

PALESTRA

**SIMPÓSIO REGIONAL DE LICITAÇÕES,
CONTRATOS E CONTROLE DE ATOS
ADMINISTRATIVOS**

Porto Alegre, 13/05/2009
Ministro José Néri da Silveira

Ministro José Néri da Silveira: Ilustre Consultor-Geral da União Adjunto, que ora preside os trabalhos. Ilustres autoridades militares presentes. Excelentíssima Senhora Coordenadora do Núcleo de Assessoramento Jurídico do Rio Grande do Sul, da AGU. Autoridades nominadas inicialmente, Advogados da União, Procuradores Federais, Membros do Ministério Público dos Estados, Autoridades Estaduais e Municipais, Procuradores dos Municípios presentes. Demais autoridades. Senhoras e senhores.

É para mim este momento de honra, de alegria e de recordações. De honra por estar neste ambiente de estudos e entre integrantes de uma geração nova que, em realidade, quer confirmar diretiva da Nação no sentido de uma vivência democrática, com honestidade e esforço para consecução do bem comum e da justiça social. Quando já se está numa longa tarde da vida, é sempre momento de muita honra ser convidado por jovens intelectuais, como são os que aqui se encontram, para transmitir-lhes alguma informação colhida, especialmente pela experiência de vida. Também é um momento, por isso mesmo, de alegria e de recordações para mim. De fato, iniciei minhas atividades de servidor público, precisamente na área consultiva, quando ingressei no serviço público deste Estado, ainda estudante de direito; tive, então, a felicidade de ser lotado no Departamento do Serviço Público, depois Conselho do Serviço Público, que era órgão autônomo criado pela Constituição Estadual de 1947, com a missão de executar funções de controle preventivo e, em alguns casos, de controle a posteriori dos atos do Governo do Estado, de forma particular, no que concerne à administração de pessoal e recursos humanos. Essa autonomia veio a ser questionada perante o STF, o qual confirmou, todavia, a validade da norma da Carta Política do Estado. O órgão realizou trabalho extraordinário no Rio Grande do Sul, especialmente no ponto atinente à política de pessoal do Estado.

Já na década de 1960, por concurso público, assumi o cargo de Consultor Jurídico do Estado, desejo que alimentava desde os bancos acadêmicos, como uma vocação à função consultiva. Quando se criou, a seguir, a Consultoria-Geral do Estado, tive a honra de ser convidado pelo então Governador eleito Ildo Meneghetti, em seu segundo mandato, para o cargo de Consultor-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vivi, portanto, ainda com 32 anos de idade, quais primícias de meus trabalhos jurídicos, em ambiente de consulta jurídica e debates, com o objetivo precípuo de prevenir e evitar que atos administrativos se praticassem

com ilegalidade. Tal experiência deu-me, não só grande encanto pela função consultiva, mas, também, oportunidade extraordinária de estudos jurídicos, pois o serviço consultivo é sem dúvida para o bacharel em direito atividade que lhe propicia reflexão e a pesquisa focalizadas, exatamente, no exame das realidades da gestão administrativa.

Em face disso, para mim, dá-se, neste instante, verdadeiro reencontro com a minha juventude. E para o idoso reencontrar-se com a sua juventude é sempre razão de grande alegria, porque lhe proporciona o fato recordações que remontam os anos.

Permito-me, por isso mesmo, já para expressar um pouco das idéias que tenho a propósito desta matéria, ler apenas um trecho do discurso que, então, proferi, ao tomar posse no cargo de Consultor-Geral do Estado, no dia 19 de março de 1965, quando se instalou a Consultoria-Geral do Estado, atual Procuradoria-Geral do Estado. Ao ensejo, registrei:

Não é mais hoje cabível falar em antagonismo entre a administração e a legalidade. Se a administração, no seu agir cotidiano, é simultaneamente dominada, como sinala Jean Cruet, pelo cuidado duplo e contraditório de respeitar os textos legislativos e de obedecer, entretanto, às necessidades naturais de sua função própria, de seu quase incontrolável anseio de expandir-se, - cumpre considerar que, nesta era da evolução política e jurídica do mundo ocidental, integrou-se definitivamente a administração num processo com inequívocas características de irreversibilidade, segundo o qual a autoridade executiva se submete ao império da lei. Uma autêntica vocação de respeito às instituições legislativas importa estar inserida nos próprios fluxos e atividades do poder público, a ponto de pender este espontaneamente a fórmulas expressas ou larvadas de autolimitação.

A racionalização do poder colimando substituí-lo enquanto fato metajurídico pelas regras do direito escrito é, também, iniludivelmente fenômeno constante da moderna evolução constitucional. Para todo poder que se pretenda consolidar já implica como condição de sua continuidade a existência de limites. É assim que a fisionomia contemporânea do estado de direito retrata progressiva influência do processo jurídico nos domínios da administração pública. Firma-se cada vez mais a convicção de que o ato administrativo não pode

útil e validamente ser praticado pelo Estado senão nos limites demarcados pelo complexo normativo e em conformidade com a moral da instituição, bem assim no sentido do interesse público. A seu turno, o regime democrático autêntico pressupõe o desempenho do poder sob o signo da responsabilidade e da juridicidade.

Essas palavras, que eu proferi há 44 anos, evidentemente têm toda atualidade. E é isso que nos faz estarmos reunidos: a vontade de ver o processo administrativo, o ato administrativo, a gestão administrativa pautados pelos princípios da legalidade, da moralidade e visando o interesse público. Em realidade, nosso sistema constitucional, no ponto, evoluiu na linha das mais modernas constituições do mundo, seguindo o exemplo da Lei Fundamental alemã de 1949, da Constituição espanhola de 1978 e da Constituição portuguesa de 1976, abrindo nosso constituinte de 1987-1988 espaço específico para a Administração Pública. Deixou-se de ter, em relação à administração pública, antiga idéia de que era atividade apenas concernente ao Poder Executivo. Longe ficou o entendimento de que a administração é com o Poder Executivo, não cabendo aos outros poderes a prática de atos de administração, reservando-se-lhes função específica. Pela separação dos poderes, ao Legislativo cabe legislar, ao Judiciário compete aplicar a lei dirimindo as controvérsias, os litígios. Hoje, ninguém mais discute que atos administrativos são atividades dos três Poderes e cada vez vão se tornando mais complexos em todas as áreas de atuação do Estado, visto como um todo. Se a divisão de poderes é uma realidade do estado moderno, que cumpre preservar e aperfeiçoar, não há dúvida de que a preocupação com a gestão administrativa se faz presente pela complexidade dos atos dos três Poderes, independentes e harmônicos entre si, em todas as faixas político-administrativas da Federação. Não resta, decerto, mais espaço para o puro arbítrio do administrador ou para a irrestrita discricção na manifestação de sua vontade. Se a discricção é a expressão da vontade do administrador na escolha dos caminhos a seguir, a lei lhe pauta os grandes contornos, lhe estabelece os limites e as especiais linhas de ação.

Com efeito, o constituinte quis destacar precisamente isso, em nossa Carta Política de 1988, dando, para a “Administração Pública”, lugar específico, no texto da Constituição: não na “organização dos Poderes”, no Título IV, mas no Título III, quando tratou da “organização do Estado”. Definindo-se o Estado federativo (Título III), a organização da Federação, depois de se descreverem a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, figura , no Capítulo IV, disciplina básica para a Administração Pública ,o que significa que dita regulação não é exclusiva do Poder Executivo. E, ao assim dispor, o constituinte marcou a sujeição de todos os atos de administração, de todos os Poderes, em todas as esferas administrativas, a princípios que são os definidos no artigo 37 da Constituição, os quais constituem, por isso mesmo, balizas fundamentais aos atos de administração. Particularmente, no que concerne às licitações, uma lei especial ainda acrescentou outros princípios a tornar cada vez mais necessária a verificação, de forma exata, do cumprimento desses princípios e idéias matrizes referentes à honestidade e à eticidade na vida administrativa do Estado Federal, o que todos queremos.

Assim, o princípio da legalidade, que veio das origens do Estado moderno, traz a sujeição da autoridade à lei , a proibição do puro arbítrio e a restrição do poder discricionário. Diante da impessoalidade, de entender-se é que o poder existe, não para atender a interesses de grupos ou de pessoas, mas para servir ao interesse público, aos interesses da coletividade. De referência à moralidade, ultrapassado está o longo tempo em que prevaleceu a idéia de separação entre moral e direito. Deseja-se, hoje, precisamente, um novo tempo, uma época em que, cada vez mais, se compreenda que o direito e a ética, o direito e a moral não podem estar separados. Cabe, no século em curso, asseverar que a noção do direito é permeada pela idéia de eticidade. O princípio da moralidade administrativa (CF, art.37), que se vem entendendo como a moral da instituição, há de ser observado no desempenho da gestão da coisa pública, com vistas à realização do bem geral, daquilo que a todos deve interessar. Decerto, esses princípios restringem a discricção administrativa, mas, de outra parte, também servem de parâmetros para se resolverem problemas e dúvidas decorrentes da aplicação das leis, nesse âmbito da atividade pública, inevitáveis diante da complexidade da vida administrativa.

Em realidade, a complexidade dos atos de governo, de gestão administrativa, não pode estar toda ela prevista e resolvida na disciplina da lei, restando, aí, vazios imensos em que se faz mister o exercício de certa discricção do administrador em ordem a encontrar a solução melhor, ou seja, aquela que, não contrária aos princípios referidos, mais convenha ao interesse público. Põe-se, nesse ponto, desde logo, a importância dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, da atividade consultiva da Advocacia-Geral da União –AGU, pois nessas unidades

de serviço jurídico especializado, se apontam juridicamente soluções a problemas, no exame das licitações, dos contratos e outros temas relevantes, demarcando-se, inclusive, os limites do exercício do poder discricionário, diante dos princípios e ideais que a Constituição impõe sejam respeitados e observados pelos órgãos da Administração Pública.

Nessa linha, cumpre aqui analisar outro ponto, quanto ao Estado Democrático de Direito. Nossa Constituição, logo em seu artigo 1º, preceitua que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito. Não deve ser apenas um Estado Social de Direito, mas, sim, constituir um Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 consolida a idéia de um Estado com democracia, com um governo para todos e de todos. Quer a Constituição um governo do povo, para o povo e pelos interesses do povo e não mais pelos interesses de pessoas, de grupos ou de famílias. Esses valores estão postos dentro da Constituição. Tais valores e princípios da Constituição são diretrizes hoje também para aquele que examina a atividade de administração, ao pretender saber se pode ou não pode legitimamente praticar determinado ato. Cuidasse de uma Constituição que estabelece princípios. Esses princípios são normas em aberto, são também valores. Por igual, a idéia ética penetra toda a disciplina jurídica e não há de estar ausente nos vazios da lei, nas dificuldades de enquadrar o caso concreto na regra legal. Esta não tem condições de a todas as hipóteses prever e particularmente em mundo como o em que vivemos, onde novas realidades estão surgindo e para as quais não existe norma expressa a incidir, sendo, porém, sempre necessário que se pratiquem atos de governo a elas correspondentes, importando serem esses atos legítimos, válidos e éticos. Assim, a Constituição o prevê e quer que a Administração Pública respeite os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Desde a Emenda Constitucional no.19 de 1998, também o princípio da eficiência passou a integrar o rol do art. 37 da Lei Maior.

Em determinadas situações, como conjugar, entretanto, esses princípios que estão todos enumerados na Constituição? O princípio da moralidade com o princípio da eficiência. É preciso que o Estado seja eficiente. Cumpre que os atos sejam eficazes. Não há, aí, o perigo da prática de algo que fira a moralidade da administração, em se pretendendo tornar eficaz o ato? Como fazer tudo isso? Vejam a dificuldade que se propõe, por vezes, à atividade consultiva. Não é uma atividade singela, simplesmente a dizer se se enquadra ou não o ato na

lei. É uma atividade de profunda reflexão, porque o assessoramento, a resposta jurídica, impende estar toda embebida de princípios e de conotações que decorrem precisamente da complexidade dos atos da vida administrativa e da necessidade de essa complexidade se resolver segundo a Constituição. O que se almeja é viver uma realidade em que a Constituição sobreleve a todos os poderes. A Constituição como matriz, como primado da ordem jurídica, deve ter, sob seu signo, toda a ordem jurídica. Nessa linha, importa o esforço de fazer a Constituição eficaz, os princípios da Constituição aplicáveis. Tal há de ser o sentido da atividade consultiva a orientar a todos que atuam na área jurídica e no domínio administrativo.

De uma forma geral, consoante antes acentuei, hoje, não se pode mais separar a Administração do Direito. Não há ato da Administração que não seja um ato, com maior ou menor intensidade, envolvido na ordem jurídica. É certo que a prática do ato discricionário se torna necessária em determinados momentos, em que opções precisam ser adotadas. Mas como conciliar a discricção do administrador, sua vontade, seu ímpeto de realizar e ser eficiente, com os demais princípios da Constituição?

Põe-se, aí, grande problema para o advogado de estado. Sem dúvida, a Constituição, para manter organicidade, também inovou no que concerne exatamente à Advocacia Pública. Foi instituída uma organização nova. Não estava nas Constituições anteriores. Constitucionalizaram-se as funções jurídicas de defesa judicial e a de consulta e assessoramento. Constitucionalizou-se a Advocacia de Estado. O advogado de estado não é advogado do governante, como se pretendia em outros tempos. Ele é o advogado para defender a Fazenda Pública e encontrar soluções para o governante resolver validamente aquilo que quer fazer. O governante não pode, pura e simplesmente, fazer aquilo que planeja. O plano de governo tem que estar de acordo com a Constituição e as leis. Pode ser até muito interessante e criativo, com previsão de resultados muito significativos, mas, se não estiver de acordo com a Constituição e as leis, atenta contra a ordem jurídica e não pode ser concretizado em um Estado Democrático de Direito. Isso que se afirma, quanto ao plano de governo, vale, da mesma forma, para a singularidade dos atos de governo. Tudo tem que estar de acordo com a Constituição e as leis.

Pois bem, o constituinte atento a essa organicidade do sistema, o que fez? Previu um Capítulo especial para as denominadas Funções Essenciais à Justiça. Está no Título IV, Capítulo IV. Depois de tratar dos Poderes do Estado: Legislativo, Executivo e Judiciário, o constituinte abriu outro Capítulo, sob o título “Das Funções Essenciais à Justiça”. O que são essas funções essenciais à justiça? Regulou-as a Constituição: Ministério Público (arts. 127 a 130), Advocacia Pública (arts. 131-132), Advocacia como atividade profissional (art. 133), no mesmo lugar acentuando sua essencialidade à função jurisdicional; Defensoria Pública (art. 134 e §§ 1º. e 2º.).

Isso posto dentro da Constituição Federal, foi uma extravagância? Não. Essa disciplina não é uma extravagância, tem seu sentido dentro da Constituição. Cabe dita reflexão em Simpósio como este.

De fato, se se observar o sistema, cumpre ver que essa realidade nova prevista na Constituição, ou seja, um capítulo especial sobre Administração Pública, constitucionaliza a idéia da Administração Pública não como atividade de um Poder ou de outro, mas como atividade de estado. De outra parte, é de considerar o sentido das “Funções Essenciais à Justiça”. É certo que o Ministério Público já existia, como ente constitucional, desde a Constituição de 1934. Na Constituição de 1891 previa-se apenas a figura do Procurador-Geral da República. Já a Constituição de 1934 dispôs sobre ele, com mais especificidade, entre as “funções de coordenação do estado”, ao lado do Tribunal de Contas, vindo a Constituição de 1946 a dar-lhe um lugar especial. A Constituição de 1988 traçou ao Ministério Público uma fisionomia nova. E daí a ação que o Ministério Público tem tido, nestes últimos vinte anos, em defesa da sociedade, do regime democrático, das instituições jurídicas, com presença constante em prol dos interesses públicos. Já a Advocacia de Estado foi posta, na Carta Política de 1988, pela primeira vez, como instituição constitucional.

A advocacia pública está na Constituição disciplinada pela importância que ela efetivamente tem em um Estado Democrático de Direito. E aqui se põe o aspecto que me parece relevante para este Simpósio. A Advocacia Pública justifica-se, constitucionalmente, não só por se preocupar com a função jurisdicional, isto é, não só para defender o estado em juízo. A Fazenda Pública sempre foi defendida em juízo. Antes da criação da Advocacia-Geral da União, esta era defendida pelos Procuradores da República, pelo Ministério Público Federal. No âmbito

dos Estados-membros, também antes da criação das procuradorias estaduais, o Ministério Público como acontecia aqui no Rio Grande do Sul, ainda na década de 60, procedia à defesa do Estado perante o Poder Judiciário. Só na década de 1970 é que se transformou a Consultoria-Geral em Procuradoria-Geral, mas antes quem fazia a defesa judicial da Fazenda Pública estadual era o Ministério Público do Rio Grande do Sul. Por que, entretanto, colocar, na Constituição, essas expressões, “funções essenciais à justiça”? Será que o Ministério Público só tem competência enquanto atua na Justiça, como órgão de acusação, ou ao ajuizar ações de inconstitucionalidade e ações civis públicas? Não. Todos sabemos a larga missão que possui o Ministério Público de supervisão, de fiscalização da administração pública. Os inquéritos civis, por exemplo, constituem parcela significativa de sua ação. Os incômodos que certos administradores vêm pela atuação do Ministério Público, servem, por si sós, a evidenciar o âmbito de sua atividade extrajudicial, tão importante à democracia e à sociedade.

Pois bem, no que concerne à Advocacia de Estado, a Constituição chamou-a inicialmente Advocacia-Geral da União, no Capítulo IV do Título IV, e depois a Emenda 19/1998 mudou para Advocacia Pública, com denominação mais exata, porque engloba a Advocacia de Estado tanto no âmbito da União quanto dos Estados. Caberia aí, compreender também as Procuradorias dos Municípios enquanto realizam idêntica função. No ponto, a Constituição, além de instituir a Advocacia de Estado, como ente destinado à defesa da Fazenda, o que era tradicional, (embora realizada antes por outro órgão, outra instituição) definiu-a também como órgão com a função de proceder às atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. A noção, portanto, de “funções essenciais à justiça” não abrange, no que diz respeito à Advocacia de Estado apenas ação perante o Poder Judiciário. A Advocacia Pública não existe, pois, para ser uma atividade tão só de defesa da Fazenda Pública. Nesse sentido, a organização da AGU prevê profissionais que oficiam, exclusivamente, no contencioso, na defesa da Fazenda em juízo. Isso é da própria estrutura do órgão. Os Procuradores da Fazenda Nacional, por exemplo, têm a incumbência da defesa judicial e de consulta jurídica no que concerne à parte tributária. Os Procuradores Federais, outra carreira jurídica integrada na AGU, que está sob a chefia do Advogado-Geral da União, defendem os interesses das autarquias federais em juízo, sendo, outrossim, de sua atribuição a resposta a consultas jurídicas sobre assunto do respectivo ente autárquico. Dessa maneira, a Advocacia de Estado, realmente hoje,

em todos os âmbitos da administração direta e indireta da União, é voltada para uma idéia matriz que é a da Justiça. Uma “função essencial à justiça”, não se refere, pois, exclusivamente, à prestação jurisdicional. Assim, se não houver advogado público, o juiz não poderá julgar causa de interesse da Fazenda, que restaria sem defesa. A Fazenda Pública em juízo é parte como qualquer outra parte. Mas, os atos da Fazenda Pública fora do Poder Judiciário, hão, também, de querer realizar a idéia de Justiça. O valor Justiça está no fim de toda a caminhada do Direito. Hoje, mais do que nunca, na ordem constitucional vigente, a Justiça é o grande objetivo a ser atingido pela ordem jurídica. E essa idéia de Justiça, no que concerne aos atos da Administração, por igual, tem que ser buscada pelo administrador, pelo gestor público, justamente no sentido de promover o interesse público, o bem comum, o bem de todos. De fato, vivemos num Estado Republicano, que colima ser um Estado democrático, isto é, um Estado que sirva a todos os cidadãos, um Estado para todos no qual se promova o bem de todos. Os atos do Estado democrático não podem ser atos de privilégios, atos que individualizem, singularizem, personalizem, o que é cada vez mais conscientemente combatido e cada vez mais com firmeza repudiado pelos cidadãos brasileiros. Felizmente, penso estarmos formando uma consciência, uma cultura de defesa da dignidade da pessoa humana, valor essencial posto logo no artigo 1º. Da Constituição, inciso III. A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como princípios fundamentais: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político. A Nação possui uma ordem jurídica moderna, na sua concepção, a qual precisa ser tornada definitivamente eficaz. Se examinarmos a mais recente jurisprudência do STF, podemos ver que essa preocupação com os princípios fundamentais da Constituição está penetrando profundamente as decisões da Corte Suprema. Isso vem sucedendo, de igual modo, no STJ, nos Tribunais Superiores e no Poder Judiciário em geral. Não mais se compreendem os princípios, como se entendiam anteriormente, quais postulados meramente programáticos, informativos da ordem legal. O próprio artigo 5º, §1º. da Constituição, no que respeita aos direitos e garantias fundamentais, preceitua que esses direitos são desde logo plenamente eficazes, de aplicação imediata. Então, o que se está verificando é exatamente isto: a preocupação de fazer, pelos seus valores e pelos seus princípios, a Constituição plenamente eficaz. Um encontro como o presente não tem outro sentido. Se refletirmos sobre o que significa este Simpósio, concluiremos que não tem outro sentido. É a busca, em conjunto, de autoridades, de servidores

preocupados com uma administração honesta. É a vontade que se tem de que realmente a honestidade seja o grande luzeiro da atuação da Administração Pública, banindo-se todas as formas de corrupção dos nossos órgãos administrativos. Cumpre alcançar a compreensão de que realizar contratos administrativos, adquirir bens, fazer alienações, contratar serviços, tudo isso há de ter um sentido que é o bem comum. Nada disso pode ser feito para servir a interesses particulares, mas, sim, exclusivamente, com a visão do bem de todos e do interesse público. A idéia da moralidade administrativa, estende-se em todos os sentidos. Os atos e estudos do Simpósio, ora instalado, buscam, nessa linha, mecanismos para aprofundar a compreensão e a complexidade dos atos da Administração Pública, no âmbito das licitações e dos contratos administrativos, atento ainda aos limites do exercício do poder discricionário pela Administração. É necessário sempre que o exercício da Administração Pública se conjugue com os princípios fundamentais do artigo 37 da Constituição.

Não vou me alongar, porque minha palavra é apenas introdutória. Para concluir, quero dizer que, em realidade, a AGU, por intermédio dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, vem atendendo aos grandes objetivos da Nação. Ela quer ser e vem se afirmando como instituição dotada de independência funcional, como valioso instrumento a serviço dos valores e princípios da Constituição.

Com efeito, a atividade da Advocacia da União, e, em particular, de sua atividade consultiva, há de ter a conotação de independência. O compromisso não é com os desejos do governante, do administrador, como em outros tempos já aconteceu. Os desejos do governante valem, são legítimos, se estiverem de acordo com a Constituição e a lei. O compromisso do Advogado da União, como o juiz, e, enfim, de toda autoridade, de todo homem público, deve ser com a realização dos ideais e valores da Constituição. Cumpre ter compromisso com a Constituição e seus valores, para fazê-los vigentes. Tenho sempre sustentado que os membros da AGU, os advogados da União, são servidores que devem ter reconhecida plena independência na emissão de seus pareceres, como orientadores que são das autoridades administrativas, no âmbito jurídico, possuindo, a tanto, o dever de contribuir, por seu esmerado preparo técnico, para que a Justiça se faça nos atos administrativos, praticados com respeito à Constituição e às leis. Nesse sentido, aquilo que não for jurídico não pode merecer parecer favorável. Não é admissível um “parecer encomendado”. Por mais importante que seja uma licitação,

é necessário, para sua validade, amparar-se na Constituição e na lei. Esse aspecto da independência é o que marca, fundamentalmente, a evolução que temos tido e, queira Deus, continuemos a ter pelo tempo futuro, para que, em realidade, se possam consolidar, num ambiente de honestidade e moralidade administrativa, o Estado Democrático de Direito e uma convivência brasileira democrática, realizando o grande anseio da Justiça social, da Justiça para todos, sem privilégios, nem discriminações. Muito obrigado.

