das etapas do certame;

26) o subitem 7.1 deverá prever a possibilidade de inscrição presencial ou, alternativamente, determinar a disponibilização pela Defensoria Pública de computadores dotados de acesso à internet para a realização das inscrições;

27) no subitem 7.4, in fine, deverá constar o mesmo prazo citado no subitem 3.1;

28) o subitem 7.5.1 deverá conter a especificação do endereço da organizadora do certame, para onde deverá ser encaminhado o pedido de isenção da taxa de inscrição;

29) o subitem 7.5.2.2 deverá ter a redação alterada para prever que o resultado dos pedidos de isenção de taxa de inscrição será publicado, também, no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, expediente da Defensoria Pública;

30) no subitem 7.5.2.3 deverá ser eliminado o período (...) as cópias autenticadas em cartório da carteira de trabalho e previdência social que estiverem em branco, ressalvadas as alíneas do subitem 7.5.2.1, ou ainda, não serão aceitas (...);

31) o subitem 7.6 deverá ter a redação acrescida para prever que o cronograma/calendário do concurso será publicado, também, no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, expediente da Defensoria Pública;

32) a possibilidade de “concessão de maior tempo para responder às provas” deverá ser eliminada do subitem 7.6.3;

33) a redação do subitem 8.2 deverá especificar, claramente, a forma como serão aplicadas as provas de múltipla escolha e discursivas, ao longo dos três dias consecutivos;

34) o subitem 8.4 deverá ter a redação alterada, para prever que todas as publicações relativas ao certame terão conteúdo idêntico e serão disponibilizadas na internet, nos endereços da Defensoria Pública e da organizadora, simultaneamente à publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, expediente da Defensoria Pública;

35) a ressalva contida na parte final da alínea b do subitem 8.13 deverá ser eliminada: “ressalvados os casos previstos neste edital”;

36) no item 10 deverão ser especificados os critérios a serem utilizados para a correção das provas discursivas;

37) as exigências contidas na alínea d do subitem 11.1 deverão ser eliminadas, pois se referem à condição que deve ser demonstrada na data da posse;

38) o rol constante da alínea g do subitem 11.1 deverá ter caráter exemplificativo e permitir a comprovação da idoneidade do candidato por meio de declarações prestadas por outras autoridades públicas;

39) a parte final da alínea h do subitem 11.1 deverá ser eliminada, visto que não compete à Ordem dos Advogados do Brasil certificar os motivos da não-inscrição dos candidatos em seus quadros;

40) a alínea k do subitem 11.1 deverá especificar que a exigência destina-se aos candidatos do sexo masculino;

41) a exigência contida na alínea n do subitem 11.1 deverá ser eliminada por não encontrar supedâneo constitucional e legal;

42) a avaliação psicológica prevista no item 12 deverá ser eliminada por ausência de previsão na Lei Complementar Estadual n. 65/2003;

43) a entrevista individual prevista no item 13 deverá ser eliminada, visto que não se trata de prova propriamente dita e não há previsão legal para a sua realização, devendo, por conseguinte, os subitens 13.1 e 13.2 ter suas redações ajustadas, bem como o item 13.8 ser eliminado;

44) as provas orais previstas no subitem 13.2 deverão ser aplicadas por banca examinadora previamente constituída;

45) a redação do subitem 13.4 deverá ser alterada para determinar que o examinador que pretender comentário a respeito de texto de lei deva apresentá-lo ao candidato;

46) o subitem 13.7 deverá ser alterado para permitir a gravação das provas orais também pelo público presente, inclusive a pedido do candidato, além de serem especificados os critérios, segundo os quais serão avaliadas as provas orais;

47) a alínea e do subitem 14.2 deverá ser excluída ou ter a sua redação alterada, a fim de considerar como título a participação em banca examinadora de concurso público para cargos privativos de bacharel de Direito, sob pena de quebra do equilíbrio imposto pelo princípio da razoabilidade;

48) a alínea g do subitem 14.2 deverá ter a redação alterada para excluir a possibilidade de avaliação do valor da publicação pela comissão do concurso;

49) os itens 5, 7, 8, 10 e 11 do quadro constante do subitem 14.4 deverão especificar o máximo de pontuação a ser atribuída aos títulos a que se referem;

50) deverá ser verificada a redação do item 9 do quadro constante do subitem 14.4, que está incompleta;

51) a redação do subitem 16.1 deverá ser acrescida para explicitar o termo a quo da contagem do prazo recursal;

52) a redação do subitem 16.2 deverá ser harmonizada com a do item 16.1, levando-se em consideração as expressões **classificação final** e **resultado final**, bem como os destinatários dos respectivos recursos;

53) o subitem 16.10 deverá ter a redação alterada para determinar que, caso alguma questão seja anulada em virtude de recurso ou decisão judicial, a pontuação correspondente seja atribuída a todos os candidatos, independentemente de terem recorrido ou ingressado em juízo;

54) o subitem 17.5 deverá ter a sua redação alterada para excluir a faculdade do defensor público-geral de afastar a conclusão da equipe médica oficial, bem como para fazer constar que o candidato perderá o direito à posse, na qualidade de deficiente, e terá a sua nomeação tornada sem efeito, sem prejuízo de ser nomeado na qualidade de não deficiente;

55) inclusão de um subitem 1.1.1, no qual deverá constar que “todos os cargos oferecidos neste edital serão obrigatoriamente preenchidos dentro do prazo de validade do concurso”, por ser a nomeação um direito subjetivo dos candidatos aprovados dentro do número de vagas.

Em face desses apontamentos, o Ministério Público junto ao Tribunal postula, fls. 115 a 116, que seja fixado prazo de 48 horas, a contar da data da intimação, para que seja publicada a comunicação da suspensão do concurso público e, em igual prazo, que seja enviada a prova dessa suspensão a esta Corte, sendo fixada multa diária pessoal individual a quem vier a dar causa ao descumprimento dessa ordem, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC, c/c os arts. 85, 89, 90 e 97 da Lei Complementar n. 102/2008.

Foram, então, os autos a mim conclusos em 27/11/2008.

## MÉRITO

Inicialmente, cumpre-me destacar a competência desta Corte de Contas de apreciar questões inerentes aos editais de concursos públicos, devendo, para tanto, ser invocado o disposto no inc. III do art. 71 da Constituição da República, *in verbis*: *apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta.*

Com efeito, levando-se em consideração uma interpretação extensiva, tem-se que a jurisdição estaria adstrita não somente à apreciação do ato que nomeou o servidor para o cargo, mas, sim, a todos os atos que compõem o procedimento necessário à sua admissão no serviço público, inclusive o exame dos editais de concurso público realizados previamente.

Nesse contexto, faz-se necessário apontar que o concurso público é um procedimento administrativo que tem por fim selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos, empregos e funções públicas, garantindo aos interessados em ingressar no serviço público igualdade de condições na disputa pelas vagas. O edital deve conter todas as normas específicas do certame, necessárias para a orientação dos candidatos e, ainda, ser suficientemente claro e definido no tocante à solução de eventuais conflitos decorrentes da competição.

Adentrando no exame do instrumento convocatório em foco, em face da análise procedida pela Diretoria Técnica nos autos n. 760.740, considero improcedente a falha apontada no item 1 de meu relatório, acerca da ausência de cláusula editalícia que discrimine as atribuições da classe do cargo oferecido no concurso, visto que o edital, em seu item 4, faz remissão à legislação federal e estadual pertinentes, notadamente às Leis Complementares Federal n. 80/94 e Estadual n. 65/2003.

O item 2 do meu relatório aponta a não-adequação da nomenclatura do cargo de defensor público substituto, quando o correto seria defensor público classe I — nível I, nos termos do art. 2º da Lei Complementar n. 101/2007, em face do disposto no art. 49, parágrafo único, da Lei Complementar n. 65/2003, *in verbis*:

*Art. 49. O candidato aprovado no concurso de ingresso na carreira será nomeado para o cargo de defensor público, respeitada a ordem de classificação e o número de vagas existentes, e posicionado na classe I — nível I no estágio probatório.*

Compulsando os autos, verifica-se que a Defensoria Pública, após a intimação de fls. 58, fez a adequação da nomenclatura do cargo ao disposto no mencionado artigo, restando, assim, sanada essa irregularidade apontada.

No que se refere ao item 3 de meu relatório, entendo que a ausência de discriminação do número de vagas referentes aos níveis I e II do cargo de defensor público — classe I, constante do Anexo IV da Instrução Normativa n. 05/2007 desta Casa, não comprometeu a análise da carta editalícia, tratando-se, tão-somente, de falha formal.

Relativamente ao item 4 de meu relatório, acerca da restrição à inscrição dos candidatos que tenham título protestado ou que tenham sofrido execução, ou que tenham respondido a ações desabonadoras, conforme estabelecido no subitem 5.1.10 do edital, entendo que essa exigência fere o dispositivo constitucional contido no inc. I do art. 37 da Carta da República, *in litteris*:

*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:*

*I — os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;*

Insta salientar que apresentarei as minhas ponderações sobre essa exigência, quando for tecer considerações acerca do item 23 do meu relatório, visto que foi objeto de análise pormenorizada do douto Ministério Público junto a este Tribunal.

De igual modo, os itens 5, 6 e 9 de meu relatório, acerca da inscrição preliminar no concurso público, por meio da internet, da solicitação de isenção da taxa de inscrição, em prazo exíguo, e divulgação, exclusivamente, por meio eletrônico, excluindo as opções de inscrição presencial e por procuração, esses apontamentos, também, serão objeto de análise mais detalhada quando da análise sobre os itens 26 e 29 do meu relatório.

Quanto ao apontamento abordado no item 7 de meu relatório, sobre a ausência de clareza quanto aos requisitos exigidos para exercício do cargo, em face da não-especificação expressa de lei ou regulamento a que se refere a letra c do subitem 11.4 do edital, entendo que se trata de falha formal, que não compromete o certame.

No que tange aos itens 8, 10 e 11 do meu relatório, entendo que os apontamentos neles constantes já foram saneados, conforme comprova a nova publicação apresentada do edital.

Relativamente aos itens 12, 13 e 14 do meu relatório, acerca dos títulos, considero que a excessiva pontuação pela aprovação em concursos públicos e o privilégio,

apenas, de tempo de serviço público e não da prática jurídica deverão ser revistos, à luz dos apontamentos apresentados nos itens 19, 37, 48 e 49 seguintes.

O item 15 de meu relatório, que trata do não-encaminhamento dos documentos atinentes ao concurso público a esta Corte, em desobediência ao art. 5º da Instrução Normativa n. 05/2007, deste Tribunal, entendo que essa ausência não comprometeu a análise da carta editalícia.

Alguns desses apontamentos foram objeto de diligência e resultaram na retificação do edital e na remessa a esta Corte de novo instrumento convocatório, o qual foi analisado pelo douto Ministério Público junto a este Tribunal, a fls. 94 a 116 dos Autos n. 760.740, o qual apontou irregularidades que se encontram consubstanciadas nos itens 19 a 55 do meu relatório.

No que se refere aos apontamentos dos itens 19 a 23, que tratam dos requisitos para inscrição no concurso público, subitens 5.1, 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.7, 5.1.8 e 5.1.10, alínea *c* do subitem 9.3 e alínea *d* do subitem 11.1, esse último atinente ao item 37 de meu relatório, considero que são irregularidades graves que trazem prejuízo à ação de controle desta Casa, devendo, por conseguinte, ser alterados e, após, reabertas as inscrições para o concurso, uma vez que as condições ali previstas podem ter desestimulado os candidatos que não atendiam aos requisitos neles exigidos.

Quanto ao item 19 do meu relatório, releva notar que o subitem 5.1 do edital deverá ter a redação alterada, visto que as exigências ali contidas devem ser comprovadas na data da posse e não na data da inscrição preliminar, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na Súmula n. 266, *in verbis*: *nos termos de pacífica jurisprudência desta Corte, em se tratando de concurso público, a escolaridade, porque diz respeito ao desempenho da função, somente deve ser exigida no momento da posse.*

No que tange ao item 20 do meu relatório, que versa sobre os subitens 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3 e alínea *c* do subitem 9.3, os quais apontam a necessidade de o candidato comprovar o exercício de dois anos de prática jurídica, entendo que tal exigência não encontra amparo na Constituição da República ou na Lei Complementar Estadual n. 65/2003, visto que a Emenda Constitucional n. 45/2004 prevê essa condição, apenas, para a magistratura e para o Ministério Público, não havendo esta previsão sequer na lei que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais.

Relativamente aos itens 21, 22 e 23 de meu relatório, que dispõem sobre as maneiras pelas quais o candidato comprovará sua idoneidade, subitens 5.1.7, 5.1.8 e

5.1.10, devem ser alteradas por serem restritivas e por ofenderem os princípios da presunção de inocência e da razoabilidade, devendo, por conseguinte, ser ampliadas as hipóteses de comprovação.

Essas alterações no edital devem contemplar as hipóteses de que a comprovação da idoneidade possa ser procedida por meio de declaração firmada por autoridade pública, a obrigatoriedade de apresentação de folha de antecedentes criminais e de certidão de antecedentes criminais, expedidos pela Secretaria de Segurança Pública e pelo Poder Judiciário das unidades da federação onde o candidato tenha residido nos últimos cinco anos, bem como de que seja oferecida ao candidato a oportunidade de esclarecimentos e provas quando houver registro de antecedentes criminais.

Nesse contexto, vem corroborar esse entendimento decisão do Superior Tribunal de Justiça no recurso ordinário no Mandado de Segurança n. 3.371, de ser inconstitucional a exigência editalícia que proíbe participação de condenados penalmente.

No que tange à entrevista individual prevista na alínea *f* do subitem 6.2 do edital, apresentado no item 25 do meu relatório, entendo que deve ser excluída das etapas do certame, em face da inexistência de amparo legal e de definição de critérios objetivos, uma vez que, ademais, permite a aproximação entre o candidato e os examinadores.

Quanto aos subitens 7.5.2.2 e 7.6 do edital que versam sobre o resultado da isenção de taxa de inscrição e a previsão do cronograma/calendário do certame, mencionados nos itens 29 e 31 do meu relatório, entendo que, em face da complexidade e da importância dessas matérias e por se tratar de decisões administrativas, deverão ser objeto de publicação, também, no *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*.

Relativamente ao item 30 de meu relatório, considero que no subitem 7.5.2.3 do edital deve ser eliminado o período (...) *as cópias autenticadas em cartório da carteira de trabalho e previdência social que estiverem em branco, ressalvadas as alíneas do subitem 7.5.2.1, ou ainda, não serão aceitas* (...), vez que essa exigência é demais restritiva e exclui os candidatos que jamais exerceram atividades remuneradas anotadas na carteira de trabalho e previdência social.

No que concerne ao item 32 de meu relatório, acerca da *concessão de maior tempo para responder às provas* aos portadores de necessidades especiais, entendo que essa possibilidade deve ser eliminada do subitem 7.6.3 do edital, considerando o disposto no art. 37, VIII, da Constituição da República e os termos do art. 41, III, do Decreto Federal n. 3.298/99, que prevê tratamento isonômico entre os candidatos, devendo, assim, haver igualdade material entre os candidatos que concorrem ao certame.

No tocante ao subitem 8.2 do edital, mencionado no item 33 de meu relatório, entendendo que a Defensoria Pública deverá definir, no instrumento convocatório, quais serão as provas aplicadas, de múltipla escolha e discursivas, ao longo dos três dias consecutivos, visto que a omissão acerca dessa distribuição pode trazer prejuízo à preparação dos candidatos em face da obscuridade e ausência de informações.

Quanto ao item 34 de meu relatório, considero que o subitem 8.4 do edital deve prever, obrigatoriamente, a publicação de conteúdos na internet do mesmo material contido na publicação do *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais* e nos demais meios de comunicação, assim como ocorre com os subitens 7.5.2.2 e 7.6 do edital, que têm conteúdo idêntico e versam sobre a disponibilização das decisões nos endereços eletrônicos da Defensoria Pública e da empresa organizadora.

A ressalva contida na parte final da alínea *b* do subitem 8.13 do edital, apontamento constante do item 35 do meu relatório, qual seja, (...) *ressalvados os casos previstos neste edital*, está obscura, devendo ser eliminada ou acrescida às informações referentes à ressalva, a fim de que não resulte em dúvidas dos candidatos.

Entendo que o rol constante da alínea *g* do subitem 11.1 do edital deverá ter caráter exemplificativo, a fim de permitir a comprovação da idoneidade do candidato por meio de declarações prestadas por outras autoridades públicas e, não se tornar restritivo, conforme apontamento constante do item 38 de meu relatório.

Considero que a parte final da alínea *h* do subitem 11.1 do edital deverá ser eliminada, conforme foi apontado no item 39 de meu relatório, visto que não compete à Ordem dos Advogados do Brasil certificar os motivos da não-inscrição dos candidatos em seus quadros. Insta salientar que o art. 8º daquele estatuto dispõe sobre os requisitos para a inscrição na Ordem dos Advogados, não havendo previsão naquele diploma legal de emissão da referida certidão.

A exigência contida na alínea *n* do subitem 11.1 do edital, mencionada no item 41 de meu relatório, deverá ser eliminada por não encontrar supedâneo constitucional e legal, visto que se refere à exigência de comprovação de prática jurídica, devendo a mesma ser comprovada, apenas, no ato de posse.

Entendo que a avaliação psicológica prevista no item 12 do edital configura-se como grave irregularidade, devendo ser eliminada por ausência de previsão na Lei Complementar Estadual n. 65/2003, consoante apontamento do item 42 de meu relatório.

Cabe-me ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da impossibilidade de previsão de psicotécnico quando não houver lei autorizativa anterior,

consubstanciada no agravo regimental em Mandado de Segurança n. 2007/0261958-7, publicado em 18/08/2008, segundo o qual o psicotécnico só tem sua legalidade subordinada a três pressupostos: previsão legal, cientificidade dos critérios adotados e poder de revisão. Nessa mesma esteira de entendimento é a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em sua Súmula n. 686.

A previsão editalícia de entrevista individual deverá ser eliminada por ausência de previsão na Lei Complementar Estadual n. 65/2003, consoante apontamento do item 43 do meu relatório.

Quanto às disposições acerca das provas orais, especificadas nos itens 44 e 45 de meu relatório, que versam sobre a possibilidade de o examinador optar ora por questões objetivas ora por trabalhos simulados, bem como sobre a faculdade de ser exigido comentário sobre texto legal, conforme disposto nos subitens 13.2 e 13.4 do edital, reputo como graves essas condições, em face de ausência de objetividade e do tratamento diferenciado entre os candidatos.

Relativamente ao subitem 13.7, apontado no item 46 do meu relatório, que versa sobre a gravação das provas orais exclusivamente pela comissão do concurso, entendo que merece reparo, devendo a Defensoria Pública estabelecer todas as condições e requisitos que possibilitem a gravação das provas orais também pelos presentes, devendo, contudo, acautelar-se para que essa prerrogativa não dificulte o transcorrer das provas e não traga prejuízo para os candidatos e para o Órgão.

No que concerne aos itens 47 e 48 de meu relatório, que versam sobre o subitem 14.2, alíneas *e* e *g*, entendo que a alínea *e* deve ser excluída ou alterada a sua redação, a fim de ser considerada, como título, a participação em banca examinadora de concurso público para cargos privativos de bacharel em Direito.

De igual modo deve ser excluída a mencionada alínea *g*, que trata da avaliação de publicação de trabalho jurídico de autoria exclusiva do candidato, caso seja considerado de significativo valor pela comissão do concurso, uma vez que o critério de avaliação denota subjetividade.

Os itens 5, 7, 8, 10 e 11 do quadro constante do subitem 14.4 do edital, mencionados no item 49 de meu relatório, deverão especificar o máximo de pontuação a ser atribuída aos títulos a que se referem, devendo ser incluído o total máximo de pontos a ser destinado à prova de títulos, a fim de que não haja pontuação desequilibrada entre as avaliações.

Cumpre-me salientar que a redação incompleta do item 9, subitem 14.4, do edital,

ressaltada no item 50 de meu relatório, pode gerar dúvidas para os candidatos, sendo aconselhável que a Defensoria Pública proceda aos ajustamentos necessários.

Considero que a redação do subitem 16.1, apontada no item 51 de meu relatório, deverá ser alterada para explicitar o termo **a quo** da contagem do prazo recursal, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça de que a data da publicação do edital consiste no **dies a quo** do prazo decadencial.

A redação do subitem 16.2 do edital, conforme foi apontado no item 52 de meu relatório, deverá ser harmonizada com a do item 16.1, levando-se em consideração as expressões **classificação final** e **resultado final** e os destinatários dos respectivos recursos, quais sejam, no item 16.2, o Conselho Superior da Defensoria Pública e, no item 16.1, a comissão do concurso.

No que se refere ao subitem 16.10 do edital, mencionado no item 53 do meu relatório, entendo que a sua redação deve ser alterada, para, caso alguma questão seja anulada, em virtude de recurso administrativo ou de decisão judicial, a pontuação correspondente seja atribuída a todos os candidatos, indistintamente, independentemente de terem recorrido ou ingressado em juízo.

Quanto ao subitem 17.5 do edital, ressaltado no item 54 do meu relatório, que atribui ao defensor público-geral a possibilidade de decidir sobre a posse ou não do candidato que obtiver conclusão da equipe médica oficial sobre a inexistência de deficiência, nos termos do Decreto Federal n. 3.298/99, entendo que essa possibilidade deve ser revista e alterada por ferir o princípio da razoabilidade.

Relativamente aos demais itens de meu relatório, quais sejam, 24, 26, 27, 28, 36 e 37, considero que as falhas neles apontadas não se revestem de irregularidade propriamente dita por não configurarem prejuízo aos candidatos nem ao certame, não sendo, portanto, merecedoras de reparo.

Constatarei que o Anexo I do edital, reclamado no item 24 de meu relatório, foi publicado no *Minas Gerais* de 24/10/2008, restando improcedente esse apontamento.

Não carece de alteração o subitem 7.4 do instrumento convocatório, conforme ressaltado no item 26 de meu relatório, posto que, diante do caso concreto, a exigência de inscrição no concurso público por meio eletrônico é razoável e amplia a competitividade.

Releva notar que por se tratar de investidura em cargo de defensor público, depreende-se que o candidato, no decorrer do seu curso de graduação, viu-se

obrigado a recorrer aos meios eletrônicos para obter informações inerentes à sua formação, pressupondo-se, dessa feita, que não terá nenhuma restrição a esse acesso.

Acerca de se fazer constar no subitem 7.4 o mesmo prazo citado no subitem 3.1, ambos do edital, conforme salientado no item 27 de meu relatório, entendo que esse vício pode ser considerado de natureza formal, por não comprometer o certame, visto que o subitem 3.1 faz remissão ao subitem 7.4, restando, assim, discricionário ao administrador proceder à alteração editalícia.

O apontamento quanto ao fato de o subitem 7.5.1 do edital, mencionado no item 28 do meu relatório, não fazer menção ao endereço da empresa organizadora do certame, deve ser considerado como erro formal, visto que no mesmo item 7, especificamente no subitem 7.3.1, que dispõe sobre o pedido de isenção da taxa de inscrição, consta o endereço da empresa.

No que se refere ao item 10 do edital, abordado no item 36 de meu relatório, entendo que os critérios a serem utilizados para a correção das provas discursivas são matéria discricionária da administração pública, consoante entendimento do Superior Tribunal Federal, no recurso ordinário em Mandado de Segurança 2004/0065094-7, que ora transcrevo:

*Em matéria de concurso público, a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matéria no mérito administrativo.*

A questão de se especificar, na alínea *k* do subitem 11.1 do edital, conforme foi mencionado no item 40 de meu relatório, de que a exigência ali contida destina-se a candidatos do sexo masculino, não se faz necessária por ser óbvia.

Assim, afastada a hipótese de desvio de poder, nos itens 24, 26, 27, 28, 36 e 37, considero razoáveis as exigências editalícias mencionadas, não cabendo a esta Corte adentrar no mérito desse tipo de definição, sob risco de invadir, indevidamente, o campo exclusivo de atuação discricionária do agente público.

Devo enfatizar que os itens atinentes à representação encaminhada a esta Casa, ressaltados nos itens 16 e 17 do meu relatório, acerca dos subitens 5.1, 5.1.8 e 5.1.10, bem como dos subitens 17.4, 17.5 e 18.10 do edital, já foram abordados e considerados procedentes, nessa oportunidade, quando da análise dos autos relativos ao edital de concurso público.

A alegação do representante, relacionada no item 18 do meu relatório, quanto à ausência de clareza do subitem 10.10, que dispõe sobre a classificação para a segunda fase do concurso daqueles inscritos como deficientes, reputo como falha de natureza formal.

## VOTO

Em face das irregularidades apontadas nos autos do Edital de Concurso Público n. 760.740, bem como na Representação n. 767.430 e com fulcro no art. 3º, XXVII e XXXI, e art. 60, todos da Lei Complementar n. 102/2008, determino, liminarmente, a suspensão do Concurso Público n. 001/2008 promovido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, para provimento do cargo de defensor público, devendo a Secretaria dessa Câmara proceder à intimação, por *e-mail*, *fac-símile* e AR, do Defensor Público-Geral Belmar Azze Ramos, bem como de todos os membros do Conselho Superior da Defensoria Pública, a fim de que se abstenham da prática de qualquer ato referente ao certame e encaminhem a esta Casa o comprovante da publicação da suspensão, no prazo de dois dias úteis, sob pena de multa no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) aos que derem causa ao descumprimento dessa determinação, nos termos do art. 85, III, da mencionada lei complementar. Ato contínuo, deve ser concedida vista dos autos aos intimados, no prazo de quinze dias, para que apresentem justificativas ou a minuta de um novo edital, escoimado dos vícios ora apontados.

O edital de concurso público em epígrafe foi apreciado pela Segunda Câmara na Sessão do dia 02/12/08; o Conselheiro Presidente Simão Pedro Toledo e o Conselheiro substituto Gilberto Diniz acompanharam o voto exarado pela Relatora Conselheira Adriene Andrade.

# Levantamento de suspensão de concurso público

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO N. 760.740

**EMENTA:** Edital de concurso público – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais – Suspensão liminar por irregularidades – Apresentação de minuta de novo edital – Irregularidades sanadas – Levantamento da suspensão – Intimação ao defensor público-geral – Publicação do novo edital nos termos apresentados.

*(...) acerca dos subitens 7.5.2.2 e 7.6 do edital, que tratam do resultado da isenção de taxa de inscrição e da previsão do cronograma/calendário do certame, considerei que, em face da complexidade e da importância dessas matérias e por se tratar de decisões administrativas, essas deveriam ser objeto de publicação, também, no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais, o que foi contemplado no novo edital apresentado.*

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

## RELATÓRIO

Versam os autos sobre o Edital de Concurso Público n. 001/2008, promovido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, para o provimento de cargos de defensor público, o qual foi examinado inicialmente pela Diretoria Técnica, a fls. 43 a 53, e pelo Ministério Público junto ao Tribunal, a fls. 94 a 116, o qual apontou diversas irregularidades, que reputei de natureza grave e, por conseguinte, considerei que as mesmas poderiam macular o certame, razão pela qual decidi, em sede liminar, pela suspensão do concurso, com o *referendum* dos membros da Segunda Câmara.

Intimado do *decisum*, o órgão encaminhou a esta Casa cópia do extrato de publicação no *Minas Gerais* da suspensão do certame, juntada a fls. 186, bem como minuta de novo edital, acostado a fls. 189 a 205, *com as pertinentes alterações indicadas pelo Conselho Superior da Defensoria Pública Estadual*, nos termos do Ofício de fls. 188.

Em 17/12/2008, determinei o encaminhamento dos autos à Diretoria Técnica, cujo relatório, de fls. 211 a 219, em apertada síntese, apresenta a seguinte conclusão:

1 — o subitem 5.1.10 do edital apresentou redação modificada no novo Instrumento, de forma a admitir que as exigências ali contidas possam ser comprovadas pelo candidato na data da posse;

2 — a pontuação por tempo de serviço público foi retirada do quadro de atribuições de pontos para avaliação de títulos, nos termos do subitem 13.4 do novo edital. A pontuação pelo tempo de serviço público não foi alterada;

3 — no que tange aos subitens 5.1, 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.7, 5.1.8, 5.1.10 e alínea d do subitem 11.1 do edital, tem-se que os subitens 5.1.2 e 5.1.3 do novo Instrumento determinam que as comprovações de ser bacharel em Direito e das inscrições nos quadros da Ordem dos Advogados serão feitas na data da posse. Os demais subitens, à exceção do subitem 5.17, foram alterados;

4 — não constitui mais etapa no novo instrumento a entrevista individual prevista na alínea f do subitem 6.2 do edital;

5 — quanto aos subitens 7.5.2.2 e 7.6 do edital, que versam sobre o resultado da isenção de taxa de inscrição e da previsão do cronograma/calendário do certame, a nova minuta do edital atendeu às determinações deste Tribunal;

6 — relativamente ao subitem 7.5.2.3 do edital, acerca da apresentação de cópias autenticadas da carteira de trabalho e previdência social, em branco, houve adequação no novo edital;

7 — no que concerne à concessão de maior tempo para responder às provas aos portadores de necessidades especiais, prevista no subitem 7.6.3 do edital, a redação do novo instrumento foi adequada às determinações desta Casa;

8 — no tocante ao subitem 8.2 do edital, acerca da definição das datas das provas de múltipla escolha e discursiva, ao longo de três dias consecutivos, não houve retificação no novo edital;

9 — quanto ao subitem 8.4 do edital, que prevê a publicação de conteúdos na internet, o novo edital está adequado às determinações deste Tribunal;

10 — a ressalva contida na parte final da alínea b do subitem 8.13 do edital foi excluída da nova minuta, sanando a irregularidade apontada inicialmente;

11 — o rol constante da alínea g do subitem 11.1 do edital, que deveria ter caráter exemplificativo, foi adequado à redação da alínea f do subitem 11.1 do novo edital;

12 — a parte final da alínea h do subitem 11.1 do edital foi eliminada na alínea g do subitem 11.1 do novo edital, conforme foi determinado;

13 — houve supressão, no novo instrumento, da exigência de prática jurídica contida na alínea n do subitem 11.1 do edital, sanando a irregularidade;

14 — a avaliação psicológica, prevista no item 12 do edital, inexistia no novo instrumento convocatório, contudo, foi acrescido, na lista de exames médicos pré-admissionais, o atestado de higidez mental subscrito por médico psiquiatra credenciado;

15 — as disposições acerca das provas orais previstas nos subitens 13.2 e 13.4 do edital foram sanadas no item 12.2 do novo instrumento, visto que estabeleceu que as provas orais constituir-se-ão apenas de questões objetivas, contudo a redação do subitem 12.4 da nova minuta repetiu a redação do subitem 13.4 do edital, considerada irregular por este Tribunal;

16 — relativamente ao subitem 13.7 do edital, que versa sobre a gravação das provas orais exclusivamente pela comissão do concurso, o subitem 12.7 do novo instrumento passou a assegurar a gravação da prova oral pela comissão e, também, por qualquer interessado, desde que não prejudique a realização da prova, atendendo às recomendações desta Casa;

17 — no que concerne ao subitem 14.2, alínea e, sobre a participação em banca examinadora de concurso público para cargos privativos de bacharel em Direito, essa condição foi excluída do novo edital;

18 — no que tange à alínea g do subitem 14.2, que trata da avaliação de publicação de trabalho jurídico de autoria exclusiva do candidato, a determinação desta Corte de exclusão dessa exigência foi atendida;

19 — quanto aos itens 5, 7, 8, 10 e 11 do quadro constante do subitem 14.4 do edital, acerca da especificação do máximo de pontuação a ser atribuída aos títulos a que se referem, observa-se que foi especificado, no subitem 13.4 do novo edital, o máximo de pontuação a ser atribuída a cada título apresentado pelo candidato, atendendo à determinação desta Casa;

20 — a redação incompleta do item 9, subitem 14.4 do edital, foi excluída no novo instrumento;

21 — foi sanada a irregularidade apontada na redação do subitem 16.1, que deveria ser alterada para explicitar o termo a quo da contagem do prazo recursal, considerando-se que o subitem 15.1 do novo edital estabeleceu que a contagem do prazo recursal ocorrerá da publicação no Diário Oficial do Estado;

22 — a redação do subitem 16.2 do edital, acerca da necessidade de harmonia com o item 16.1, em face das expressões **classificação final** e **resultado final** e os destinatários dos respectivos recursos, foi mantida no novo edital, permanecendo a irregularidade;

23 — no que se refere ao subitem 16.10 do edital, sobre a previsão de anulação de questão, em virtude de recurso administrativo ou de decisão judicial, a redação do subitem 15.10 do novo edital foi modificada, de forma a prever que,

*caso alguma questão seja anulada, em virtude de recurso administrativo ou de decisão judicial, a pontuação correspondente será atribuída a todos os candidatos, indistintamente, independentemente de terem recorrido ou ingressado em juízo, sanando a irregularidade apontada inicialmente;*

*24 — quanto ao subitem 17.5 do edital, que atribui ao defensor público-geral a possibilidade de decidir sobre a posse ou não do candidato que obtiver conclusão da equipe médica oficial sobre a inexistência de deficiência, o subitem 16.5 do novo edital passou a ter a seguinte redação: Concluindo a junta médica pela inexistência da deficiência, nos termos do Decreto Federal n. 3.298/99, o candidato perderá o direito à reserva de vagas, sendo incluído na lista geral dos candidatos, atendendo à determinação desta Casa.*

Feita essa análise, a Diretoria Técnica informou que não foram realizadas todas as correções no edital, conforme determinado por esta Corte, permanecendo, ainda, no novo instrumento apresentado os vícios apontados, que maculam o concurso público em comento.

Ato contínuo, os autos foram encaminhados ao Ministério Público junto ao Tribunal, que, em parecer exarado a fls. 223 a 231, concluiu que:

*25 — na análise da minuta apresentada a fls. 189 a 205, verificou-se vício nos quesitos exigidos para a inscrição, dispostos nos subitens 5.1.4 a 5.1.9, visto que são obrigações que devem ser exigidas no ato da posse e não no ato da inscrição;*

*26 — quanto ao subitem 8.2 do edital, acerca da aplicação das provas de múltipla escolha e discursiva, a redação do novo edital permaneceu inalterada. Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, restou revista a posição anteriormente adotada, uma vez que a forma em que se dará a aplicação das provas será divulgada com antecedência, impedindo a ocorrência de eventuais prejuízos aos candidatos;*

*27 — relativamente ao subitem 8.4, acerca da convocação para as provas do concurso poder se realizar por meio da internet, constituindo-se em uma faculdade, na forma como está redigido, enseja restrição ao princípio da publicidade, já que não prevê que as convocações também se darão pela internet, ferindo o princípio da publicidade;*

*28 — no que se refere à realização de avaliação psicológica, verifica-se, na minuta do novo edital, a exclusão do item 12;*

*29 — no que concerne aos termos **classificação final** e **resultado final**, constantes dos subitens 15.1 e 15.2 do novo edital, restaram insanadas as irregularidades, contudo, por se tratar de irregularidade formal, que não se potencializa, em princípio, a ensejar prejuízo aos candidatos.*

Isso posto, o Ministério Público junto ao Tribunal opinou pela revogação da suspensão do concurso, condicionando, entretanto, essa condição à promoção pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais de algumas alterações, no prazo de 48 horas, como se segue: a exclusão dos subitens 5.1.4 a 5.1.9 do novo edital, ou alteração da redação, para fazer constar que o seu implemento será exigido por ocasião da posse, a alteração da disposição contida no subitem 8.4, para que seja especificado que as convocações das provas também possam ocorrer pela internet.

Em 11/02/2009, foi protocolizada nesta Casa pela Defensoria Pública documentação juntada a fls. 233 dos autos.

Os autos foram, então, enviados ao meu Gabinete, vindo-me, assim, conclusos.

É o relatório.

## MÉRITO

Adentrando no exame do novo instrumento convocatório apresentado, em face da análise procedida pela Diretoria Técnica e do minucioso parecer emitido pelo douto Ministério Público junto ao Tribunal, nos Autos n. 760.740, verifiquei que o apontamento constante do item 1 de meu relatório, acerca do requisito para inscrição que versa sobre a vedação de se ter título protestado, ter sofrido execução ou responder ações cíveis desabonadoras, foi suprimido, atendendo às determinações desta Corte.

No que se refere ao item 2 de meu relatório, acerca da atribuição de pontuação pela aprovação em concursos públicos, entendo que a irregularidade foi sanada, visto que, nos termos do subitem 13.4 do novo edital, a pontuação pelo tempo de serviço público foi retirada.

Quanto ao item 3 de meu relatório, que se refere aos aspectos atinentes aos requisitos para a inscrição, o novo edital determinou que o candidato deve comprovar ser bacharel em Direito e estar inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos dos subitens 5.1.2 e 5.1.3, na data da posse.

No tocante aos subitens 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3 e alínea *d* do subitem 11.1 do edital originário, que versavam sobre a comprovação do exercício da advocacia, na data da posse, constatei que, no novo edital, houve a supressão dessa condição, restando sanada a irregularidade.

Relativamente ao subitem 5.1.10, verifiquei, no novo edital, que a hipótese do can-

didato oferecer esclarecimentos e provas de qualquer natureza que comprovem que sua conduta não o desqualifica para o exercício do cargo, nos termos determinados por esta Corte.

Quanto aos demais subitens, previstos no novo edital, atinentes aos requisitos para a inscrição, o douto Ministério Público junto ao Tribunal, nos termos do item 25 de meu relatório, entende que os subitens 5.1.4 a 5.1.9 deverão ser excluídos ou ter sua redação alterada, constando que seu implemento deverá ser exigido por ocasião da posse.

No que tange ao parecer supramencionado, constatei a intenção da Defensoria Pública em retificar o novo edital, vez que na documentação protocolizada nesta Casa, em 11/02/2008, o defensor público-geral informa que a redação do item 5 do novo edital possui erro material e, por conseguinte, realiza a sua alteração, para que dele conste: *5 – Dos requisitos para ingresso na carreira.*

Dessa feita, considero que a retificação procedida no item 5 do novo edital, nos termos supramencionados, sana a irregularidade apontada pelo Ministério Público, visto que as exigências previstas nos subitens 5.1.4 até 5.1.9 serão requisitos para ingresso na carreira, e não mais de inscrição, como previsto.

No que concerne ao item 4 de meu relatório, relativamente à entrevista individual prevista na alínea *f* do subitem 6.2 do edital, considerei que essa deveria ser excluída das etapas do certame, em face da inexistência de amparo legal, de definição de critérios objetivos e, ainda, por permitir a aproximação entre o candidato e os examinadores. Compulsando o novo edital, constatei a supressão da condição supramencionada, restando sanada a irregularidade anteriormente apontada.

Relativamente ao item 5 de meu relatório, acerca dos subitens 7.5.2.2 e 7.6 do edital, que tratam do resultado da isenção de taxa de inscrição e da previsão do cronograma/calendário do certame, considerei que, em face da complexidade e da importância dessas matérias e por se tratar de decisões administrativas, essas deveriam ser objeto de publicação, também, no *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*, o que foi contemplado no novo edital apresentado.

Relativamente ao item 6 de meu relatório, acerca do subitem 7.5.2.3 do edital, que prevê: (...) *as cópias autenticadas em cartório da carteira de trabalho e previdência social que estiverem em branco, ressalvadas as alíneas do subitem 7.5.2.1, ou ainda, não serão aceitas* (...), considerei que essa condição deveria ser excluída, vez que essa exigência era demais restritiva e excluiria os candidatos que jamais exerceram atividades remuneradas anotadas na carteira de trabalho e previdência

social. Verifiquei, no novo edital, que essa condição foi excluída, sanando a irregularidade inicialmente apontada.

No que concerne ao item 7 de meu relatório, referente à *concessão de maior tempo para responder às provas* aos portadores de necessidades especiais, previsto, inicialmente, no subitem 7.6.3, considereirei que essa possibilidade deveria ser eliminada, em face do disposto no art. 37, VIII, da Constituição da República e dos termos do art. 41, III, do Decreto Federal n. 3.298/99.

De acordo com a nova redação dada ao subitem 7.6.3 do edital apresentado, constateei que essa condição foi alterada, para atender aos critérios de viabilidade e de razoabilidade, restando sanada a irregularidade anteriormente apontada.

No tocante ao item 8 de meu relatório, acerca do subitem 8.2 do edital, entendi que a Defensoria Pública deveria definir, no instrumento convocatório, quais seriam as provas aplicadas de múltipla escolha e discursiva, ao longo dos três dias consecutivos, visto que a omissão acerca dessa distribuição poderia trazer prejuízo à preparação dos candidatos, em face da obscuridade e ausência de informações. Compulsando o novo edital, verifiquei que a redação do subitem supramencionado não atendeu à determinação desta Casa, visto que a redação permanece inalterada.

Insta ressaltar a posição adotada pelo Ministério Público junto ao Tribunal, apontada no item 26 de meu relatório, quanto ao subitem 8.2 do edital, que modificou posicionamento anteriormente adotado, considerando que a aplicação das provas será divulgada com antecedência, impedindo a ocorrência de eventuais prejuízos aos candidatos.

De fato, constateei, assim como o *parquet*, não acarretar prejuízos à preparação dos candidatos a forma de realização das provas de múltipla escolha e discursiva, em sendo divulgada por meio do comprovante de inscrição preliminar, por ser de conhecimento antecipado dos candidatos, não constituindo obscuridade ou ausência de informações.

Quanto aos itens 9 e 27 de meu relatório, acerca do subitem 8.4 do edital, quanto à obrigatoriedade da publicação de conteúdos na internet do mesmo material contido na publicação do *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais* e nos demais meios de comunicação, o novo edital apresentado, em seu subitem 8.4, prevê que as convocações para as provas do concurso serão publicadas no *Minas Gerais*, sendo que informações relativas à realização das provas ou outras etapas poderão ser divulgadas pela internet, bem como pelo *Diário Oficial do Estado de Minas Gerais*.

Nos termos do item 9 de meu relatório, a Diretoria Técnica entendeu que a redação do novo edital atendeu à decisão prolatada na Sessão da Segunda Câmara, do dia 02/12/2008, de outra sorte, conforme item 26 de meu relatório, o Ministério Público considerou que o novo edital não sanou a irregularidade anteriormente apresentada, visto que a divulgação pela internet é uma faculdade e não, obrigação.

Para superar a divergência entre o posicionamento da Diretoria Técnica e do *parquet*, *mister* trazer excerto do voto que exarei na Sessão da Segunda Câmara, de 02/12/2008:

*(...) considero que o subitem 8.4 do edital deve prever, obrigatoriamente, a publicação de conteúdos na internet do mesmo material contido na publicação do Diário Oficial do Estado de Minas Gerais e nos demais meios de comunicação, assim como ocorre com os subitens 7.5.2.2 e 7.6. do edital, que têm conteúdo idêntico e versam sobre a disponibilização das decisões nos endereços eletrônicos da Defensoria Pública e da empresa organizadora. (grifo nosso)*

Dessa feita, assim como o douto Ministério Público, entendi, em princípio, que a faculdade e não obrigatoriedade de publicação das informações relativas à realização das provas ou outras etapas pela internet, constitui falha, visto que comprometeria o princípio da publicidade. Contudo, constatei que a Defensoria Pública, em documento protocolizado em 11/02/2009, informou acerca da existência de erro material no subitem 8.4 do novo edital, retificando, por conseguinte, a redação editalícia, nos termos a seguir:

*8.4 As convocações para as provas do concurso serão feitas por meio de editais ou avisos, publicados no Minas Gerais — expediente da Defensoria Pública. Maiores especificações com relação à realização das provas ou outras etapas serão divulgadas pela internet.*

Isso posto, entendo que a redação, supramencionada, elide qualquer dúvida acerca da forma que se dará a publicidade relativa à realização das provas, restando sanada a irregularidade apontada no item 27 de meu relatório.

No que tange ao item 10 de meu relatório, considereei obscura a ressalva contida na parte final da alínea *b* do subitem 8.13 do edital, qual seja, (...) *ressalvados os casos previstos neste edital*; e ficou determinado, conforme decisão exarada por esta Casa, em Sessão da Segunda Câmara de 02/12/2008, que a mesma fosse eliminada ou acrescida informações referentes à ressalva. Compulsando o novo edital, verifiquei que a parte final da alínea *b* do subitem 8.13 foi suprimida, restando sanada a irregularidade anteriormente apresentada.

Quanto ao item 11 de meu relatório, considereei que o rol constante da alínea *g* do subitem 11.1 do edital deveria ter caráter exemplificativo, a fim de permitir a comprovação da idoneidade do candidato, por meio de declarações prestadas por outras autoridades públicas, e não se tornar restritivo.

Na alínea *f* do subitem 11.1 do novo edital, consta a previsão de caráter exemplificativo, a fim de permitir a comprovação da idoneidade do candidato, por meio de declarações prestadas por outras autoridades públicas, restando saneada a irregularidade apontada inicialmente.

Em relação ao item 12 de meu relatório, quanto à parte final da alínea *h* do subitem 11.1 do edital, que deveria ser eliminada, visto que não compete à Ordem dos Advogados do Brasil certificar os motivos da não-inscrição dos candidatos em seus quadros, verifiquei que não consta a obrigatoriedade de apresentação de certidão expedida pela Ordem dos Advogados do Brasil, regularizando, portanto, a situação inicialmente apontada.

Relativamente ao item 13 de meu relatório, acerca da exigência contida na alínea *n* do subitem 11.1 do edital, que se referia à exigência de comprovação de prática jurídica no ato da inscrição definitiva, constata-se que não foi contemplada no novo edital a referida exigência, uma vez que a mencionada alínea foi suprimida e não há disposição correspondente no novo instrumento convocatório.

Quanto aos itens 14 e 28 de meu relatório, que trata da avaliação psicológica, nos termos do relatório da Diretoria Técnica, apontada no item 12, observa-se que permaneceu no novo edital a irregularidade, visto que na alínea *e* do subitem 16.2 há a exigência de apresentação de atestado de hígidez mental, subscrito por médico psiquiatra credenciado, de outra sorte, entendeu o Ministério Público, conforme apontado no item 28 de meu relatório, que estaria sanada a irregularidade acerca da avaliação psicológica, vez que o novo edital suprimiu essa condição.

Compulsando os autos, verifiquei inexistir, no edital retificado, previsão da fase de avaliação psicológica e observei que a necessidade de apresentação de atestado de hígidez mental, subscrito por médico psiquiatra credenciado, nos termos da alínea *e* do subitem 16.2, não se constitui irregularidade, considerando que no edital inicialmente analisado a avaliação psicológica consistia na aplicação de testes, entrevista e dinâmica de grupo, por clínicas especializadas, credenciadas pela FUMARC, exigência esta não prevista na Lei Complementar Estadual n. 65/2003. Assim, entendo que o edital retificado sanou esta irregularidade.

No que tange ao item 15 de meu relatório, quanto às disposições acerca das provas

orais sobre a possibilidade de o examinador optar ora por questões objetivas ora por trabalhos simulados bem como sobre a faculdade de ser exigido comentário sobre texto legal, conforme disposto nos subitens 13.2 e 13.4 do edital, reparei que essas condições revestiam-se de grave irregularidade, em face de ausência de objetividade e do tratamento diferenciado entre os candidatos.

Observei que existe previsão no novo edital de que as provas orais constituir-se-ão, apenas, de questões objetivas, conforme redação dada ao item 12.2, bem como notei que ainda subsiste a possibilidade de se exigir do candidato comentário sobre texto legal, exigindo-se, contudo, que lhe seja apresentado o respectivo texto legal, não permanecendo essa irregularidade.

Em relação ao item 16 de meu relatório, referente ao subitem 13.7 do edital, que versa sobre a gravação das provas orais, exclusivamente pela comissão do concurso, considerei que essa disposição mereceria reparo, a fim de que a Defensoria Pública estabelecesse todas as condições e requisitos que possibilitassem a gravação das referidas provas também pelos presentes, devendo, contudo, acautelar-se para que essa prerrogativa não dificultasse o transcorrer das provas e não trouxesse prejuízo para os candidatos e para o órgão.

Conforme redação do novo edital, o subitem 12.7 passou a assegurar a gravação da prova oral pela comissão e, também, por qualquer interessado, desde que não houvesse prejuízo para a realização da prova, restando saneado o apontamento inicial.

Quanto ao item 17 de meu relatório, no que concerne ao subitem 14.2, alínea e do edital, acerca de se considerar na análise e valoração dos títulos a participação em banca examinadora de concurso público para cargos privativos de bacharel em Direito, constatei no novo edital que a matéria foi excluída, sanando a referida irregularidade.

Relativamente ao item 18 de meu relatório, referente ao subitem 14.2, alínea g, que versa sobre a avaliação de publicação de trabalho jurídico de autoria exclusiva do candidato, observei que esse subitem foi eliminado do edital questionado, ficando regularizado o apontamento inicial.

Em relação ao item 19 de meu relatório, no que se refere ao item 5 do quadro constante do subitem 14.4 do edital, que versa sobre a participação em banca examinadora em concurso público, constatei a inexistência dessa condição no quadro de atribuição de pontos para avaliação de títulos, prevista no subitem 13.4 do novo edital.

Quanto aos itens 7, 8, 10 e 11 do quadro supramencionado, verifiquei que foi especificado o máximo de pontuação a ser atribuída aos títulos a que se referem, incluindo-se o total máximo de pontos destinado à prova de títulos. Isso posto, restaram sanadas as irregularidades inicialmente apontadas.

Quanto ao item 20 de meu relatório, que trata da redação incompleta do item 9, subitem 14.4 do edital, verifiquei no instrumento convocatório retificado que não consta a antiga previsão de apresentação de *trabalho jurídico, impresso em publicações periódicas*, o que sanou a irregularidade apontada.

No que tange ao item 21 de meu relatório, sobre a redação do subitem 16.1 do edital, que não explicita o termo **a quo** da contagem do prazo recursal, verifiquei, no novo edital, que o subitem 15.1 estabeleceu que o termo **a quo** da contagem do prazo recursal é a publicação no *Diário Oficial do Estado*, conforme entendimento desta Casa, restando sanado o apontamento inicial.

Relativamente ao item 22 de meu relatório, acerca da necessária harmonização na redação dos subitens 16.1 e 16.2 do edital, levando-se em consideração as expressões **classificação final** e **resultado final** e os destinatários dos respectivos recursos, quais sejam, no item 16.2, o Conselho Superior da Defensoria Pública, e no item 16.1, a comissão do concurso, na análise dos subitens 15.1 e 15.2 do novo edital, constatei tratar-se de repetição dos subitens 16.1 e 16.2, pois, apenas, acrescentou-se a possibilidade de recorrer da classificação final de cada etapa, não tendo sido atendida, portanto, a determinação desta Corte, permanecendo a irregularidade inicialmente apontada.

Saliente-se que o Ministério Público junto a este Tribunal, nos termos do item 29 de meu relatório, entendeu que os termos **classificação final** e **resultado final** foram repetidos nos subitens 15.1 e 15.2 do novo edital, considerando que permaneceram as irregularidades; contudo, o *parquet* definiu tratar-se de irregularidade formal, que não se potencializa, em princípio, a ensejar prejuízo aos candidatos.

Em análise do edital retificado, entendo que a permanência das referidas expressões não afetam a compreensão e a clareza dos termos deste instrumento convocatório.

Quanto ao item 23 de meu relatório, relativo ao subitem 16.10 do edital, cuja redação versa sobre o resultado de anulação de questão ou item, em face de recurso, o qual deveria ser alterado, para que, caso alguma questão fosse anulada, em virtude de recurso administrativo ou de decisão judicial, a pontuação correspondente pudesse ser atribuída a todos os candidatos, indistintamente, independentemente de terem recorrido ou ingressado em juízo, certifiquei-me de que a

redação do subitem 15.10 do novo edital atende à referida exigência, restando regularizada a situação apontada.

Em relação ao item 24 de meu relatório, que trata do subitem 17.5 do edital, possibilidade de o defensor público-geral decidir sobre a posse ou não do candidato que obtivesse conclusão da equipe médica oficial sobre a inexistência de deficiência, o subitem 16.5 do novo edital passou a ter a seguinte redação: *Concluindo a junta médica pela inexistência da deficiência, nos termos do Decreto Federal n. 3.298/99, o candidato perderá o direito à reserva de vagas, sendo incluído na lista geral dos candidatos*, de forma a impedir a atuação discricionária do defensor público-geral, conforme havia sido determinado por esta Corte.

## VOTO

Tendo sido remetida a esta Corte a minuta do Edital de Concurso Público n. 001/2008, promovido pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, e as alterações apresentadas em 11/02/2009, protocolizadas sob o n. 00230.384/2009, considero sanadas as irregularidades, inicialmente identificadas por esta Corte, pelo que proponho o levantamento da suspensão determinada na Sessão da Segunda Câmara do dia 02/12/2008, intimando-se o Defensor Público-Geral, Belmar Azze Ramos, para que proceda à publicação da minuta do edital, nos exatos termos apresentados ao Tribunal, enviando cópia do novo instrumento editalício publicado a esta Corte, no prazo de cinco dias, a contar do recebimento da intimação, sob pena de anulação do certame.

O edital de concurso público em epígrafe foi apreciado pela Primeira Câmara na Sessão do dia 17/02/09 presidida pela Conselheira Adriene Andrade; presentes o Conselheiro em exercício Gilberto Diniz e o Conselheiro substituto Licurgo Mourão, que aprovaram, por unanimidade, o parecer exarado pela relatora.

# Pavimentação de vias públicas custeada com receita advinda da alienação de bem móvel

CONSULTA N. 753.232

**EMENTA:** Município – Obra de pavimentação de vias públicas – Receita proveniente da alienação de bem móvel – Possibilidade – Observância aos requisitos legais – Art. 17 da Lei n. 8.666/93, art. 44 da LC n. 101/00 e Lei n. 4.320/64.



ASSCOM TCEMG

*Vale dizer, objetivando a preservação do patrimônio público, a lei determina que o administrador direcione a receita de capital, proveniente da alienação de bens e direitos, para a realização de despesas de capital, que abarcam os investimentos, como obras; as inversões financeiras, a exemplo da aquisição de imóvel pronto; e as transferências de capital, de que fazem parte as dotações para amortização da dívida pública.*

**RELATOR: CONSELHEIRO  
SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ**

## RELATÓRIO

Trata-se de consulta formulada por Ermir Fonseca Moreira, Prefeito do Município de Bonfim, Processo n. 753.232, vazada nos seguintes termos:

*Em tese, o recurso oriundo da venda de dois veículos de propriedade deste Município (bens de domínio patrimonial) poderá ser usado na realização de obra de pavimentação, seja com calçamento poliédrico ou asfalto (bens de domínio público)?*

Autuada a consulta, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

## PRELIMINAR

A consulta foi formulada por parte legítima e trata de matéria de competência desta Corte.

Assim, em preliminar, estando presentes os requisitos exigidos no inc. X do art. 7º do Regimento Interno, dela tomo conhecimento.

## MÉRITO

No mérito, a indagação do consulente cinge-se à possibilidade de se vincular receita proveniente de alienação de bem móvel à realização de despesa específica, que, no caso em análise, refere-se à execução de obra de pavimentação de vias públicas municipais.

Tendo como assente, na melhor doutrina, a possibilidade da alienação condicionada dos bens públicos, entendo que, desafetado o bem, obviamente informado por uma finalidade pública e atendidos os requisitos contidos em legislação própria, se houver, além daqueles previstos no art. 17 da Lei de Licitações, que incluem a existência de interesse público devidamente justificado, prévia avaliação e procedimento licitatório, dispensado esse último se a espécie comportar as exceções disciplinadas nas alíneas do inc. II do referido artigo, cabível e legítima a transferência patrimonial de bem já agora sob a forma dominical.

No que diz respeito à gestão patrimonial, a Lei Complementar n. 101/2000 — Lei de Responsabilidade Fiscal — no art. 44, que abre a seção cujo título é *Da Preservação do Patrimônio Público*, veda a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para custear despesas correntes, excetuando as previstas em lei destinadas aos regimes de previdência social, geral e próprios dos servidores públicos.

Vale dizer, objetivando a preservação do patrimônio público, a lei determina que o administrador direcione a receita de capital, proveniente da alienação de bens e direitos, para a realização de despesas de capital, que abarcam os investimentos, como obras; as inversões financeiras, a exemplo da aquisição de imóvel pronto; e as transferências de capital, de que fazem parte as dotações para amortização da dívida pública.

Exceção a essa regra de ouro da gestão responsável é a possibilidade de a lei vincular o produto dessa alienação aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.

Cabe registrar, ainda, que o emprego do recurso captado com a alienação de bens e direitos deve obedecer às normas de direito financeiro e de finanças públicas previstas na Lei n. 4.320/64 e na Lei Complementar n. 101/00, bem assim àque-  
las relativas ao planejamento orçamentário, especificamente ao plano plurianual, caso o investimento ultrapasse o exercício financeiro, além de se fazer consignar, nos autos do processo administrativo pertinente, o direcionamento que se dará à receita de capital.

Por derradeiro, cabe ao Tribunal de Contas, ao examinar o demonstrativo da variação patrimonial que acompanha o relatório resumido da execução orçamen-  
tária — art. 53, § 1º, III, da LRF —, verificar se a receita advinda da alienação de bem móvel se vincula ao aumento do ativo, como o pagamento de despesas com obras, ou à diminuição do passivo com a amortização de dívida.

**Conclusão:** diante do exposto, Senhor Presidente, respondo afirmativamente ao con-  
sultante porque, a teor do art. 44 da Lei Complementar Federal n. 101/2000, a recei-  
ta de capital, proveniente da venda de bens ou direitos, pode ser empregada para  
realização de investimentos, inversões financeiras e amortização da dívida pública,  
observadas as cautelas constantes no meu voto.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 10/09/08 pre-  
sidiada pelo Conselheiro Elmo Braz; presentes o Conselheiro substituto Hamilton Coelho,  
Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro Wanderley Ávila, Conselheiro Antônio Carlos  
Andrada, Conselheira Adriene Andrade, que aprovaram, por unanimidade, o parecer exara-  
do pelo Relator, Conselheiro substituto Gilberto Diniz.

# Retenção de repasses tributários a Municípios

CONSULTA N. 721.052

**EMENTA:** Município — Repasses tributários — Retenção ou restrição à entrega dos recursos pela União ou Estado — Vedação constitucional — Possibilidade de condicionamento do repasse ao pagamento de débitos com a União ou Estado e suas autarquias e ao cumprimento dos percentuais de aplicação em serviços de saúde — I. Convênio entre entes federados. Não caracterização de dívida. Inaplicabilidade do inc. I do parágrafo único do art. 160 da CR/88. II. Convênio com órgãos estaduais prestadores de serviço. Natureza contratual do ajuste. Existência de previsão de pagamento. Inadimplemento. Possibilidade de condicionamento do repasse à satisfação do crédito.

RELATOR: CONSELHEIRO SUBSTITUTO GILBERTO DINIZ

*(...) a Constituição da República veda a retenção ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos repasses tributários, mas permite à União e aos Estados e suas autarquias o condicionamento da entrega dos repasses ao pagamento de seus créditos e ao cumprimento dos percentuais de aplicação em serviços e ações de saúde pública e, especificamente à União, a vinculação ao pagamento de seus créditos.*

## RELATÓRIO

O Prefeito Municipal de Elói Mendes, Natal Donizetti Cadorini, tendo em vista as regras contidas no *caput* do art. 160 da Constituição da República e em seu parágrafo único, formulou consulta a esta Corte nos seguintes termos:

*é possível a retenção ou vinculação de parte do FPM — Fundo de Participação dos Municípios — ou do repasse do ICMS para o pagamento de parcelas previstas em convênio com a União ou com o Estado para aumento do ativo imobilizado do Município ou para convênio com órgãos estaduais que prestem serviços ao Município?*

Examinando os autos, registro que, embora tenha sido distribuído à relatoria do Conselheiro Moura e Castro em 12/01/07, consoante se vê a fls. 08, apenas em 18/02/08 o processo deu entrada no gabinete dele.

Devido ao lapso decorrido, entendi despiciendo o retorno do processo à douta Auditoria para parecer conclusivo, com fundamento na faculdade que me foi conferida pelo inc. V do art. 27 da Lei Complementar n. 102/08.

É o relatório, no necessário.

## PRELIMINAR

Preliminarmente, verificada a presença dos requisitos da legitimidade, da adequação da forma e da pertinência da matéria, conheço da consulta.

## MÉRITO

O mérito da indagação posta nos autos encerra-se na seara do Direito Financeiro e versa sobre aspecto, arrisco afirmar, inédito nesta Corte até onde minha pesquisa pode constatar.

O art. 160 da Constituição da República assim dispõe:

*Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.*

*Parágrafo único. A vedação prevista neste artigo não impede a União e os Estados de condicionarem a entrega de recursos:*

*I — ao pagamento de seus créditos, inclusive de suas autarquias;*

*II — ao cumprimento do disposto no art. 198, § 2º, incisos II e III.*

Vê-se que o *caput* do citado artigo estabelece regra imperativa destinada a atender aos princípios da autonomia e independência dos entes federados.

Com efeito, ao assumir um viés não intervencionista, o legislador constituinte dotou os entes federados de autonomia administrativa e independência financeira, retirando da União e dos Estados, detentores das receitas tributárias repartidas, a possibilidade de manipulação dos repasses previstos nos arts. 157, 158 e 159 da Carta Política, que denomina *repartição das receitas tributárias*, mas é enfático em atribuir a titularidade das receitas discriminadas nos referidos dispositivos quando diz *pertencem aos Estados e ao Distrito Federal ou pertencem aos Municípios*. Logo

as parcelas de tributos partilhados pertencem, vale dizer, são dos respectivos entes federados, não cabendo qualquer espécie de manipulação no repasse dos recursos. Não se trata, pois, de favor político, mas de dever constitucional.

Nesse aspecto, é interessante observar o esforço empreendido pelo constituinte para combater o indesejável clientelismo político, estabelecendo, até, exceção ao princípio não intervencionista exatamente para assegurar que o Município receba os repasses que lhe confere a Constituição na repartição da receita tributária, conforme disposto na alínea *b* do inc. V do art. 34 da Lei Maior, que prevê a hipótese de intervenção no Estado que deixar de efetuar os repasses no prazo legal para reorganizar-lhe as finanças.

Volvendo ao tema da vedação contida no *caput* do art. 160, esta revela-se aparentemente inflexível, porque, taxativamente, proíbe a retenção ou o estabelecimento de qualquer restrição à entrega dos repasses ou ao seu emprego, estendendo a regra também aos adicionais e acréscimos relativos a imposto.

Nesse passo, insta verificar se o parágrafo único do mencionado artigo estabelece exceção à regra e qual o seu alcance uma vez que permite à União e aos Estados o condicionamento dos repasses ao pagamento de seus créditos e de suas autarquias e ao atendimento aos percentuais mínimos de aplicação de recursos em ações e serviços de saúde.

Demais disso, a Constituição também privilegia a União Federal ao dispor no § 4º do art. 167 que:

*Art. 167 (...)*

*§ 4º — É permitida a vinculação de receitas próprias geradas pelos impostos a que se referem os arts. 155 e 156 e dos recursos de que tratam os arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, para a prestação de garantia e contra-garantia à União e para pagamento de débitos para com esta.*

De fato, a par de o texto constitucional vedar expressamente a retenção ou qualquer restrição à entrega dos repasses, permite à União e aos Estados condicionarem a entrega de recursos nas hipóteses dos incs. I e II do parágrafo único do art. 160 e, especialmente quanto à União, permite-lhe a vinculação de receitas tributárias próprias dos Estados e dos Municípios (arts. 155 e 156), bem como dos repasses (FPE, FPM e participação no ICMS) para pagamento de débito.

Regis Fernandes de Oliveira, em seu *Curso de Direito Financeiro*, entende que o Texto Magno permite à União e aos Estados apenas o *condicionamento* da transferência

dos recursos e não a satisfação direta de seus créditos por meio da apropriação de valores relativos ao FPM e ao FPE ou à participação no ICMS, no caso dos Estados. Para o autor, *o condicionar, aí, não significa reter, mas subordinar o repasse a evento futuro e incerto* como cláusula condicional na acepção civilista (autor e obra citada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 202 e 203). Em relação à hipótese do autopagamento, explicitada no § 4º do art. 167 da Constituição da República, o autor defende a tese de que:

*O § 4º do art. 167, introduzido pela EC n. 31/1993, é daqueles que padece do vício de inconstitucionalidade, uma vez que houve ostensiva quebra do pacto federativo. Não está escrito no § 4º do art. 60 que é vedada a deliberação de proposta que extinga a federação, mas, simplesmente que tenda a aboli-la. A competência do constituinte derivado encontra limite no conteúdo das cláusulas pétreas, não pode haver um ente federal acima dos outros e que não se submete às mesmas regras a que os demais estão sujeitos, também não há como se assegurar a superioridade juridicamente absurda, desconexa e irrita da União sobre os demais entes federados, pois a harmonia é essencial para a subsistência do pacto. (autor e ob. cit. p. 286)*

Em síntese, depreende-se que a Constituição da República veda a retenção ou qualquer restrição à entrega ou ao emprego dos repasses tributários, mas permite à União e aos Estados e suas autarquias o condicionamento da entrega dos repasses ao pagamento de seus créditos e ao cumprimento dos percentuais de aplicação em serviços e ações de saúde pública e, especificamente à União, a vinculação ao pagamento de seus créditos.

Sobre a matéria o Supremo Tribunal Federal já se manifestou em diversas ocasiões nas quais União, Estados e Municípios se digladiam pelo produto da arrecadação partilhada.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SERGIPE. ICMS. PARCELA DEVIDA AOS MUNICÍPIOS. BLOQUEIO DO REPASSE PELO ESTADO. POSSIBILIDADE.**

*1. É vedado ao Estado impor condições para entrega aos Municípios das parcelas que lhes compete na repartição das receitas tributárias, salvo como condição para o recebimento de seus créditos ou ao cumprimento dos limites de aplicação de recursos em serviços de saúde (CF, artigo 160, parágrafo único, I e II).*

*2. Município em débito com o recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas de seus servidores. Retenção do repasse da parcela do ICMS até a regularização do débito. Legitimidade da medida, em consonância com as exceções admitidas pela Constituição Federal.*

*3. Restrição prevista também nos casos de constatação, pelo Tribunal de Contas do Estado, de graves irregularidades na administração municipal. Inconstitucionalidade da limitação, por contrariar a regra geral ditada pela Carta da República, não estando a hipótese amparada, numerus clausus, pelas situações excepcionais previstas. Declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 20 da Constituição do Estado de Sergipe. Ação julgada procedente em parte. (STF, Tribunal Pleno, ADI 1.106/SE, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJ 13/12/2002, p. 58, RTJ Vol. 184-01, p. 38)*

Vale, também, transcrever trecho do voto do Ministro Carlos Mário Velloso, proferido em sede de mandado de segurança, em que, incorporando o parecer do Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, assim entendeu (*verbis*):

*15 – É que a retenção do fundo de participação, que corresponde ao Estado impetrante, foi efetuada com amparo no disposto no inciso I, do parágrafo único do art. 160, da Constituição da República (...)*

(omissis)

*16 – Válido concluir, a partir da leitura da norma acima transcrita, que os Estados e Municípios não detêm o direito de auferir suas cotas enquanto não sanarem suas dívidas com a União ou Estado.*

*17 – A medida de bloqueio, embora drástica, não contraria o pacto federativo, mas dele decorre, uma vez que os constituintes originários concederam à União e aos Estados o poder de condicionar a repartição de rendas ao anterior recebimento de seus créditos com a necessária garantia dos interesses e direitos da própria Federação.*

(MS. n. 24.269-8, publicação DJ. 13/12/2002)

A questão formulada pelo consulente a esta Corte, contudo, refere-se ao pagamento de parcelas previstas em convênio firmado entre o Município e a União ou o Estado para aumento de seu ativo imobilizado ou, ainda, para convênio com órgãos estaduais que prestem serviço ao Município.

Em princípio, a meu sentir, não parece possível que um dos partícipes de convênio possa contrair dívida perante o outro, a ponto de tornar possível a aplicação do disposto no parágrafo único do art. 160 da Carta Republicana.

Para verificar a hipótese, é necessário retornar à definição elementar da espécie convênio, que busco na clássica obra de Hely Lopes Meirelles:

*Convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para a realização de*

*objetivos de interesse comum dos partícipes.*

*Convênio é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns coincidentes. (in Direito Administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 354)*

Logo, se o objetivo do convênio é alcançar a realização de interesses comuns, não haverá, como ocorre nos contratos, a reciprocidade de prestação e contraprestação, ou remuneração por serviços prestados, que pode propiciar a situação de endividamento de um ente com o outro. No convênio, por sua natureza, não há pagamento de um conveniado ao outro, mas, quando muito, a aplicação de determinado montante de recursos, denominado contrapartida, no programa ajustado no instrumento em questão.

Dessa forma, o inadimplemento do Município em convênio firmado com a União ou o Estado para aumento de ativo imobilizado pode, em princípio, gerar a responsabilização pessoal da autoridade municipal signatária do instrumento e, ainda, a incidência de sanção institucional como, por exemplo, o corte de transferências voluntárias, mas não uma dívida passível de cobrança na forma do parágrafo único do art. 160 ou do § 4º do art. 167 da Carta Política.

*O mesmo raciocínio não se aplica à segunda hipótese descrita na consulta, ou seja, o pagamento de parcelas previstas em convênio (...) com órgãos estaduais que prestem serviços ao Município.*

Na verdade, atentando à definição citada, percebe-se que a segunda hipótese se refere a contrato e não a convênio, pois, sendo ajustada uma prestação de serviço, há, invariavelmente, interesses antagônicos consubstanciados na busca da satisfação de uma necessidade ou aquisição de determinada utilidade por uma das partes e a correspondente remuneração pela outra. Nesse caso, o inadimplemento pelo Município gera o crédito em relação ao serviço já prestado.

Por outro lado, relevando a impropriedade terminológica, não há na norma constitucional em comento qualquer referência em relação à origem da dívida, apenas tendo sido discriminada a prerrogativa de impor o condicionamento da entrega de repasses pela União e pelo Estado e suas autarquias.

A título de elucidação, convém notar, como é do conhecimento de todos, que a quase totalidade dos Municípios de Minas Gerais se encontra em débito com o INSS; dívidas essas que se encontram, na maioria dos casos, com o pagamento acordado e parcelado, descontado diretamente do FPM.

A matéria traz à memória o episódio ocorrido nos idos de 1999, no início do mandato do Governador Itamar Franco, que, insatisfeito com o ajuste para o pagamento da dívida com a União, feito pela administração anterior, decretou moratória, gerando grave crise na República, atraindo a aplicação do dispositivo já previsto na redação anterior do parágrafo único do art. 160 da Carta Política.

De qualquer sorte, havendo dívida em atraso do Município com a União, o Estado ou suas autarquias, pode ocorrer o condicionamento dos repasses do FPM e da participação no ICMS à sua regularização, independentemente da origem da dívida.

**Conclusão:** assim, respondendo à consulta, não vejo a possibilidade de aplicação do inc. I do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal sobre parcelas de convênio porque, conforme exposto, essas não configuram ou geram dívida. Com relação à sua incidência em convênio com órgãos estaduais que prestam serviços no Município, independentemente da denominação dada ao ajuste, havendo previsão de pagamento, pode o Estado, com o inadimplemento, condicionar os repasses à satisfação de seu crédito.

Nesses termos, tenho por respondida a consulta.

## Na oportunidade, em aparte, manifestou-se o Conselheiro Eduardo Carone Costa.

Também acompanho o bem fundamentado voto. Concordo com a questão da retenção, mas gostaria de abordar também uma outra questão, um aparte. É possível para o particular, quando celebra um contrato com a administração pública, oferecer as quotas do fundo como garantia — não como meio de pagamento da obrigação, mas como garantia. Todos estes empréstimos celebrados pelos Municípios mineiros, no passado — não sei se hoje ainda celebram —, tinham como garantia quotas do fundo de participação dos Municípios. Então, para os créditos da União a garantia está no próprio Texto Constitucional, que é a possibilidade de se fazer a retenção. Agora, quando se celebram esses empréstimos com o particular tem que se oferecer a garantia, e sempre foi tolerado, pelo Senado Federal em resoluções e pelo Tribunal de Contas, o exame dessas obrigações contratuais.

Quis fazer esta observação porque não se trata de vinculação; é garantia, tanto que os Municípios quando celebravam esses contratos, que tinham essa obrigação, o Tribunal examinava as disponibilidades financeiras para honrar e amortizar o débito. Mas ofereciam, no caso de um insucesso de arrecadação, as quotas que ficariam

como garantia; eles podiam gravar um determinado percentual das quotas. Então, como garantia, não vejo restrição quando é celebrado o negócio com o particular, mas com o Poder Público é diferente, eles já têm a competência para fazer a retenção daquele seu crédito que não foi pago, na hipótese.

Esta é a observação que gostaria de fazer.

Na Sessão do dia 16/04/08 presidida pelo Conselheiro Elmo Braz, acompanharam o parecer exarado pelo Relator, Conselheiro substituto Gilberto Diniz, os Conselheiros Simão Pedro Toledo, Eduardo Carone Costa e Wanderley Ávila, oportunidade em que pediu vista dos autos o Conselheiro Antônio Carlos Andrada.

## Retorno de vista

CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA

### RELATÓRIO

Versam estes autos sobre consulta formulada por Natal Donizetti Cadorini, Prefeito Municipal de Elói Mendes à época, nos seguintes termos:

*É possível a retenção ou vinculação de parte do FPM – Fundo de Participação dos Municípios – ou do repasse do ICMS para o pagamento de parcelas previstas em convênio com a União ou com o Estado para aumento do ativo imobilizado do Município ou para convênio com órgãos estaduais que prestem serviço ao Município?*

Na Sessão do Pleno de 16/04/08, decidiu-se pelo conhecimento da consulta, por unanimidade. O Relator, Conselheiro em exercício Gilberto Diniz, apresentou então seu posicionamento quanto ao mérito no seguinte sentido:

*(...) não vejo a possibilidade de aplicação do inc. I do parágrafo único do art. 160 da Constituição Federal sobre parcelas de convênio porque, conforme exposto, essas não configuram ou geram dívida. Com relação à sua incidência em convênio com órgãos estaduais que prestam serviços ao Município, independentemente da denominação dada ao ajuste, havendo previsão de pagamento, pode o Estado, com o inadimplemento, condicionar os repasses à satisfação de seu crédito.*

Os Conselheiros Simão Pedro, Eduardo Carone e Wanderley Ávila acompanharam o voto do relator.

Diante da relevância da matéria, pedi vista dos autos, para tomar maior conhecimento do tema e, dessa forma, poder emitir meu juízo, especialmente no que concerne ao cumprimento das obrigações estabelecidas nos convênios administrativos.

É o relatório, em síntese.

## MÉRITO

Analisando a temática tratada nos autos, tenho que foram abordados de forma es-  
correta os questionamentos formulados pelo consulente.

No entanto, tendo em vista o papel pedagógico deste Tribunal, para cujo exercí-  
cio as consultas têm enorme importância, gostaria de fazer algumas observações  
a respeito do cumprimento das obrigações estipuladas nos convênios, conforme  
passo a expor:

Apesar da pluralidade de sentidos que têm sido atualmente conferidos ao termo  
convênio, é certo que a concepção mais rigorosa tecnicamente é aquela que se re-  
fere ao convênio como instituto jurídico do Direito Administrativo, que consiste em  
um acordo realizado por entes públicos entre si ou por um ente público com uma  
entidade privada, visando à realização de um objeto de interesse comum.

Nesse sentido, distinguem-se os convênios dos contratos, pois nestes os interesses  
das partes são divergentes, posicionam-se em pólos opostos, uma oferecendo uma  
prestação e a outra uma contraprestação.

Além de distintos dos contratos, os convênios também não se confundem com os  
chamados consórcios públicos, entes personalizados da administração indireta regi-  
dos pela Lei n. 11.107/2005.

O convênio é destituído de personalidade jurídica, constituindo apenas um ajuste,  
uma cooperação associativa, utilizada como meio de descentralização administ-  
rativa, conforme recomendação do art. 10, § 3º, *b* do Decreto Lei n. 200/67.

O jurista Diogo de Figueiredo<sup>1</sup> chega a conceituá-lo como ato administrativo com-  
plexo, em que entidades da administração acordam entre si ou com um particular  
acerca da realização de obras ou serviços públicos.

<sup>1</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Na execução desse objeto de interesse comum, cada uma das partes tem certas obrigações, responsabilidades que estão previstas no plano de trabalho do convênio, juntamente com a identificação do objeto, o planejamento das fases de execução (com previsão de início, desenvolvimento e conclusão), o elenco de metas a serem alcançadas, o cronograma de desembolso e o plano de aplicação dos recursos financeiros.

Nesse sentido, o que procuramos destacar nesta sentada é o caráter imperativo do cumprimento dessas obrigações por cada um dos partícipes do convênio administrativo.

Apesar de o convênio poder ser denunciado a qualquer momento, enquanto vigente o ajuste, as entidades envolvidas têm a legítima expectativa de ver realizada pela outra parte a prestação avençada, como forma de garantir a regular execução do objeto almejado.

É obrigação do órgão concedente realizar o desembolso de recursos, conforme cronograma previsto no plano de trabalho. Por outro lado, no curso da execução do convênio, em sendo detectadas impropriedades, pode o órgão repassador até mesmo negar a liberação de parcelas previstas no plano de aplicação de recursos, enquanto não forem adotadas as medidas saneadoras pelo órgão convenente.

Ao final do ajuste, a inadimplência quanto às obrigações assumidas em sede de convênio pelo concedente ou pelo convenente compromete a prestação de contas devida aos órgãos de controle interno e externo, podendo ensejar a instauração de tomada de contas especial e a vedação ao recebimento de transferências voluntárias, dentre outras sanções institucionais previstas nas normas de finanças públicas.

Ademais, o descumprimento ora em debate pode implicar a responsabilização pessoal do gestor omissor, conforme já ressaltado pelo Conselheiro Relator e pelo Conselheiro Eduardo Carone na sessão em que foi iniciado o julgamento deste feito.

Concluindo, destacamos que o convênio administrativo é uma valiosa ferramenta de cooperação federativa e de consecução de parcerias entre o Poder Público e os particulares. No entanto, é essencial o fortalecimento de uma cultura de responsabilidade em relação à assunção das obrigações pactuadas nos convênios, sob pena de se verem graves e reiteradas violações aos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Diante do exposto, acolho o entendimento do Conselheiro Relator Gilberto Diniz, com as observações tecidas acerca da relevância do cumprimento das obrigações estipuladas no convênio.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 18/03/09 presidida pelo Conselheiro Wanderley Ávila; na oportunidade, os Conselheiros Elmo Braz e Adriene Andrade aprovaram o parecer exarado pelo Relator Conselheiro em exercício Gilberto Diniz com as considerações do Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Registre-se que, na Sessão de 16/04/08, haviam acompanhado o entendimento do relator os Conselheiros Simão Pedro Toledo, Eduardo Carone Costa e Wanderley Ávila.

# Fornecimento de combustível por posto de gasolina de propriedade do prefeito

CONSULTA N. 767.269

**EMENTA:** Município – Posto de gasolina de propriedade do prefeito – Contratação com o Município – Vedação é a regra – Forneceador único – Sopesamento dos princípios da economicidade, razoabilidade e impessoalidade – Possibilidade de ajuste – Hipótese de inexigibilidade de licitação – Comprovação de vantagem financeira – Satisfação do interesse público – Instauração imediata de processo licitatório quando credenciado novo fornecedor.



*(...) salvo se configurada a inviabilidade de competição, a existência de uma única empresa no Município não afasta a exigência de procedimento licitatório, visto que, considerando-se a satisfação do interesse público, deve ser realizado o certame, conferindo-se oportunidade para que empresas de outros Municípios participem deste, o que possibilita a apresentação de propostas mais vantajosas para a administração pública e, além disso, evidencia o respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, insertos nos arts. 5º e 37 da Constituição da República, a que cumpre àquela observar.*

**RELATOR: CONSELHEIRO  
SUBSTITUTO LICURGO MOURÃO**

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de consulta subscrita por Dinis Pinheiro, na condição de deputado estadual, por meio da qual discorre que o prefeito eleito de Santa Cruz do Escalvado é proprietário do único posto de combustível instalado no Município, organizado sob a forma de empresa individual, e que os postos de combustíveis localizados em Municípios vizinhos estão distantes entre 15 e 30 Km, o que oneraria os cofres públicos municipais na hipótese de deslocamento da frota de veículos para

abastecimento. Ao final, faz a seguinte indagação, *verbis*:

*O Município, realizando processo licitatório na mesma modalidade dos anos anteriores (tomada de preço), poderia a empresa do prefeito eleito, único estabelecimento no Município, participar do processo licitatório e, se vencedor, contratar com o Município? (destaque do original)*

É o relatório, no essencial.

## PRELIMINAR

Do exame dos pressupostos de admissibilidade, observa-se a legitimidade do consultante, sendo certo, ainda, que a questão por ele aventada comporta pronunciamento em tese, nos termos do art. 210, VI, e art. 212 do RITCMG.

Esta é a preliminar.

## MÉRITO

Supondo que a empresa de propriedade do prefeito seja a única empresa fornecedora de combustível instalada no Município, o cerne da questão trazida pelo consultante diz respeito à possibilidade de se excepcionar a regra inserta no art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93, que estabelece, *verbis*:

*Art. 9º — Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:*

*I — omissis.*

*II — omissis.*

*III — servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.*

Inicialmente, insta observar que salvo se configurada a inviabilidade de competição, a existência de uma única empresa no Município não afasta a exigência de procedimento licitatório, visto que, considerando-se a satisfação do interesse público, deve ser realizado o certame, conferindo-se oportunidade para que empresas de outros Municípios participem deste, o que possibilita a apresentação de propostas, em tese, mais vantajosas para a administração pública e, além disso, evidencia o respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade, insertos nos arts. 5º e 37 da Constituição da República, a que cumpre àquela observar.

A respeito do entendimento deste Tribunal em relação ao disposto no referido dis-

positivo legal, cite-se a Consulta n. 646.988, formulada pelo prefeito municipal de Lima Duarte, acerca da possibilidade de o Município adquirir mercadorias, por meio de licitação, de parentes de servidores ou de dirigentes, resguardando-se a isonomia entre os participantes, ou efetuar junto aos mesmos pequenas compras/aquisições/contratações, ou mesmo pequenas obras, relacionadas no art. 24, incs. I e II, da Lei n. 8.666/93. De acordo com o voto condutor da lavra do eminente Conselheiro Elmo Braz, na Sessão do Pleno do dia 15/12/01, *in verbis*:

***A clareza do dispositivo não deixa dúvida do impedimento da participação de determinadas pessoas na licitação. O referido artigo retrata os princípios da moralidade pública e da isonomia.***

*O inciso III proíbe expressamente de participar da licitação o servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante responsável pelo certame. Também proíbe a participação de empresas cujos sócios, administradores, empregados, controladores, etc. sejam servidores ou dirigentes dos órgãos contratantes.*

***Por oportuno, deve-se esclarecer que tal vedação alcança as contratações entre prefeitos e a municipalidade e, por extensão, a sua participação em processos licitatórios. Alcança também a aquisição de bens por parte da municipalidade de único estabelecimento existente no Município do qual seja proprietário o prefeito, visto que ele representa diretamente a municipalidade nas contratações e autoriza as licitações.*** (grifos nossos)

Nesse mesmo sentido é o entendimento manifestado na Consulta n. 439.110, formulada pelo prefeito municipal de Santa Vitória, sobre a prestação de serviços médico-hospitalares ao Município por empresa na qual um dos sócioproprietários é o prefeito, relatada pelo Conselheiro Sylo Costa, na Sessão do Pleno do dia 19/08/98, *in verbis*:

***(...) face aos princípios da impessoalidade e moralidade inculpidos na Lei Maior em seu art. 37, caput, de observância obrigatória para todos os entes da administração pública, entendo como inadmissível a contratação pelo Município de empresa de propriedade do prefeito.***

*Reforça nossa posição o disposto no art. 9º da Lei n. 8.666/93, inc. III, que veda a participação direta ou indireta na licitação ou na execução de obras ou serviços e no fornecimento a eles necessários de servidor ou dirigente do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.*

***Em face disso é que reitero que a contratação de empresa de propriedade do prefeito pelo Município, via de regra, não seria permitida.*** (grifos nossos)

No mesmo diapasão, cabe trazer à colação o posicionamento bastante elucidativo do Tribunal de Contas da União, na Decisão n. 133/1997, de relatoria do Ministro Bento

José Bulgarin, em Sessão Plenária do dia 02/04/1997, *verbis*:

***Em síntese: visando à observância dos princípios da igualdade e da moralidade, o legislador afastou a priori a possibilidade de participação de servidores na licitação promovida pelo órgão em que servem, sem a necessidade de exame de outros requisitos. Não basta, portanto, que os servidores sejam afastados, como quer o INPE. É necessário, em observância aos aludidos princípios, e para afastar qualquer suspeição, que o certame seja anulado. Desta forma, não havendo como, sequer, admitir a participação de servidores na licitação, não há que se falar em regularização de proposta contendo esse vício. O interessado impedido de licitar deve ser sumariamente eliminado do certame, não se lhe permitindo participar das fases posteriores do procedimento licitatório. Nesse sentido, apenas para ilustrar, reproduzo o seguinte ensinamento do Professor Jessé Torres Pereira Júnior acerca do dispositivo constante do art. 9º e incisos da Lei n. 8.666/93 (Comentários à Lei das Licitações e Contratos da administração pública, 2. ed., Ed. Renovar, p. 74/75): “A norma institui pré-requisito cujo atendimento a Administração verificará antes de examinar a documentação correspondente à habilitação preliminar dos licitantes. Se o interessado incide na vedação, sequer será admitido a tal fase inicial do certame, porquanto será irrelevante se preenche ou não as exigências do ato convocatório quanto à capacidade jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira, e regularidade fiscal. A regra é impeditiva de seu ingresso na licitação, ainda que estivesse habilitado para dela participar. A proibição alcança a execução do objeto da licitação pelo contratado, que, em consequência, não poderá subcontratar partes da obra ou do serviço, nem o fornecimento de bens, àquele que incorreu na vedação legal.”* (grifos nossos)**

Acrescente-se, ainda, o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas de Pernambuco, que se aplica perfeitamente à presente consulta, tendo em vista a identidade da matéria examinada, *verbis*:

***Posto de abastecimento de combustível de propriedade do prefeito não poderá participar da licitação para fornecimento ao Município, nos termos do art. 9º, inc. III, da Lei n. 8.666/93. Outrossim, há o princípio da moralidade pública, inscrito no art. 37, caput, da Constituição da República, que desaconselha a pretensão do prefeito. Os postos de revenda de combustíveis pertencentes ao prefeito só poderiam, por hipótese, fornecer ao Município, na eventualidade de falta do produto em outros postos de abastecimento. Ainda assim, nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares. (Decisão n. 36/96 — Processo n. 9.507.566-5, Sessão de 17/01/1996).* (grifos nossos).**

Lado outro, não se pode olvidar que a situação caracterizada pela existência de uma única empresa no Município fornecedora do objeto que se pretende contratar, ainda que de propriedade de autoridade pública deste mesmo Município, poderá constituir hipótese de inexigibilidade de licitação. Vale dizer, em face da imperiosa ponderação dos princípios da economicidade, da razoabilidade, da moralidade e da impessoalidade, diante das peculiaridades do caso concreto, pode restar configurada a inviabilidade de competição, não se aplicando, pois, o disposto no art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93.

Nessa perspectiva, cabe trazer à colação parecer apresentado na Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC n. 104, de outubro de 2002, fls. 872 e 873, cujo objeto muito se assemelha à questão abordada nesta consulta, *verbis*:

*Então, se uma distância além daquela existente entre o posto de propriedade do prefeito gerar comprovado e injustificado ônus financeiro à administração e se não houver outro posto mais próximo ou igualmente distante, estará caracterizada a inviabilidade de competição, pela existência de apenas um particular apto a atender o interesse público.*

*Nesse caso, não haverá que se perquirir quanto aos impedimentos fundados no art. 9º da Lei n. 8.666/93.*

(...)

*Contudo, em uma situação específica de inexistência de competição pelo objeto visado, pela total ausência de outros particulares em condições de ofertá-lo, a isonomia não será afrontada. Do mesmo modo, a moralidade será preservada pela fixação de bases negociais lícitas, razoáveis, dimensionadas de acordo com o interesse público e condizentes com a realidade de mercado.*

*Nesses moldes, contratar com empresa de propriedade do prefeito não fere o ordenamento jurídico vigente, desde que, como dito, o raio máximo de distância fixado pela administração possa ser adequadamente justificado, nos termos acima.*

*É importante destacar que é a excepcionalidade da situação concreta que impõe, para o atendimento do interesse público, a concessão de tratamento diverso daquele preconizado pela regra geral do art. 9º. Não fossem suas características específicas, que conduzem à inexigibilidade de licitação, o texto da lei figuraria, a rigor, como obstáculo intransponível à participação do posto de gasolina do prefeito no processo de contratação.*  
(destaques nossos)

Urge salientar que de acordo com o disposto no art. 26 c/c art. 25, I, da Lei de Licitações, a inexigibilidade de processo licitatório deverá ser devidamente com-

provada, evidenciando-se que a empresa contratada é a única sediada no Município fornecedora do serviço avençado e que o preço pactuado justifica a contratação direta. Além disso, na hipótese de, no decorrer do cumprimento do contrato, surgir a possibilidade de competição em decorrência de instalação de outro posto de combustível no Município, deverá ser realizado o devido procedimento licitatório.

Nesse sentido, tem-se o entendimento adotado por esta Corte de Contas, em Sessão do Pleno de 06/09/2000, na Consulta n. 440.512, de relatoria do eminente Conselheiro Eduardo Carone, subscrita pelo prefeito municipal de Indianópolis, à época, na qual, dentre outros questionamentos, indagou-se sobre a possibilidade de contratação direta com o único posto de fornecimento de combustível localizado no Município, de propriedade de um vereador, considerando que os dois postos mais próximos localizavam-se a 18 e 25 km da cidade, *verbis*:

*A chamada contratação direta não significa ausência ou preterição de formalidades essenciais que possibilitem aferir, com convicção plena, que o objetivo do gestor foi selecionar o contratante mais adequado dentro da conveniência de firmar-se o contrato pela administração pública.*

*Na hipótese em apreço, se existente apenas no Município um único fornecedor autorizado, segundo as normas impessoais vigentes, a comercializar combustíveis para veículos automotores; se outro possível fornecedor, igualmente credenciado, encontra-se estabelecido tão distante, no caso por mais de 30 Km da sede da administração municipal, não me parece ser vantajoso para o Poder Público promover um certame, no qual uma possível oferta de fornecimento por preço inferior feita por proponente estabelecido tão distante e, se aceita, anule com a despesa que acarretará para se deslocar o veículo a ser abastecido em local tão recuado o sentido de escolha mais conveniente, e até mesmo econômica, a ser feita pela administração.*

*A proposta mais vantajosa, necessariamente, não é a de menor preço, como é cediço.*

*É claro que o meu entendimento no sentido de caracterizar a inexigibilidade da licitação, na hipótese em tela, pressupõe fornecimento de produto, no caso, combustível, por preços que não ultrapassem aqueles praticados na localidade, regularmente, mesmo porque, caracterizado o superfaturamento, é de aplicar-se, implacavelmente, o disposto no § 2º do art. 25 da Lei n. 8.666/93:*

(...)

*De outro lado, se no transcorrer da execução do contrato, for credenciado outro fornecedor de combustível automotor no Município, caracterizada, portanto, a competitividade, será imperativa a instauração imediata do procedimento licitatório.*

*Finalmente, é de se concluir que o princípio da moralidade, idéia filosófica de observância intransponível, tanto prevalece quando se veda a participação do agente público no processo licitatório, quanto dá suporte à contratação decorrente de comprovada e inequívoca falta absoluta de competitividade para o fornecimento do serviço, compra de bem ou realização de obra de interesse público. (grifos nossos)*

Em arremate, reforçando esse posicionamento, destaca-se trecho do voto do eminente Conselheiro José Ferraz, relator da Consulta n. 675.252, em Sessão Plenária do dia 04/08/2004, encaminhada pelo então prefeito municipal de São Tomé das Letras, sobre a possibilidade de contratação direta, pelo Município, de um posto de combustível em que viesse a figurar como sócio o vice-prefeito, considerando que o Município não dispunha de outros estabelecimentos para fornecimento de combustível, *verbis*:

*Na oportunidade, trago à colação a lição de Luciano de Araújo Ferraz, em sua obra “Licitações, estudos e práticas” que, referindo-se à indagação sobre a possibilidade de contratação direta, com base na inexigibilidade de licitação, ante a inviabilidade de competição, quando no Município existir apenas um posto de gasolina, responde nos seguintes termos: “Depende. Somente será possível dar-se como inexigível a licitação, se o fornecimento do combustível por outros postos localizados em Municípios circunvizinhos implicar gastos excessivos, prévia e devidamente comprovados, os quais não justificam economicamente a licitação, inviabilizando a competição. Caso contrário, a licitação é obrigatória.”*

*E permito-me completar dizendo que, se ficar efetivamente comprovado, com a realização do certame, que os postos fora da localidade ofereceram preços superiores ao posto do Município ou, ainda, que a distância da praça do fornecedor irá onerar os custos de tal forma que o valor ofertado pelo único posto do Município tornar-se-á o mais vantajoso, entendo ser o caso de sopesar os princípios da economicidade, razoabilidade, moralidade e impessoalidade.*

*Neste caso, analisada efetivamente a vantagem em se adquirir a mercadoria do único posto do Município, em razão da qualidade e do preço ofertado, e a aquisição no posto de gasolina pertencente ao vice-prefeito, único da localidade, revelar-se mais vantajosa, sou de parecer que os princípios da economicidade e razoabilidade sobrepor-se-ão ao da impessoalidade e à regra do art. 9º, III, da Lei Orgânica do Município (sic). Entendo, assim, que mediante fiscalização rigorosa dos preços, durante a vigência do contrato, que justifique a sua permanência, com a efetiva atuação do controle interno do Município e do controle externo, pela Câmara Municipal, a contratação com o único posto de gasolina da localidade poderá ser realizada. (grifos nossos)*

**Conclusão:** em face de todo o exposto, respondo a consulta nos seguintes termos:

- 1) Em regra, é vedada a participação de empresa de propriedade do prefeito em processo licitatório do próprio Município, em respeito aos princípios da moralidade e da impessoalidade insertos no art. 37, *caput*, da Constituição da República, e ao disposto no art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93.
- 2) Entretanto, tal exegese não se mostra intransponível, pois, na hipótese de o único posto de combustível do Município pertencer a agente político local, o deslocamento dos veículos da Prefeitura para abastecimento em cidades vizinhas poderá implicar em gastos excessivos. Nesse caso, os princípios da economicidade e da razoabilidade poderão se sobrepor ao da impessoalidade e à regra do art. 9º, III, da Lei n. 8.666/93, de modo a permitir a contratação direta por inexigibilidade de licitação de posto de gasolina de propriedade do agente político, desde que comprovada a vantagem financeira e preservado o interesse público, conforme reconhecido nas Consultas TC n. 440.512 e 675.252.
- 3) Se no decorrer da execução do contrato for credenciado outro fornecedor de combustível no Município, a Prefeitura deverá instaurar imediatamente procedimento licitatório.

É o parecer, Sr. Presidente, que submeto à consideração deste Colegiado.

### Na oportunidade, manifestaram-se os Conselheiros Eduardo Carone Costa, Antônio Carlos Andrada, Conselheiro substituto Hamilton Coelho e Conselheiro em exercício Gilberto Diniz.

#### CONSELHEIRO EDUARDO CARONE COSTA:

Sr. Presidente, adoto inteiramente o bem lançado voto do eminente relator.

As ressalvas que S.Exa. faz da metade do seu voto para o final são as mesmas que já fiz e que outros conselheiros já fizeram há mais de dez anos.

Agora, eu não faço reparo, mas faço uma colocação. O princípio da moralidade, neste caso que estamos a examinar, está plenamente atendido, porque ressei do próprio texto da inicial que o prefeito eleito já era proprietário do único posto. O posto não foi constituído porque o prefeito foi eleito. Acredito que se fosse uma coisa *a posteriori* estaria de duvidosa ética o procedimento. Por isso, considerando tudo o que foi bem lançado no voto do eminente relator — que se aprovado peço até que seja

publicado para esclarecimento dos diversos gestores municipais – quero ressaltar que se a constituição da pessoa jurídica se deu antes da investidura no mandato, o princípio da moralidade estará inteiramente atendido.

Adoto o voto do conselheiro relator.

**CONSELHEIRO ANTÔNIO CARLOS ANDRADA:**

Sr. Presidente, também acompanho o voto do relator, mas gostaria de ressaltar um ponto importante que, no meu entendimento, necessita de um esclarecimento maior ao jurisdicionado.

O comando da Lei de Licitações que veda a contratação do agente de empresas do agente político, no caso específico do prefeito, realmente não é intransponível, há exceções. Mas é preciso esclarecer que essas exceções precisam estar bem configuradas. Não basta a questão da distância. Nós não podemos falar em 10 ou 15km, por exemplo, porque se a estrada for de terra, de chão, ou for de asfalto, a distância por si só não esclarece o problema. É preciso haver outros condicionamentos para que esta exceção se configure. Então é preciso que o gestor municipal esteja muito atento a isso.

Hoje, as questões técnicas estão muito avançadas. Operacionalmente, um posto com razoável distância de um Município poderá, por hipótese, montar uma estrutura de estoque naquele outro Município contratante e suprir a questão da distância. Então, é preciso estar muito atento às circunstâncias do caso, e não se ater apenas à quilometragem que dista o posto de um Município vizinho daquele que se deseja contratar.

Com esse esclarecimento e com essa minha visão, acompanho o voto do relator.

**CONSELHEIRO SUBSTITUTO HAMILTON COELHO:**

Sr. Presidente, ante a vedação legal de o agente político poder contratar com a administração pública, vedação essa inserta na Lei Nacional de Licitações e Contratos, peço vênia ao eminente relator e respondo negativamente à consulta.

**CONSELHEIRO EM EXERCÍCIO GILBERTO DINIZ:**

Vou acompanhar o entendimento do relator, Sr. Presidente, mas também acompanho as observações feitas pelo Conselheiro Antônio Carlos Andrada. Essa questão tem que ficar devidamente formalizada nesse processo para que se comprove que realmente há uma onerosidade de o Município contratar com o posto que está se-

diado em outra localidade. Então, isso deve ficar bem caracterizado no processo, para posterior verificação pelo Tribunal.

A consulta em epígrafe foi respondida pelo Tribunal Pleno na Sessão do dia 29/04/09 presidida pelo Conselheiro Wanderley Ávila; presentes o Conselheiro Eduardo Carone Costa, Conselheiro Elmo Braz, Conselheiro Antônio Carlos Andrada, Conselheiro em exercício Gilberto Diniz, que aprovaram o parecer exarado pelo Relator Conselheiro substituto Licurgo Mourão. Vencido o Conselheiro substituto Hamilton Coelho.

# Julgamento das contas do chefe do Executivo municipal sem emissão de parecer prévio pelo Tribunal de Contas

PRESTAÇÃO DE CONTAS  
MUNICIPAL N. 686.694

**EMENTA:** Município – Prestação de contas aprovadas sem emissão de parecer prévio pelo TCE-MG – Procedimento contrário à legislação – Julgamento ineficaz – Grave infração à norma constitucional – Remessa dos autos ao Ministério Público junto ao Tribunal de Contas – Aferição de responsabilidade – Ciência aos interessados.

*Não se reveste de validade alguma a resolução da Câmara Municipal que aprova ou rejeita as contas do prefeito, antes da emissão do parecer prévio da Corte de Contas. Trata-se, pois, de instrumento imprescindível ao julgamento das contas municipais, como se depreende das disposições insertas no art. 31, § 2º, da Constituição da República e na Súmula TC 31.*

ASSCOM TCEMG



RELATOR: AUDITOR HAMILTON COELHO

## RELATÓRIO

Cuida-se da Prestação de Contas da Prefeitura Municipal de Gonzaga, exercício de 2003, de responsabilidade do Prefeito à época, Júlio Maria de Sousa.

Os autos foram originalmente distribuídos ao Conselheiro Murta Lages, em 19/04/04, e posteriormente redistribuídos a este relator em 18/02/08.

Ainda pendente de análise pelo Órgão Técnico, o processo foi concluso a este relator, em 10/03/09, para apreciação de documentos protocolizados por três vereadores do Legislativo de Gonzaga.

É o relatório.

## MÉRITO

Por meio da documentação apresentada, os Vereadores à Câmara Municipal de Gonzaga, Valdir Teixeira Barbalho, Paulo Firmo Garajau e Vicente Apolônio de Souza, informam que, em 09/12/08, decisão do Plenário daquela Casa Legislativa aprovou as contas do Executivo municipal, relativas aos exercícios de 2001 a 2006, sem parecer prévio deste Tribunal.

Não se reveste de validade alguma a resolução da Câmara Municipal que aprova ou rejeita as contas do prefeito, antes da emissão do parecer prévio da Corte de Contas. Trata-se, pois, de instrumento imprescindível ao julgamento das contas municipais, como se depreende das disposições insertas no art. 31, § 2º, da Constituição da República e na Súmula TC 31. Ademais, a própria Lei Orgânica do Município de Gonzaga, reproduzindo a norma constitucional, estabelece em seu art. 68 que *a Câmara Municipal julgará as contas do prefeito, mediante o parecer prévio do Tribunal de Contas (...)*.

O julgamento das contas, pelo Legislativo, ausente o parecer prévio desta Casa, prática deliberada, não pode ser tolerada, pois denuncia procedimento contrário à legislação em vigência e retira a finalidade da análise do órgão de controle externo, que é garantir a legalidade e a segurança dos atos administrativos.

Logo, ausente a peça obrigatória, a formação do processo e o seu conseqüente julgamento são deficientes.

## PROPOSTA DE DECISÃO

Diante dos fatos, proponho que seja encaminhada ao conselheiro presidente a documentação recebida para que, no seu juízo de admissibilidade, seja atuada e distribuída a um relator, para fins de possível responsabilização, por se tratar de ato praticado com grave infração à norma constitucional.

Cópia dos documentos deverá ser extraída, juntada aos presentes autos e encaminhada ao Ministério Público de Contas para os fins que entender de direito.

Oficie-se aos interessados, ao atual presidente da Câmara Municipal de Gonzaga, ao Instituto Nacional do Seguro Social — INSS e também à gestora do FGTS — Caixa Econômica Federal o inteiro teor desta decisão, cientificando-os da ineficácia do julgamento.

Sr. Presidente, por ser elucidativa, peço permissão para fazer a leitura de parte da ata da 17ª reunião ordinária da 4ª Sessão Legislativa de 2008:

*(...) o vereador presidente passou a palavra ao Sr. Agnaldo Correa da Silva, que ao tomar posse da palavra cumprimentou a todos e a seguir fez uma breve explanação sobre as Prestações de Contas dos exercícios de 2001 a 2006 da Prefeitura Municipal de Gonzaga/MG e ressaltou que as mesmas encontram-se corretas uma vez que é possível a retirada de todas as certidões negativas da prefeitura como, por exemplo, INSS, FGTS, etc; esclareceu também o porquê da não emissão do parecer do Tribunal de Contas referente aos exercícios de 2001 a 2006, pelo motivo que as contas das gestões passadas não foram prestadas ao Tribunal de Contas, dificultando assim a vistoria do Tribunal de Contas às contas da Prefeitura Municipal de Gonzaga do período de 2001 a 2006.*

As contas de 2000, segundo consta da ata, não foram prestadas. Ora, diante da ocorrência, caberia à Câmara, em cumprimento à ordem jurídica e legal, tomá-las, na forma do art. 51, II, da *Lex Major* da República (de aplicação ao Legislativo municipal por força do princípio da correlação ou simetria concêntrica), e encaminhá-las ao Tribunal de Contas para emissão do documento de que trata o § 2º do art. 31 da mencionada Lei da República, peça técnico-opinativa indispensável para subsidiar os julgamentos das contas dos chefes do Executivo.

Após, encaminhem-se os autos à CAE/DAE, para análise das contas em regime de urgência.

Essa é a proposta de decisão que submeto ao colegiado.

O processo em epígrafe foi apreciado pela Segunda Câmara deste Tribunal na Sessão de 14/05/2009. Na oportunidade, a proposta de decisão exarada pelo Auditor Relator Hamilton Coelho restou acolhida pelo Conselheiro Eduardo Carone Costa (presidente em exercício), Conselheiro Elmo Braz e Conselheiro em exercício Licurgo Mourão.

# Ilegalidade na prorrogação de contrato de transporte coletivo\*

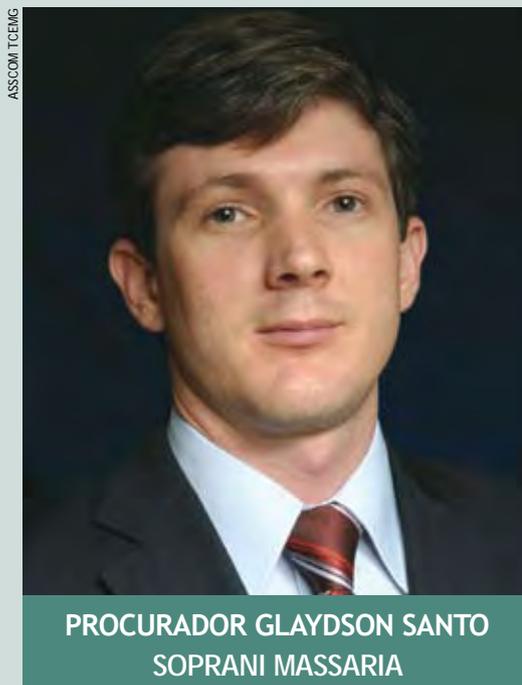
Excelentíssimo Senhor Relator,

Trata-se de encaminhamento, pelo Ilustre Procurador-Geral Adjunto do Ministério Público Estadual, Alceu José Torres Marques, de expediente proveniente da 20ª Promotoria de Justiça da Comarca de Juiz de Fora, noticiando a prorrogação de contrato de transporte coletivo em desobediência às normas legais e requerendo a designação de inspeção na Prefeitura (fls. 02 e 03).

Nos documentos colacionados pelo Ministério Público Estadual há informação de que tramita nesta Corte processo administrativo proveniente de inspeção realizada no Processo n. 5.677/99, de relatoria do Conselheiro Flávio Régis Xavier de Moura e Castro — Processo Administrativo tombado sob o n. 678.305, no qual se analisa a legalidade da prorrogação do contrato de transporte coletivo ora em discussão, ocorrido em 1999, sob o fundamento de inexigibilidade de licitação (fls. 04 e 05).

Por ordem do Conselheiro Relator Antônio Carlos Andrada foi determinado que o prefeito municipal de Juiz de Fora encaminhasse, no prazo de dez dias, cópia da prorrogação dos contratos, realizada no final de 2006, bem como dos procedimentos licitatórios realizados, inclusive de inexigibilidade (fls. 55).

O prefeito municipal de Juiz de Fora apresentou as justificativas e os documentos requisitados pelo Tribunal de Contas (fls. 63 a 1.014).



\* Parecer emitido pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas no Processo Administrativo n. 734.282 decorrente de denúncia, de relatoria do Conselheiro Antônio Carlos Andrada, apreciado pelo Tribunal Pleno na Sessão de 10/12/08 (ver p. 175 desta Revista).

De ordem do Conselheiro Presidente Elmo Braz foi realizada inspeção *in loco* (fls. 1.017), cujo parecer preliminar foi apresentado a fls. 1.023 a 1.028, oportunidade em que a equipe técnica trouxe aos autos os documentos de fls. 1.029 a 1.033.

Nesta fase processual o conselheiro relator determinou a conversão do feito em processo administrativo e a citação do prefeito municipal para que apresentasse contestação e provas (fls. 1.037).

Devidamente citado o prefeito municipal apresentou a defesa a fls. 1.043 a 1.065.

Retornaram os autos à Diretoria Técnica para avaliação da defesa apresentada, e as conclusões finais da equipe técnica foram juntadas aos autos a fls. 1.071 a 1.083.

Novamente convertido em diligência para que o prefeito municipal informasse se houve a realização dos levantamentos e avaliações visando a realização de procedimento licitatório para a concessão dos serviços de transporte coletivo do Município e, caso positivo, para que os encaminhasse ao Tribunal de Contas (fls. 1.097 e 1.098).

Informações prestadas a fls. 1.105 e 1.106.

Vieram os autos para análise e parecer do Ministério Público.

É o relatório, no essencial. Passo à manifestação.

## Introdução

Para melhor compreensão da matéria e formação do convencimento do Ministério Público Especial, entende-se necessária a abordagem conjunta das sucessivas prorrogações ocorridas após a vigência da nova ordem constitucional, uma vez que, de acordo com as conclusões acerca da prorrogação ocorrida em 1999, diversas serão as soluções, senão vejamos:

a) ao lançar mão do instituto da inexigibilidade, em 1999, a Administração Pública municipal de Juiz de Fora prorrogou o contrato anteriormente existente ou celebrou um novo contrato, com os mesmos prestadores de serviço, sob o *nomen iuris* de termo aditivo?

a.1) Concluindo-se ter ocorrido a primeira hipótese teríamos sob análise uma segunda prorrogação de contrato, firmado sem prévia licitação anteriormente à CF/88 e sua regulamentação pela Lei n. 8.987/95.

a.2) Concluindo-se pela segunda hipótese teríamos uma primeira prorrogação (em 2006) de uma contratação direta por inexigibilidade, firmada após a CF/88 e sua regulamentação.

Tecidas tais considerações passa-se à análise dos fatos e fundamentos constantes dos autos do processo.

## Da prorrogação ocorrida em 1999

O termo aditivo (fls. 417 a 424) evidencia as justificativas e os fundamentos da prorrogação, elencando nos itens 1.2.2, 1.2.4 e 1.2.5 os fundamentos jurídicos genéricos; no item 1.2.3, o próprio ato do Executivo que ensejou a prorrogação; e no item 1.2.1, o fundamento jurídico específico para a renovação contratual (inexigibilidade de licitação).

### CLÁUSULA PRIMEIRA – DA JUSTIFICATIVA E FUNDAMENTO

(...)

*1.2 – A formalização da prorrogação da permissão para prestação e exploração de serviços no Sistema de Transporte Coletivo do Município de Juiz de Fora por meio deste instrumento, de natureza contratual, fundamenta-se ainda no seguinte:*

*1.2.1 – Na comprovação da inexigibilidade de licitação, diante da inviabilidade da competição, conforme consta do Processo n. 5.677/99 (arts. 25 e 26 da Lei n. 8.666/93).*

*1.2.2 – Na legislação municipal: Leis n. 1.721 de 05/11/62; 3.060 de 12/10/68; 3.967 de 22/02/72; art. 7º da Lei n. 8.981 de 20.12.96; inciso VI do art. 186 da lei orgânica municipal; e no Regulamento para Serviço de Transporte Coletivo; Decreto n. 1.235 de 04/05/72, dispositivos que autorizam a vigência da permissão de que trata o presente instrumento.*

*1.2.3 – No Decreto Municipal n. 6.616/99, que prorrogou os contratos de permissão por terem sido firmados anteriormente à Lei n. 8.987/95.*

*1.2.4 – No art. 40 da Lei Federal n. 8.987, de 10/02/95, que definiu o contrato de adesão como instrumento para disciplinar direitos e obrigações das partes, na permissão de serviços públicos.*

*1.2.5 – Na compatibilização das determinações mencionadas, emanadas da legislação federal e municipal, e na consolidação dos direitos e obrigações de permitente e da permissionária. (grifos nossos)*

No rol de obrigações que consta nas fls. 417, verso, 418, anverso e verso, e 419, *primo*

*ictu oculi* é perceptível que não houve acréscimo de obrigações, tendo, no entanto, o mesmo ocorrido por força do pacto adjeto à prorrogação.

Diante de tais elementos a equipe técnica responsável pela inspeção do termo aditivo ao contrato de transporte coletivo firmado em 1999, à época, fez constar em seu relatório, colacionado aos autos em anexo ao expediente da Promotoria de Justiça, que havia manifesta ilegalidade na prorrogação (fls. 19 a 24 e 28 e 29), *verbis*:

(...)

1) *Ao questionamento de número 01, responde-se: os atos de outorga das permissões foram efetuados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, conforme planilha a seguir e documentos anexados a fls. 579 a 634.*

2) *Ao questionamento de número 02, responde-se: não foi realizada licitação antes da vigência da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões). Para fins de comprovação, a equipe solicitou uma declaração ao órgão gerenciador do projeto (SETTRA), mas, até o final da inspeção, não havia sido entregue.*

3) *Ao questionamento de número 03, responde-se: as permissões, concedidas às diferentes empresas de transporte coletivo do Município, têm datas de vigência diferenciadas, sendo que, em sua maioria, o prazo é indeterminado, conforme planilha já referenciada no item 01 acima.*

*As referidas empresas já exploravam o serviço de transporte coletivo urbano sem solução de continuidade, ao longo de várias administrações municipais, ou seja, desde o ano de 1952, tendo havido, ao longo desse tempo, fusões entre as mesmas, bem como transferências de linhas, conforme exemplos a fls. 635 a 642 (...).*

*Em agosto de 1999, fls. 643, foi formalizado protocolo de intenções entre o Município e as empresas operadoras do sistema de transporte coletivo urbano, representadas pela Associação Profissional das Empresas de Transporte de Passageiros – ASTRANSP, com o objetivo de melhorar a qualidade dos serviços oferecidos à população de Juiz de Fora.*

*O Município solicitou parecer prévio ao ilustre Professor Carlos Motta Pinto Coelho, fls. 651 a 694, em consonância com o disposto no art. 38, VI, da Lei n. 8.666/93, o qual considerou a prorrogação contratual viável, tendo em vista as considerações a fls. 690 a 692.*

*O Decreto Municipal n. 6.616, de 30 de dezembro de 1999, fls. 463, instituiu o SITT e prorrogou, por meio de termo aditivo, as permissões de serviço de transporte coletivo, fls. 464 a 575, tendo como premissas a modernização e a adequação do sistema de transporte coletivo urbano, a fim de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, generalidade, segurança e modicidade da tarifa.*

*A exposição dos motivos que justificou a autorização para a implementação do sistema considerou que não haveria vantagens para os usuários colocar em licitação as linhas do sistema de transporte urbano devido à impossibilidade de se obterem tarifas inferiores àquelas que vinham sendo praticadas, sem prejuízo da qualidade do atendimento ao cidadão. Em 25 de janeiro de 2002, por meio do Decreto Municipal n. 7.265 e planilha de cálculo, fls. 696 e 697, o prefeito fixou em R\$0,85 a tarifa única do serviço de transporte coletivo urbano.*

(...)

*Sob a gerência e acompanhamento da SETTRA foi instituída, por meio do Decreto Municipal n. 6.617, de 30 de dezembro de 1999, fls. 700, uma comissão para acompanhar, fiscalizar e avaliar a gestão contratual das delegações. No entanto, não foi apresentado à equipe técnica de inspeção qualquer relatório da referida comissão, o que contraria os arts. 3º e 29 da Lei n. 8.987/95.*

*Os termos aditivos para prorrogação dos contratos, fls 464 a 575, foram firmados pelo prazo de 87 meses, a partir de 08 de setembro de 1999, data da formalização do protocolo de intenções firmado com as empresas permissionárias, com término em 08/12/2006, tendo como fundamento legal os arts. 25 e 26 da Lei n. 8.666/93.*

(...)

*Os contratos, fls. 579 a 634, com nomenclatura diferenciada, ora estabeleciam prazo de cinco anos, ora o prazo era indeterminado. Em todos eles no entanto, há cláusulas que admitem a prorrogação sucessiva mediante avaliação de desempenho do contratado.*

(...)

### 3. Conclusão

*Tendo em vista as considerações ora relatadas, pôde-se extrair as seguintes conclusões:*

1. (...) o ato discricionário do Executivo municipal que prorrogou os contratos de permissão das linhas de transporte coletivo urbano deveria, em princípio, ir até o limite da garantia de manutenção dos princípios gerais constitucionais, ou seja, licitação prévia, mediante concorrência pública (art. 37, XXI, CF/88), prorrogando-se os contratos até o tempo necessário para a realização de licitação (...);

2. A fixação de tarifa única, obrigatória para todas as operadoras do transporte coletivo urbano, não é critério suficiente para justificar a inexigibilidade de licitação, com base nos arts. 25 e 26 da Lei n. 8.666/93;

3. Quanto aos prazos de concessão, entendeu-se que, na ausência de regula-

*mentação específica sobre prazos máximos nos níveis federal e estadual, prevalecem os prazos estabelecidos pela Lei Municipal n. 8.981/96, fls. 709, tendo em vista, principalmente o interesse público local, a satisfação dos usuários evidenciada em pesquisas, além das metas estabelecidas para o SITT e os investimentos a serem realizados pelas operadoras do setor de transporte que exigiriam, em princípio, prazos maiores para amortização e para retorno dos investimentos feitos. Portanto, a determinação do prazo de 87 meses, s.m.j., é de competência única e exclusiva do Município, cabendo ao mesmo decidir sobre a sua oportunidade e conveniência;*

*4. Em que pese tal afirmativa, no entanto, acredita-se que a prorrogação dos contratos de permissão com cláusulas que permitem novas e novas prorrogações, tendo como justificativa a melhoria do sistema de transporte coletivo urbano, não pode ser condição para manutenção de contratos indefinidamente ou com prazos extremamente longos. Afinal, trata-se da prestação de serviço público, cuja modernização e atendimento de qualidade ao usuário é meta e obrigação de ambos, Poder Público/concessionário, a ser implementada de forma permanente, contínua e de imediato, sempre que observada qualquer deficiência. Além disso, é preciso observar o disposto no art. 189 da Lei Orgânica Municipal, que proíbe o monopólio no transporte urbano;*

(...)

O membro do Ministério Público comum, em bem fundamentado parecer, lavrado nos autos do procedimento administrativo investigatório preliminar à ação civil pública (fls. 389 e seguintes), manifestou-se no sentido da legalidade da prorrogação do contrato em 1999, nos seguintes termos:

*De acordo com a Lei Municipal n. 8.981/1996, a delegação do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de Juiz de Fora será outorgada a terceiros, através de contrato de concessão/permissão, respeita a legislação pertinente, sendo que o contrato de concessão terá vigência de dez anos e poderá ser prorrogado sucessivamente pela SETTRA, observado o desempenho do concessionário/permissionário (art. 5º, caput e § 1º).*

*Ainda de acordo com a referida lei, as concessões, permissões ou autorizações, sejam de caráter precário ou que estiveram em vigor por prazo indeterminado, ou ainda as que estiverem com prazo vencido das empresas que atualmente operem no sistema de transporte coletivo por ônibus no Município de Juiz de Fora, permanecem válidas por um prazo de dez anos, prorrogável por igual período, conforme previsto na legislação federal.*

(...)

*Todavia, conforme restou apurado pela equipe técnica do TCE, há concessões*

*que datam de 1963 e foram concedidas por prazo indeterminado. Aquelas que tiveram prazo certo, embora não exista nenhuma referência expressa, infere-se tenham sido prorrogadas.*

*As disposições do art. 43 da Lei n. 8.987/95 não se aplicam aos contratos em tela, porque o serviço vem sendo executado ininterruptamente, desde data anterior àquela de vigência da referida lei.*

*A meu ver, têm aplicação aqui o caput e o § 2º do art. 42 da citada Lei n. 8.987/95.*

*(...) os atos de outorga das permissões foram efetuados antes da vigência da Constituição Federal de 1988. Além disso, informam que não foi realizada licitação antes da vigência da Lei n. 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões).*

*(...)*

*A Lei Municipal n. 8.981, de 20 de dezembro de 1996, procurou adequar o sistema vigente nesta cidade às disposições da Constituição Federal e, especialmente, da Lei n. 8.987/95, prorrogando todas as concessões, permissões ou autorizações pelo prazo de dez anos, prorrogações por igual período, na forma da legislação federal vigente.*

*Pois bem. A Lei das Concessões e Permissões, na hipótese de permissões e concessões outorgadas na forma que foram aquelas de prestação e exploração do serviço de transporte coletivo urbano de Juiz de Fora, não admite prorrogação. O § 1º de seu art. 42 é claro ao dispor que, vencido o prazo de concessão, o poder concedente processará a sua licitação, nos termos desta lei.*

*Assim, a integração da lei municipal à federal leva à conclusão lógica de que as permissões ou concessões de prestação e exploração do transporte coletivo urbano no Município de Juiz de Fora terminam no máximo no dia 31 de dezembro de 2006, cabendo ao chefe do Executivo local, desde já, providenciar o início do processo licitatório, o que, aliás, é pretensão sua já externada no final do ano passado.*

*No que tange aos termos aditivos firmados em razão da criação do SITT, prorrogando as permissões pelo prazo de 84 meses, não podem ser acolhidos, já que contrariam, indiscutivelmente, a legislação federal citada. Por isso, cabe à Administração Municipal adotar as providências necessárias para o desfazimento dos atos.*

Do exposto anteriormente é possível perceber que, não obstante ter utilizado como fundamento específico para a prorrogação a inexigibilidade de licitação, que levaria *prima facie* à conclusão de se tratar de uma nova contratação, agora sob a vigência da CF/88 e da Lei n. 8.987/95, sem respeitar as novas regras inseridas no ordenamento

jurídico pátrio (concessão de serviço de transporte coletivo somente por meio de procedimento licitatório, vedada, portanto, a aplicação do instituto da inexigibilidade previsto no artigo 25 da Lei n. 8.666/93), os demais elementos dos autos indicam tratar-se de prorrogação de contrato anteriormente existente, por força da integração entre as normas federal e municipal.

Fala-se em concessão por considerar o *parquet* que a nomenclatura utilizada pela administração pública municipal encontra-se equivocada, mormente quando se analisam os aspectos intrínsecos do contrato.

Essa também é a conclusão do Ministério Público comum e da Fundação Getúlio Vargas. Esta esclarece que as exigências e encargos impostos pelo Município às delegatárias para a implementação dos projetos e sistemas conferiram características de concessão onerosa, *verbis*:

*Ressalta-se que aos termos aditivos de prorrogação contratual foi acrescido um pacto adjeto que lhe conferiu a característica de concessão onerosa, onde ficaram consignadas as obrigações das empresas operadoras para a implantação do SITT, cujos recursos seriam oriundos do Fundo de Estabilização Tarifária – FET, conforme pode ser depreendido da leitura da cláusula 5ª do termo de constituição de consórcio retromencionado:*

*“Cláusula 5ª – Caberá a cada empresa participe do consórcio prover, através do FET, todos os recursos financeiros, humanos, técnicos, bem como materiais, equipamentos, peças e outros bens que se fizerem necessários à prestação dos serviços pactuados, na proporção das suas respectivas participações no empreendimento.”*

Ocorre que, em relação à prorrogação ocorrida em 1999, a Lei Municipal n. 8.981/96 não fixou prazo máximo de forma razoável, uma vez que este prazo deveria ser definido de acordo com o caso concreto, ou seja, com a entrada em vigor da nova ordem jurídica; os entes federativos cujas situações nela se enquadravam deveriam elaborar, imediatamente, os estudos definidores do tempo necessário para que houvesse o cumprimento das obrigações das concessionárias/permissionárias e do retorno dos investimentos, já que poderia haver hipótese em que a concessionária/permissionária tivesse realizado investimentos vultosos com previsão de retorno em quinze anos, a exemplo.

No caso em tela, a ausência de questionamentos por parte das concessionárias em relação à razoabilidade do prazo fixado na lei municipal ao tempo da avença, aliada ao fato de terem inserido no campo contratual mais obrigações e fixado o prazo em 87 meses, fica, diante da precariedade da situação legal na qual se

encontravam — prorrogação de contrato anteriormente firmado sem licitação em período anterior à CF/88 —, presumido ser este o tempo razoável e necessário para o retorno dos investimentos.

Portanto, a melhor interpretação a ser levada a efeito pelo Ministério Público, diante do caso concreto, é que a prorrogação ocorrida em 1999 foi fruto de uma integração equivocada por parte dos atores que nela figuraram, uma vez que a norma municipal em nada se respalda na Constituição Federal de 1988.

A aridez e a incipiência do tema no ano de 1999 levam o *parquet* a concluir pela ausência de má-fé do gestor municipal responsável por aquela prorrogação e, considerando o fato de já se ter operado a consumação de todos os seus efeitos, pela perda de objeto de análise desta Corte em relação à legalidade da prorrogação ocorrida em 1999.

### **Da prorrogação ocorrida em 2006**

Não obstante a excepcionalidade da prorrogação ocorrida em 1999, o prefeito municipal em exercício no ano de 2006, fundamentando seu ato em alguns pareceres jurídicos e relatório econômico-financeiro apresentados pelas empresas prestadoras do serviço de transporte coletivo, novamente prorrogou o contrato por mais dez anos.

Tal ato imediatamente foi questionado pelo membro do Ministério Público comum em exercício na comarca de Juiz de Fora, que, no âmbito desta Corte, foi convertido em processo administrativo — denúncia.

Notificado por esta Corte para apresentar as cópias dos processos relacionados à denúncia, o prefeito municipal de Juiz de Fora encaminhou as documentações e, na oportunidade, informou, em suas manifestações introdutórias (fls. 63 a 65), que:

(...)

*A Administração atual, ao constatar a proximidade do termo final das delegações para a exploração do serviço de transporte, deflagrou Processo Administrativo (5.105/06) efetuar os procedimentos prévios para a realização de licitação, tendo como marco inicial as notificações às empresas, informando-as sobre o processo licitatório que seria efetivado, conforme segue em anexo. (sic)*

*Em resposta às notificações, as empresas permissionárias apresentaram pedidos de reconsideração, acompanhados de diversos documentos, dentre eles, pareceres jurídicos de renomados administrativistas, bem como de estudos da Fundação Getúlio Vargas, acerca da possibilidade de prorrogação, reequilíbrio econômico-financeiro e o lapso temporal devido; além de solicitar, veemente-*

*mente, a dilatação das permissões, o que, após profunda reflexão, convenceu o Poder Público municipal do risco de se ver compelido a indenizá-las judicialmente, gerando não só grande prejuízo ao erário, mas também a possibilidade de um colapso no transporte coletivo.*

*Analisando detidamente as alegações e as opções pertinentes, esta Administração reformulou seu pensamento inicial e, rendendo-se a judiciosos argumentos jurídicos, entendeu, para resguardo do interesse público e do erário municipal, prorrogar as permissões, em face da situação sui generis em que se encontrava o sistema de transporte municipal em consequência das exigências realizadas pelos termos aditivos e pactos adjetos anteriores.*

*Destaca-se que tal dilação não foi baseada, como ocorreu nas anteriores, na inexigibilidade de licitação, mas foi estritamente calcada nos princípios do interesse público, da continuidade dos serviços, da economicidade e, também, na Lei Municipal n. 8.981/96, art. 57, II, bem como na expressa previsão constante dos termos aditivos firmados em 19 de janeiro de 2000 (Cláusula décima quinta, item 15.1).*

*Outrossim, as prorrogações não foram efetuadas estendendo apenas o prazo, mas resguardou-se dos riscos e se exigiram benefícios em contrapartida, primando pela busca de vantagens para a administração que não seriam possíveis no caso da realização da licitação própria (art. 57, II, Lei n. 8.666/93). Isso pode ser constatado nos termos aditivos (anexados ao PA em anexo) nos quais, dentre outras contrapartidas, foi dada plena quitação dos investimentos realizados e de eventuais indenizações por conta de compromissos contratuais anteriores.*

*E mais, a prorrogação já estava prevista e previamente autorizada pela Lei Municipal n. 8.981, de 20 de dezembro de 1996 (art. 7°), promulgada pela Câmara Municipal de Juiz de Fora.*

*Ademais, visando ao princípio da impessoalidade, para que as atuais permissionárias não se perpetuassem no serviço, foi incluída na cláusula contratual de vigência a improrrogabilidade dessas delegações. Ato contínuo, elaborou-se Projeto de Lei à Câmara Municipal, objeto da Mensagem n. 3.600, de 22 de dezembro de 2006, cuja tramitação encontra-se em anexo, a fim de alterar os arts. 5° e 7° da Lei n. 8.981/96, retirando dos dispositivos a possibilidade de contínuas e indeterminadas prorrogações e determinando a instauração de concorrência pública ao final do prazo dos termos aditivos.*

(...)

Registradas as informações preliminares acima citadas, uma vez que integram a defesa do ato do prefeito municipal de Juiz de Fora e devem ser devidamente avaliadas na formação da opinião ministerial, passo à análise criteriosa de todo o

conteúdo do processo que levou a efeito a prorrogação ocorrida em 2006.

Consta dos autos que, em reação às comunicações de término do prazo contratual, as empresas apresentaram contraposição alegando que:

*A teor da cláusula décima quinta desse instrumento contratual, o prazo de vigência da permissão em questão seria, como é, de 87 meses a contar da data de assinatura do protocolo de intenções, em 08/09/99, admitindo-se, contudo, a prorrogação de acordo com o art. 7º da Lei n. 8.981/96, se a execução dos serviços for avaliada como eficiente e tiver obedecido fielmente às cláusulas contratuais, ao regulamento e normas do Município de Juiz de Fora.*

*(...) mesmo sem suficiente recurso do fundo de estabilização tarifária (criado através do pacto adjeto ao contrato principal), as empresas do sistema cumpriram fielmente as obrigações assumidas, consistentes na realização dos vultosos investimentos propostos, com numerosas desapropriações, execução de obras como viaduto, construção de terminal de integração e melhorias no sistema viário, obedecendo às normas e regulamentos do Município.*

*Na verdade, ao longo do contrato de permissão, houve desequilíbrio econômico-financeiro na empresa, que, embora com FET negativo, mas atendendo determinação do Município, concluiu as obras previstas (...).*

*Como se tanto não bastasse, no ano em curso, por determinação do Município, as permissionárias renovaram sua frota e estão implantando a bilheta-gem eletrônica, além de sistema de câmeras de segurança, o que representa expressivo investimento. (grifos nossos)*

*Com efeito, o prazo de vigência de um contrato de concessão de serviço de transportes urbanos decorre de uma série de fatores econômicos, como do investimento realizado e sua integral recuperação no final do ajuste, como também fatores técnicos, tal qual a vida útil do equipamento a ser utilizado na exploração do serviço público, de modo que a autoridade pública fica condicionada a fixar um período razoável, que faça frente aos altos investimentos necessários à manutenção dos serviços de transporte coletivos de passageiro, sendo esses fatores também determinantes do direito à prorrogação.*

*(...)*

*O bem fundamentado parecer jurídico em anexo, da lavra do renomado jurista, especialista em contratos da administração pública e licitação, Jorge Kengo Fukuda, enfrenta com propriedade a matéria em questão, asseverando que “a premissa existente em qualquer contrato de exploração, concessão ou permissão de serviços públicos é que o equilíbrio financeiro, ao longo de duração da avença, seja suficiente para propiciar o retorno dos investimentos feitos pelo particular, para viabilizar a prestação do serviço, cobrir todos os custos operacionais e propiciar um lucro razoável ao particular, pois, obviamente, uma*

*empresa particular, ainda que executando um serviço público, por delegação, objetiva um justo retorno par ao capital e trabalho que ela investiu.” (sic)*

(...)

*Conclui Fukuda que, se o próprio poder concedente deu causa ao desequilíbrio econômico-financeiro, fato incontroverso no caso do Município de Juiz de Fora em relação às empresas de transporte de passageiro, cabe a ele indenizá-las, o que, contudo, no presente caso, comprometeria os cofres públicos municipais para além do que é admitido na Lei de Responsabilidade Fiscal.*

*E, se existe déficit, como acima apontado, só resta a prorrogação do contrato, “para propiciar o reequilíbrio econômico do contrato, inteiramente comprometido, às vésperas do seu encerramento, por fatos da administração.” (idem)*

Em resposta ao pleito das empresas, a assessoria jurídica da GETTRAN, a fls. 401 e seguintes, firmou posição no sentido da inviabilidade jurídica da prorrogação contratual, uma vez que esta afrontaria a Constituição Federal e o ordenamento jurídico infraconstitucional, citando precedente do STJ no sentido da ausência de direito indenizatório por parte de empresa de transporte coletivo que o fazia sem prévia licitação. Vejamos:

(...)

*Então, configura-se a supremacia do interesse público, no caso em tela, justamente no cumprimento do princípio da legalidade pela administração pública, pois em um Estado Democrático de Direito, para se assegurar o interesse da coletividade, deve-se primeiro seguir os ditames legais, evitando-se arbitrariedades, tais como o descumprimento do princípio da impessoalidade e da moralidade.*

*Nesse caminho, não se pode alegar o princípio da continuidade do serviço público para forçar uma dilação das atuais permissões, tendo em vista que não se está paralisando o serviço essencial de transporte coletivo, mas sim adequando-o às imposições normativas. Justamente por força do referido princípio é que as atuais permissionárias deverão continuar a executar a prestação até que se encerre o procedimento licitatório e as vencedoras do certame estejam aptas a explorar devidamente o serviço. Também não é possível atropelar as regras estabelecidas na Carta Magna e na legislação específica embasando-se apenas nesse princípio.*

(...)

*Também nesse entendimento já se posicionou o STJ:*

*“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSO-NÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. REAJUSTE DE TARIFAS. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FI-NANCEIRO. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE LICITAÇÃO. SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO. PRECEDENTES.*

(...)

*2. O STJ já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissioná-rios de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento do princípio da supremacia do interesse público.”*

(...)

*Ad argumentandum, a renovação dos ônibus já é prevista em lei municipal, que determina que os veículos não podem ultrapassar dez anos de uso, caracteri-zando requisito de habilitação da permissão.*

#### CONCLUSÃO

*Ante o exposto sugiro que não se proceda à prorrogação das atuais permissões e seja dado prosseguimento aos procedimentos devidos para a realização do processo licitatório. Respeitando, assim, os princípios da administração, em especial, o da legalidade, o da impessoalidade e o da moralidade.*

Em nova investida em busca da manutenção dos contratos existentes através de sua prorrogação, as empresas apresentaram novo pedido de reconsideração, juntando pareceres jurídicos de lavra de doutrinadores renomados, dentre os quais Toshio Mukai (fls. 901 a 943), e um parecer técnico confeccionado pela Fundação Getúlio Vargas (fls. 841 a 876), nos quais havia indicação de desequilíbrio contratual e via-bilidade de prorrogação.

No bojo do parecer de fls. 122, causaram espécie as alegações do parecerista, abai-xo transcritas, uma vez que sugere como via normal a prática de um ato que se afas-ta da adequação do sistema às normas constitucionais vigentes, inclusive firmando posição no sentido de ser o gestor responsável pessoalmente na hipótese de vir a realizar uma licitação para adequar os contratos à nova ordem constitucional.

*Como já afirmei, o direito das empresas consiste na obtenção do reequilíbrio econômico-financeiro, que foi comprometida por fatos ditados pela adminis-tração contratante. Há apenas duas vias para tanto. A primeira, que pode-ria denominar de via normal, por estar prevista na lei de regência e no con-trato, consiste na prorrogação do instrumento contratual em vigor, pelo prazo estabelecido na lei. Por via excepcional, caso não opte pelo caminho*

*previsto na lei de regência, as empresas poderão pleitear a indenização equivalente ao valor financeiro correspondente ao desequilíbrio. Assinale-se que a autoridade que optar pelo caminho do maior risco financeiro para o Município, em detrimento da via normal, poderá sujeitar-se a ser responsabilizada pessoalmente, no futuro, por meio de uma ação popular e/ou uma ação de improbidade administrativa.*

(...)

*Como foi dito no final do capítulo anterior, a capacidade de endividamento de um Município sofre, hoje, severas restrições da Lei de Responsabilidade Fiscal, e a questão deveria comportar sérios estudos da administração sob esse ângulo, considerando, inclusive, situações de outros Municípios que tiveram comprometida a sua capacidade de investimento em obras e serviços essenciais, por atos precipitados praticados anteriormente. (grifos nossos)*

Novamente instada a se manifestar sobre o caminho a ser percorrido pela administração pública municipal, a assessoria jurídica da GETTRAN afasta-se de suas convicções iniciais e conclui pela prorrogação contratual nos seguintes termos (fls. 796 a 826):

(...)

*Verifica-se, entretanto, que a escolha pela licitação, apesar de ser a mais correta e com absoluto respaldo legal (a teor da lei orgânica, da legislação municipal, do art. 175 da CF e dos arts. 2º da Lei n. 8.666/93 e 14 da Lei n. 8.987/95), não é tão segura, haja vista o risco de a Administração se ver compelida a indenizar as empresas em razão dos investimentos efetuados e da tendência apontada pela doutrina manifestante para a obrigatoriedade de o Estado permitir o equilíbrio econômico-financeiro do serviço, seja através da prorrogação ou indenização. (grifos nossos)*

(...)

*Opino, pois, rendido pelo conteúdo técnico e jurídico dos parceiros aqui referidos e convencido por ciência própria desta necessidade, pela prorrogação do prazo das concessões, pelo período de dez anos, como autoriza a lei e prevêem os termos aditivos que estão para exaurir-se. Este prazo, coincidentemente, é o mesmo sugerido no estudo técnico da Fundação Getúlio Vargas para o restabelecimento da equação financeira e amortização dos investimentos efetuados pelas empresas.*

*Assim, não me resta alternativa senão rever meu parecer anterior pelos termos aqui expostos.*

(...)

Submetido o processo à análise prévia da área técnica deste Tribunal de Contas (fls.

1.028), a conclusão foi precisa no sentido de ser ilegal a prorrogação, merecendo destaque os trechos abaixo transcritos:

*Diante das apurações efetuadas, constatou-se que a Lei Municipal n. 8.981/96, a fls. 1.032 e 1.033, utilizada pelo Executivo para justificar as prorrogações dos contratos de concessões de serviço público efetuadas pela Administração, dispôs sobre o transporte coletivo urbano do Município, seu planejamento, forma de delegação, contratação e cancelamento.*

(...)

*Tendo em vista que a citada lei municipal foi sancionada sob a vigência da Lei Federal n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação dos serviços públicos pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1988, a previsão da permanência da execução dos contratos de concessão dos serviços de transporte coletivo e a prorrogação dos mesmos, contrariou os dispositivos da referida lei federal.*

(...)

*Considerando que os contratos foram firmados anteriormente à CF/88 e foram extintos pelo art. 43 da referida lei federal, a contratação dos concessionários dos serviços de transporte coletivo urbano necessitaria ser precedida de licitação, nos termos do art. 41 da mesma lei.*

*A prática adotada pela administração caracterizou a ausência de planejamento para a contratação dos serviços explorados pelas empresas concessionárias dos serviços, haja vista que entre a vigência da referida lei federal e a prorrogação dos contratos efetivada em dezembro de 2006 já haviam se passados onze anos, não tendo sido encontradas justificativas para a não-realização de licitação para regularização da prestação dos serviços no Município.*

(...)

Devidamente citado para manifestar-se sobre as conclusões preliminares da área técnica (fls. 1.039 a 1.042), o prefeito municipal apresentou defesa a fls. 1.043 a 1.065, aduzindo, preliminarmente, que a nova alteração legislativa ocorrida com a entrada em vigor da Lei n. 11.445/2007 *produz efeito retro-operante em relação às concessões e permissões então vigentes*, bem como que *as atuais permissões e suas respectivas prorrogações, agora por força das novas disposições da Lei de Concessões, são legais, posto que o prazo máximo para sua correspondente vigência ainda não se encontra expirado, qual seja, 31 de dezembro de 2010.*

Novamente instada a apresentar manifestação conclusiva (fls. 1.071 a 1.083), de-

pois da apresentação da defesa, a equipe técnica manteve a sua posição no sentido da ilegalidade da sucessiva prorrogação, *verbis*:

*(...) o prefeito municipal de Juiz de Fora, sem apresentar qualquer demonstrativo de impacto financeiro referente às concessões que lhe imputariam o dever de indenizar e sucumbindo à pressão das empresas concessionárias, nos termos do documento acostado a fls. 63 a 65, não realizou a licitação obrigatória exigida em lei. Através do Processo n. 5.105/2006, que trata tão-somente de procedimentos prévios para a realização de licitação dos serviços de transporte coletivo urbano no Município (fls. 66 a 1.104), prorrogaram-se as concessões por mais dez anos a partir de 08/12/06, conforme termos acostados a fls. 766 a 793.*

*(...)*

*A Lei Federal n. 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal, determina que as concessões e as permissões de serviços públicos devem sempre ser precedidas de licitação, e essa determinação é de observância obrigatória de todos os entes da Federação, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Vale aqui ressaltar que a licitação na administração pública sempre foi obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.*

*(...)*

*Entretanto, obedecendo ao princípio da hierarquia das leis, nenhuma lei pode contrariar a Constituição Federal. Toda e qualquer norma infraconstitucional deve estar atenta aos cânones previstos na Constituição, especialmente aos princípios que o Texto Magno consagra. Esse é o posicionamento deste Tribunal, que em resposta à Consulta n. 361.884, formulada pela Prefeitura Municipal de Viçosa.*

*(...)*

*Ainda assim, mesmo que o investimento tenha de fato ocorrido, o que não está demonstrado, a exploração das concessões de transporte de Juiz de Fora, conforme quadro elaborado a fls. 1.076, ilustra que qualquer investimento já fora recuperado em mais de quinze anos de exploração do serviço público, tempo mínimo de concessão apresentado pelas empresas de transporte.*

*Ressalta-se que se houve investimentos vultosos é consequência lógica da exploração de serviços. A cidade de Juiz de Fora, como metrópole que é, não poderia permanecer a mesma ao longo de sete anos, data da celebração dos últimos contratos. Também faz parte do negócio o risco, e este tem que ser assumido pelo empresário, que não pode imputar ao Estado se não lograr toda a recuperação de investimentos. Não é característica dos contratos de concessões o Estado assumir risco do empreendedor, como existe na*

***previsão dos contratos das parcerias público-privadas.***

*Quanto à argumentação de que as concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuem instrumento que as formalize ou que possuem cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, nos termos da redação dada pelo art. 3º da Lei n. 11.445, de 05/01/2007, não pode prosperar visto que as concessões aqui tratadas não se enquadram na referida lei. Isso porque as empresas concessionárias tinham um contrato de concessão devidamente formalizado, e a prorrogação só é cabível se atendido o preceito constitucional da realização prévia da licitação.*

**CONCLUSÕES**

(...)

*Ante o exposto, verificou-se que a fundamentação legal utilizada pela Prefeitura Municipal de Juiz de Fora para prorrogação dos contratos de concessão dos serviços públicos de transporte coletivo urbano ao final do exercício de 2006, por mais dez anos não pode ser acolhida, já que contraria, indiscutivelmente, a legislação federal citada. Isso porque os contratos de concessão com as empresas concessionárias foram firmados antes da vigência da CF/88 e que já haviam sido prorrogados no exercício de 1999, sob a vigência daquela lei, ficando caracterizada a inobservância ao disposto nos arts. 14 e 42 da Lei n. 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da Constituição Federal de 1988 sobre as normas para concessões e permissões de serviços públicos.*

Diante dos argumentos apresentados, em especial os citados anteriormente, visualiza-se que assiste plena razão aos técnicos desta Corte no que se refere à ilegalidade evidente na prorrogação do prazo de vigência do contrato de prestação de serviços de transporte coletivo no Município de Juiz de Fora.

A cláusula 15ª do termo aditivo firmado em 1999 previa no item 15.1 que a permissão (entenda-se concessão) teria vigência de 87 meses a contar de 08/09/1999, admitindo ser prorrogado, de acordo com o artigo 7º da Lei Municipal n. 8.981/96, *se a execução do serviço for avaliada como eficiente e tiver obedecido fielmente às cláusulas contratuais, ao regulamento e às normas do Município de Juiz de Fora.*

A lei municipal regia, por sua vez, em seu art. 7º que:

*As concessões, permissões e autorizações, sejam de caráter precário ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado, ou ainda, as que estiverem com prazo vencido, das empresas que atualmente operam o sistema de transporte coletivo por ônibus no Município de Juiz de Fora, permanecem válidas por um prazo de dez anos, prorrogável por igual período, conforme previsto em legislação federal.*

De plano verifica-se a inaplicabilidade do disposto no art. 7º como fundamento da prorrogação ocorrida em 2006, uma vez que já tivera sido aplicado em 1999. O seu texto é claro no sentido de que se aplica às concessões que estiverem em vigor por prazo indeterminado ou com prazo vencido, que não é o caso em epígrafe por ter sido transformado em prazo determinado em 1999, bem como não é hipótese de prazo vencido à data de sua entrada em vigor. Corrobora, ainda, o fato de ser uma norma de eficácia exaurida.

Quanto à sua parte final, que dispõe ser prorrogável por igual período, há uma autorrestrição ao prever que ocorrerá na forma da lei federal. Esta por sua vez (Lei n. 8.987/95 — específica em relação à Lei n. 8.666/93), para o caso em comento, determina a imediata instauração do procedimento licitatório, vedando a prorrogação de contratos anteriores à CF/88 e que tenham sido fruto de contratações diretas.

*LEI N. 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995*

*Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.*

*Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta lei. (Vide Lei n. 9.074, de 1995)*

*§ 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei. (Redação vigente na data da prorrogação ocorrida em 2006)*

*§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (Redação dada pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 meses.*

*§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja*

*prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições: (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*I — levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos vinte anos anteriores ao da publicação desta Lei; (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*II — celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; (incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*III — publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até seis meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes. (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de quatro parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão. (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço. (Incluído pela Lei n. 11.445, de 2007)*

*Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988. (Vide Lei n. 9.074, de 1995)*

*Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta lei.*

*Art. 44. As concessionárias que tiverem obras que se encontrem atrasadas, na data da publicação desta lei, apresentarão ao poder concedente, dentro de 180 dias, plano efetivo de conclusão das obras. (Vide Lei n. 9.074, de 1995)*

*Parágrafo único. Caso a concessionária não apresente o plano a que se refere este artigo ou se este plano não oferecer condições efetivas para o término da obra, o poder concedente poderá declarar extinta a concessão, relativa a essa obra.*

*Art. 45. Nas hipóteses de que tratam os arts. 43 e 44 desta lei, o poder concedente indenizará as obras e serviços realizados somente no caso e com os recursos da nova licitação.*

#### **LEI N. 9.074, DE 7 DE JULHO DE 1995**

*Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observados, em qualquer caso, os termos da Lei n. 8.987, de 1995.*

*§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei n. 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente lei, fica dispensada de lei autorizativa.*

*Art. 3º Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei n. 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:*

*I — garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;*

*II — prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;*

*III — aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;*

*IV — atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;*

*V — uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.*

Diante de tal arcabouço legislativo fica bem evidente que as exceções previstas no próprio ordenamento jurídico, a exemplo do art. 3º da Lei n. 9.074/95, já foram exauridas em 1999, não podendo ser invocadas em 2006 para nova prorrogação.

Na mesma linha são improcedentes as alegações finais do prefeito no sentido de que a Lei n. 11.445/07 sanou eventuais irregularidades na prorrogação, uma vez que ao caso sob exame ocorreu incidência do art. 43 da Lei n. 8.987/95 com os temperamentos do art. 3º da Lei n. 9.074/95.

Não só isso, a própria Lei Federal n. 11.445/07 padece de respaldo constitucional para a prorrogação do prazo de adequação, sendo, inclusive objeto da ADI 4.068/2008 (Relator Ministro Carlos Ayres Britto).

A Constituição estabeleceu a nova forma de outorga dos serviços públicos (Lei n. 8.987/95 e 9.074/95), sendo inconstitucional uma lei que estabeleça um prazo para a execução de uma norma que já se encontra (deveria estar) em pleno vigor.

O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de analisar caso semelhante ao da Lei n. 11.445/07, mas envolvendo legislação estadual, por meio das ADIs 3.521/2006 e 2.716/2007, ambas de relatoria do Ministro Eros Grau, nas quais a Corte decidiu não haver respaldo constitucional para a prorrogação do prazo. Vejamos:

*ADI 3.521 / PR – PARANÁ*

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE*

*Relator(a): Ministro Eros Grau*

*Julgamento: 28/09/2006; Órgão julgador: Tribunal Pleno*

*Publicação DJ 16/03/2007*

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 42 E 43 DA LEI COMPLEMENTAR N. 94/02, DO ESTADO DO PARANÁ. DELEGAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REGULAÇÃO E FISCALIZAÇÃO POR AGÊNCIA DE “SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DE INFRAESTRUTURA”. MANUTENÇÃO DE “OUTORGAS VENCIDAS E/OU COM CARÁTER PRECÁRIO” OU QUE ESTIVEREM EM VIGOR POR PRAZO INDETERMINADO. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NOS ARTIGOS 37, INCISO XXI; E 175, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO, INCISOS I E IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticadas ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-las. Preservação da continuidade da prestação dos*

*serviços públicos. Hipótese de não violação de preceitos constitucionais. 2. O artigo 43, acrescentado à LC n. 94 pela LC n. 95, autoriza a manutenção, até 2008, de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil. 3. O texto do artigo 43 da LC n. 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CB/88 (...) “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. 4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito. 5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC n. 94/02 do Estado do Paraná.*

ADI 2.716 / RO – RONDÔNIA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Ministro Eros Grau

Julgamento: 29/11/2007; Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-041 DIVULGADO 06/03/2008 PUBLICADO 07/03/2008

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. Artigo 16 da Lei n. 260 – primeira situação – linha de transporte contida no território do Município, desmembrado ou criado, matéria a ser regulada por lei do novo Município, vez que configura tema de interesse local (artigo 30, inciso V, da CB/88). 2. Artigo 19 da Lei n. 260 – segunda situação – linha de transporte que excede o território criado, para alcançar o do Município originário. Inconstitucionalidade do ato que viabiliza que o serviço público de transporte municipal transforme-se em serviço público de transporte intermunicipal. 3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem,*

*em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.* 4. *A conversão automática de permissões municipais em permissões intermunicipais afronta à igualdade — artigo 5º —, bem assim o preceito veiculado pelo artigo 175 da Constituição do Brasil.* 5. *Inconstitucionalidade dos preceitos que conferem vantagem às empresas permissionárias dos serviços de transporte coletivo intermunicipal no Estado de Rondônia. Criação de benefício indevido. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da administração.* 6. *A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.* 7. *A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.* 8. *Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucionais os artigos 16 e 19, e seu parágrafo, da Lei n. 260/90 do Estado de Rondônia.*

Não se têm dúvidas quanto às dificuldades encontradas pela administração pública para a adequação de seus contratos de concessão/permissão ao disposto na Constituição Federal de 1988, como muito bem registrou o Ministro Carlos Ari Sundfeld: *As empresas querem sobreviver, e o Poder Público sofre para administrar a transição.* Mas tais dificuldades não podem servir para conservar ilícitos.

Esses mesmos fundamentos que maculam de inconstitucionalidade a Lei Federal n. 11.445/2007, tornam inconstitucional a Lei Municipal n. 8.981/99, motivo pelo qual cabe a esta Corte, no uso de sua atribuição constitucional reconhecida pelo STF (Súmula 347), declará-las inconstitucionais.

Alia-se, ainda, no sentido da insustentabilidade dos fundamentos da prorrogação, o fato de não ter sido, em momento algum, comprovado qual seria o impacto orçamentário-financeiro em desfavor do Município caso não viesse a ser prorrogado o contrato.

Nesse sentido deixa claro o próprio Toshio Mukai (fls. 901 a 943) ao afirmar que *a indenização do permissionário por parte da administração pública implica em dilação probatória, de modo que se apure efetivamente o quantum o mencionado*

*permissionário tem direito de receber.*

Além de tudo isso, o termo aditivo firmado em 2006 (fls. 766 a 768), em vez de restringir-se à amortização de possíveis investimentos realizados, em andamento ou de caráter urgente (fls. 767), inclui novas obrigações (a própria FGV reconhece isso a fls. 817), o que demonstra não ser mero meio de reequilíbrio econômico-financeiro, bem como demonstra contradição entre os alegados como fundamento da prorrogação, notadamente a necessidade de reequilíbrio em decorrência dos investimentos efetuados na renovação da frota. Vejamos:

#### *DO OBJETO*

*2.3 – Além das obrigações gerais e específicas atinentes à prestação do serviço, notadamente as previstas no termo aditivo em vigor, as empresas permissionárias, em contrapartida à prorrogação objeto deste instrumento, se obrigam, em benefício do Município, e sem qualquer ônus deste, ao seguinte:*

*a) Renovação total da frota e sua ampliação, baseada em estudos técnicos, de modo a que sejam retirados do sistema os veículos que tenham ou venham a ultrapassar a idade máxima de dez anos, contada do prazo de fabricação da carrocera, devendo os novos veículos atender às exigências e padrões do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO;*

*b) Efetiva implantação do sistema de bilhetagem eletrônica automática, no prazo de seis meses contados da assinatura dos termos aditivos, conforme o Decreto Municipal n. 9.001/2006 e segundo o termo de referência emitido pela Agência de Gestão do Transporte e Trânsito de Juiz de Fora – GETTRAN/JF;*

*c) Dar plena quitação, com a assinatura deste termo, dos investimentos realizados e eventuais indenizações por conta de compromissos contratuais anteriores, que propiciará sua recuperação;*

*d) Implantação de abrigos em pontos de embarque e desembarque de passageiros;*

*e) Implantação de serviços de informações do sistema, com especificações de horários e itinerários, a serem definidos pela GETTRAN/JF;*

*f) Implantação de letreiros eletrônicos nos novos veículos da frota, a serem introduzidos no sistema;*

*g) Recuperação e pintura de todos os abrigos da área central, no prazo máximo de seis meses a partir da assinatura do presente termo, de acordo com critérios estabelecidos pela GETTRAN/JF.*

Não bastasse a aplicação equivocada da legislação regente, todas as alegações fáti-

cas colacionadas pelo prefeito municipal de Juiz de Fora, pelas empresas prestadoras do serviço de transporte coletivo e pela assessoria jurídica da GETTRAN, em seu segundo parecer, como fundamentos da prorrogação, não foram provadas.

Antes de apresentar a conclusão, e tão-somente para fins de registros, observa este membro do Ministério Público junto a esta Corte a premente necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de controle, com a maior concentração de esforços em formar um sistema de inteligência a fim de gerar uma atuação seletiva, sem se afastar do critério objetivo de seleção.

A experiência que tive durante o período em que ocupei o cargo de juiz de Direito me permite afirmar que este Tribunal de Contas não difere do Poder Judiciário no que se refere ao excesso de processos em trâmite, fato, por sua vez, impeditivo de uma atuação tempestiva.

Da mesma forma que o Poder Judiciário está implementando significativas mudanças em busca da celeridade processual, há necessidade de simplificação de procedimentos, aperfeiçoamento dos sistemas informatizados para recebimento de determinados processos (exemplo: admissão, aposentadoria, pensão e revisão de proventos), claro, com as devidas cautelas e cruzamentos de informações com outros bancos de dados existentes. Passariam, portanto, a ser analisados documentalmente somente os que vierem a ser objeto de auditorias ordinárias, denúncias e/ou que vierem a cair na malha fina.

## Conclusão

Por todos os motivos expostos e com fundamento nos arts. 1º, parágrafo único; 3º, XVI e XXVII; 9º; e 64, IV e VI, todos da Lei Complementar Estadual n. 102, de 2008, bem como nos arts. 71, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e 76, § 1º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas opina pela ilegalidade da prorrogação do contrato de transporte coletivo firmado em 2006 entre o Município de Juiz de Fora e as empresas de transporte coletivo Transporte Urbano São Miguel Ltda., Viação São Cristovão Ltda., Auto Viação Norte Ltda., Auto Nossa Senhora Aparecida Ltda., Goretti Irmãos Ltda., Viação Santa Luzia Ltda. e Viação São Francisco Ltda. (fls. 766 a 793), bem como pela adoção das demais providências legais pertinentes.

Belo Horizonte, 21 de agosto de 2008.

Glaydson Santo Soprani Massaria

Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AV. RAJA GABÁGLIA, 1.315 – LUXEMBURGO  
CEP: 30380-435 – BELO HORIZONTE – MG  
[WWW.TCE.MG.GOV.BR](http://WWW.TCE.MG.GOV.BR)