

Série Especial

REVISTA DA AGU

ANO I nº 02 - Brasília-DF, novembro de 2009

Juricidades

**Revista da Consultoria Jurídica do
Ministério das Cidades**

CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DAS CIDADES

Setor de Autarquias Sul - Quadra 01 - Lote 01/06 - Bloco H

Edifício Telemundi II CEP 70.070-010 - Brasília/DF

Telefones: (61) 2108-1655/1044 - Fax (61) 2108-1447

e-mail: conjur@cidades.gov.br

Presidente da República

Luiz Inácio Lula da Silva

Ministro de Estado das Cidades

Marcio Fortes de Almeida

Secretário Executivo

Rodrigo José Pereira-Leite Figueiredo

Consultor Jurídico

Cleucio Santos Nunes

Conselho Editorial

Cleucio Santos Nunes

(coordenação geral)

Clovis Leão Bezerra

Fernando José Vazzola de Migueli

Flavia Natario Coimbra

Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves

Júlio Cesar Ferreira Pereira

Marco Aurélio Bancilon Vieira

Maria Emília da Cruz Dias Ribeiro

Paulo Cesar Soares Cabral Filho

Sidelcy Ludovico Alves Martins

Taís Teodoro Rodrigues

Ulisses Fernandes Silva

Victor Ximenes Nogueira

Coordenação Técnica

Eduardo Octavio Teixeira Alvares

Polyanna Barbosa da Silva

Apoio Técnico

Anacleta Silva Manta

Daliane Mello de Souza

Maria Aparecida Machado Guimarães

Rafael Wilson Sant'Ana da Silva

SUMÁRIO

Prefácio	5
Apresentação	7
Entrevista.....	9
A Ação de Injunção e os seus Efeitos Concretos na Hipótese do Art. 40, § 4º, da Constituição Federal, Atinente À Aposentadoria Especial no Serviço Público <i>Clemilton da Silva Barros</i>	19
Transferências de Recursos Financeiros para Correção de Disparidades Econômicas no Federalismo Fiscal <i>Cleucio Santos Nunes; Margaret da Silva Peres Nunes</i>	49
O Exercício da Cidadania Ambiental <i>Ewerton Marcus de Oliveira Góis</i>	73
A História do Habeas Corpus no Controle dos Atos Policiais e Jurisdicionais – Da Origem Bretã à Atualidade <i>Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves</i>	81
Controle Externo: a importância e a imediata consequência do desempenho do controle prévio e concomitante da Gestão Fiscal pelos Tribunais e Conselhos de Contas diante do atual Cenário da Crise Financeira Mundial <i>Sidelcy Ludovico Alves Martins</i>	101
O Controle do Ato Administrativo Discricionário <i>Ulisses Fernandes Silva; Cristiane Souza Fernandes Curto</i>	129
Princípio da Moralidade e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos <i>Victor Ximenes Nogueira</i>	147
PARECERES	
Mandado de Segurança Contra Ato Normativo Praticado pelo Diretor do Departamento Nacional de Trânsito - DENATRAN e Presidente do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN <i>Fernando José Vazzola De Migueli</i>	173
Consulta Sobre a Representação da Confederação Nacional de Municípios no Conselho Nacional das Cidades <i>Flavia Natario Coimbra</i>	185
Consulta Efetuada pela Caixa. Contratos de Repasse Extintos em Razão do Não Atendimento às Exigências da LRF <i>Flavia Natario Coimbra</i>	195

Consulta do Município de Goiânia. Função do FMHIS. Nota Técnica da SNH <i>Flavia Natario Coimbra</i>	203
Ementa: Administrativo. Direito Autoral. Controvérsia Gerada pela Publicação da Série Como Andam as Regiões Metropolitanas <i>Julio Cesar Ferreira Pereira</i>	211
Contratação da Associação Brasileira de Orçamento Público - ABOP para Ministrar o Curso de Administração Orçamentária e Financeira <i>Julio Cesar Ferreira Pereira</i>	231
Pretensão Administrativa de Dispensa do Procedimento Licitatório Fundado em Permissivo do Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD <i>Julio Cesar Ferreira Pereira</i>	243
Procedimento de Inexigibilidade de Licitação Deflagrado com Vistas a Contratar a Universidade Católica de Brasília <i>Paulo Cesar Soares Cabral Filho</i>	259
Orientação Jurídica. Supervisão Ministerial. Decreto-lei N° 200/67. Dívida da Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU de que é Credora a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social - REFER <i>Paulo Cesar Soares Cabral Filho</i>	269
Consulta Formulada pela Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração deste Ministério Acerca de Termo a Ser Utilizado em Portaria de Substituição de Servidor que Compõe o Rol de Res-ponsáveis para Praticar Atos de Gestão Orçamentária e Financeira <i>Sidely Ludovico Alves Martins</i>	279
Parecer Jurídico Acerca da Constitucionalidade de Indicação de Representantes desta Pasta para Composição do Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro <i>Victor Ximenes Nogueira</i>	293
Parecer Jurídico Acerca de Consulta Formulada pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU - Nepotismo - Súmula Vinculante N° 13 do Supremo Tribunal Federal <i>Victor Ximenes Nogueira</i>	317
Parecer Jurídico Conclusivo Acerca do Requerimento Administrativo Protocolado pela Servidora, Matrícula, no Sentido de que Seja Efetuado o Pagamento da Remuneração Referente ao Efetivo Exercício da Substituição do Cargo de Coordenadora de Benefícios - COBEN <i>Victor Ximenes Nogueira</i>	335

CURIOSIDADES JURÍDICAS

<i>Esta é uma história real que ganhou o primeiro lugar no Criminal Lawyers Award</i>	347
---	-----

PREFÁCIO

A segunda edição da Revista JuriCidades, que ora chega às mãos de nossos leitores, é resultado do intenso esforço de toda equipe da Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades.

Editar um periódico não é tarefa fácil. A elaboração de textos de doutrina, a seleção de pareceres, a elaboração de uma coluna de criatividade e até as ilustrações de contracapa são exemplos de que a JuriCidades combina informação jurídica de utilidade pública, criatividade e muito trabalho.

Neste número são trazidos textos doutrinários que enfrentam diversos temas relacionados ao instituto do controle da administração pública. Assunto árido e controvertido do direito, especialmente porque não se consegue conceber o desenvolvimento democrático sem atuação de órgãos de controle.

Controlar, entretanto, não significa inviabilizar políticas que servirão à satisfação do interesse público, finalidade primacial do Estado na modernidade. Mas não se pode ignorar que o controle dos atos administrativos há de ser rigoroso e obediente à legalidade, sob pena de se fragilizar o interesse público a ser alcançado com a promoção das políticas públicas. Daí a dificuldade de se lidar com o tema, pois resulta da adequada ponderação de interesses legítimos contrapostos.

Os textos de doutrina, portanto, cada qual no seu ponto específico, tentam demonstrar, com o auxílio precioso da pesquisa teórica e jurisprudencial, as diversas formas de se interpretar o direito frente aos dilemas do controle da administração.

A edição traz, conforme a anterior, pareceres elaborados por integrantes da Consultoria Jurídica, os quais servem para orientar os órgãos demandantes a respeito da aplicação da legislação, sem ofensa ao ordenamento jurídico.

A JuriCidades, tanto na primeira quanto nesta segunda edição, pretende dividir com o público a pesquisa realizada no âmbito da Consultoria Jurídica acerca de pontos intrincados do direito. Essa pretensão cumpre papel relevante na divulgação do pensamento

jurídico desse órgão de assessoramento, pois a meta é trocar experiências com outras entidades jurídicas ou de gestão pública. Isso pode servir para aprimorar os trabalhos dessa Consultoria Jurídica e, consequentemente, do Ministério das Cidades.

Eis o resultado desse novo trabalho que submetemos à apreciação de nossos leitores, com a expectativa de que seja útil às suas atividades profissionais e à difusão do conhecimento.

Brasília, novembro de 2009

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico do Ministério das Cidades

Luíz Inácio Lucena Adams

Advogado-Geral da União

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresento aos leitores a segunda edição da Revista JuriCidades.

A Revista é elaborada pela Consultoria Jurídica do Ministério das Cidades e espelha parte da atuação desta pasta ministerial nos seus diversos segmentos. Como se sabe, o Ministério das Cidades foi instituído em 2003 com o objetivo primacial de conceber, orientar e implementar a política nacional de desenvolvimento adequado das cidades brasileiras.

As intensas diferenças entre as regiões do Brasil motivaram o Governo Federal a coordenar políticas que viabilizassem o desenvolvimento homogêneo das cidades. Desenvolver o lugar onde se vive pressupõe respeito ao meio ambiente, regularidade dos direitos reais sobre o solo urbano, garantia do direito social à habitação, promoção regular de transportes de massas, mobilidade urbana, saneamento básico e cooperação entre União, Estados e Municípios no oferecimento desses bens sociais.

Para que essas pretensões sejam alcançadas é necessária a existência de um órgão central capaz de coordenar tais políticas, mediante a oitiva da sociedade organizada. Daí o papel fundamental do Conselho das Cidades, que leva ao conhecimento deste Ministério as principais carências dos municípios brasileiros, mas também aponta propostas de soluções ao crescimento adequado de nossas cidades.

Essa experiência democrática, pouco vivenciada nos demais países, insere o Brasil em patamar destacado no desempenho de políticas sociais e econômicas de desenvolvimento das cidades.

Mas para que essas metas sejam realmente efetivadas, a Consultoria Jurídica do Ministério deve estar articulada com as diversas secretarias finalísticas, que em última análise dão execução às ações do Ministério das Cidades.

Esta edição da Revista JuriCidades é breve demonstração dessa articulação entre direito e políticas públicas urbanas, eis que um regime democrático de inclusão e desenvolvimento econômico sustentável não pode ocorrer, legitimamente, prescindindo da legalidade.

Brasília, novembro de 2009.

Marcio Fortes de Almeida

ENTREVISTA

Jorge Hage

Ministro de Estado de Controle e da Transparência



JuriCidades: Qual foi a sua trajetória para chegar ao cargo de Ministro de Estado de Controle e da Transparência?

Jorge Hage: A minha trajetória, simplificadamente, é a seguinte: antes de mais nada, eu fui universitário. Formei-me em Direito pela Universidade Federal da Bahia, fiz uma pós-graduação; a primeira, mestrado em Administração Pública, na Califórnia, nos Estados Unidos; depois, integrei o corpo docente da UFBA, por alguns anos. Exerci a advocacia durante algum tempo. Exerci algumas funções executivas, inclusive prefeito de Salvador, e outras funções nas áreas federal e estadual. Depois, mestrado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Antes disso, fui deputado estadual e federal constituinte na Constituição de 1988. Depois, fui Juiz de Direito, aqui no Distrito Federal. Exerci a magistratura durante doze anos e, quando me aposentei, acabei vindo, novamente, para o Poder Executivo, a convite do Ministro Waldir Pires, no início do governo do Presidente Lula. Quando o Presidente Lula ganhou a eleição, no momento em que eu imaginava que ia me aposentar mesmo, recomencei aqui. Primeiro como Secretário Executivo e, depois, quando o Ministro Waldir deixou a Controladoria, eu assumi, na condição de Ministro. De 2003 a 2006, fui Secretário Executivo. De 2006 para cá, assumi, na condição de Ministro. É uma trajetória nos três Poderes.

JuriCidades: E quais os desafios e as dificuldades mais relevantes enfrentados pela CGU?

Jorge Hage: A primeira dificuldade: fazer com que os gestores públicos compreendam que a responsabilidade pelo controle é uma responsabilidade de todo e qualquer gestor, em qualquer nível. Fazer com que se entenda que controle não é problema apenas da Controladoria. A Controladoria é o órgão central de um sistema. A atividade de controle, como outras atividades na administração, é uma atividade sistêmica. Ela ocorre em todos os níveis, em diferentes graus e em diferentes instâncias. Desde o controle que nós chamamos “controle primário”, que é responsabilidade de cada administrador, diretor, chefe, secretário, ministro, até o controle em nível central, na cabeça do sistema, que é o controle da Controladoria. E tem também o controle externo, que é do Tribunal de Contas da União. Nós somos o órgão central, a cabeça do sistema de controle interno do Poder Executivo Federal. Conforme a Constituição prevê, cada um dos Poderes, em cada uma das esferas de Governo, tem de ter o seu sistema de controle. Fora isso, tem o controle de cada um dos outros poderes, do Legislativo, do Judiciário, e o Tribunal de Contas, que exerce o controle externo sobre todos eles. Mas, eu lhe dizia que a primeira dificuldade é essa: de fazer com que os administradores de todos os níveis assumam a sua responsabilidade pelo controle primário. O que isto significa? Que eles têm de estar atentos para fiscalizar cada um dos contratos que celebram; têm de designar pessoas qualificadas para exercer a função de fiscal de contrato; têm de estar atentos para os seus editais de licitação; e eles têm de acompanhar a execução das despesas realizadas com recursos transferidos para estados e municípios ou para ONGs. Um ministério qualquer continua responsável pela boa aplicação do dinheiro, mesmo quando este dinheiro é transferido para um estado ou um município aplicar. Ele não deixa de ser responsável por isso. E alguns ministérios não exercem bem esta tarefa que é deles, de fiscalizar os seus recursos e os seus programas. E é por isto que quando a Controladoria vai realizar, por amostragem, a fiscalização, por sorteio, por exemplo, da aplicação do dinheiro pelos estados e municípios, encontramos tantos problemas. Porque é frágil a fiscalização feita em nível do controle primário de cada órgão, de cada Ministério. Essa é uma dificuldade. Outra dificuldade é a que decorre da falta de uniformidade na interpretação de determinadas normas jurídicas. Muitas vezes, a consultoria jurídica de um ministério tem um determinado entendimento; a Controladoria tem outro; o Tribunal de

Contas tem outro, o Ministério Público tem outro. Às vezes, um órgão público que participa da intermediação das transferências, como a Caixa Econômica, tem outro. Então, a unificação da interpretação das normas é outro grande desafio. Uma terceira dificuldade, eu diria que é a que decorre do fato de que o sigilo fiscal, ao contrário do telefônico, no Brasil, se transformou em um tabu. Os sigilos foram criados para a proteção da vida privada, da privacidade do indivíduo, do cidadão, dos homens de bem, das mulheres de bem, como você. Mas, hoje, os sigilos estão se transformando, às vezes, em um biombo para esconder a corrupção. Então, nós temos encontrado dificuldades, às vezes, porque os órgãos que estão sendo auditados, costumam alegar sigilo bancário ou fiscal – principalmente, quando se trata de bancos oficiais, onde circula dinheiro público e que, no nosso entendimento, não tinha que haver sigilo nenhum. No entanto, nós temos essa dificuldade, e, às vezes, questões têm de ser levadas aos tribunais para decidir. E os Tribunais Superiores têm uma postura, no meu entendimento, excessivamente conservadora e excessivamente garantística, exacerbando, ao extremo, estas garantias que foram concebidas na Constituição, para assegurar a privacidade do indivíduo, mas não para esconder as operações dos homens públicos e dos órgãos públicos. Então, essa é uma outra dificuldade que nós temos. Podemos passar para outra coisa. Não vamos falar só sobre dificuldades, não é?

JuriCidades: Claro, vamos falar um pouquinho sobre se a CGU possui planos estratégicos ou setores de inteligência voltados para prevenir a corrupção, e se os resultados da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas são animadores.



Jorge Hage: Sem dúvida. Essa é uma das diretrizes fundamentais da atual gestão da CGU: a ênfase na prevenção. Nós entendemos que não basta reprimir. Na área repressiva, nós já avançamos muito. Nós já expulsamos dos quadros do Serviço Público Federal quase dois mil agentes públicos por atos de improbidade e outros semelhantes, nestes seis anos do governo do Presidente Lula. Quase dois mil, 1.969, exatamente. Mas nós entendemos que isso não é tudo. Primeiro, porque esta intensificação da repressão, nós conseguimos no plano administrativo, naquilo que

depende, apenas, do Poder Executivo. Mas nós precisamos ainda, no campo repressivo, ver acontecer, no Brasil, uma reforma processual, sobretudo do processo penal que permita a agilização das ações judiciais, para chegar a colocar os corruptos na cadeia. Isso ainda não é possível no Brasil, vivendo com a quantidade de recursos e incidentes processuais, que permitem que um bom advogado impeça que se chegue a uma condenação transitada em julgado. Eu costumo dizer que, no Brasil, uma condenação penal de um criminoso de colarinho branco, que são os criminosos de corrupção, de crimes financeiros, não chega ao final, não transita em julgado, em menos de quinze a vinte anos. Porque eles podem pagar os melhores escritórios de advocacia do País. E nem precisa ser o melhor escritório de advocacia, com a legislação processual que nós temos, para fazer um processo demorar quinze, vinte anos para terminar. Então, esta é uma outra grande dificuldade. Mas, por tudo isso, a nossa ênfase tem sido na área da prevenção. O que nós fazemos em matéria de prevenção? Primeiro, o incremento da transparência pública. Significa o quê? Aumentar a visibilidade sobre o que ocorre dentro da administração pública. A primeira providência nessa linha foi o lançamento do Portal da Transparência, que está no ar desde o final de 2004, que já expõe mais de R\$ 4 trilhões aos olhos de toda a população, permitindo que qualquer cidadão consulte cada real aplicado pelo Governo Federal, seja diretamente, seja através de transferência para estados, municípios ou organizações não-governamentais. Este portal tem tido uma média mensal de mais de 110 mil acessos, o que significa que a população brasileira já está bastante consciente da importância da transparência e da participação da cidadania na fiscalização, que é uma das melhores formas de prevenção. É fazer com que cada cidadão se torne um fiscal também. Uma linha de atuação na área preventiva é, exatamente, o estímulo ao controle social, que nós fazemos não só através da disponibilização de informações, através do portal; mas, também, por meio da realização de eventos, seminários, cursos de capacitação para cidadãos e para lideranças comunitárias, membros de conselhos. Já realizamos alguns milhares de eventos deste tipo em todas as regiões do País, envolvendo líderes municipais, membros de conselhos, como o Conselho da Saúde Pública, Conselho da Merenda Escolar, Conselho do SUS, Conselho da Assistência Social, entre outros; capacitando, também, professores da rede pública e alunos, distribuindo cartilhas de orientação, como a cartilha “Olho Vivo do Dinheiro Público”. Criamos também um curso de educação a distância sobre o controle social. E estamos, agora, lançando um programa voltado para a consciência ética e a cidadania, voltado para crianças. Trata-se do portal

infantil da CGU, “Criança Cidadã”. Lançamos um programa, agora, no Dia Internacional Contra a Corrupção, 9 de dezembro, em parceria com o Instituto Maurício de Souza, criador da Turma da Mônica, que vai nos proporcionar um amplo projeto de conscientização de crianças na rede pública, dentro da ideia de que é preciso começar desde a idade mais tenra a mudança na cabeça das pessoas. Nessa mesma área de prevenção, nós temos uma linha de formulação de projetos de aprimoramento do marco legal, preenchendo lacunas normativas, que ainda existem, em nosso ordenamento jurídico ou elaborando normas que vão detalhar e clarificar campos normativos que ainda estejam um



tanto nebulosos ou incompletos. Exemplo: apresentamos um projeto de lei de criminalização do enriquecimento ilícito. O Presidente Lula encaminhou isso ao Congresso Nacional em junho de 2005, tipificando como crime o enriquecimento ilícito de agente público. Elaboramos um outro projeto, regulamentando o conflito de interesses e a quarentena. O Presidente encaminhou isso ao Congresso em outubro de 2006. Ambos ainda estão lá. Não foram aprovados até hoje. Propusemos, e o Presidente aprovou um decreto criando um instrumento de fiscalização sobre a evolução patrimonial de agente público, dentro do Poder Executivo, chamado Sindicância Patrimonial. Este já está funcionando, porque não depende de lei. E nós já aplicamos penas de demissão de servidores públicos que tiveram uma evolução patrimonial incompatível com o seu vencimento, e que não conseguiram explicar de que outra fonte advieram os recursos, os recursos para o seu crescimento patrimonial. Se você, por exemplo, tem uma variação no seu patrimônio, inteiramente desproporcional ao seu vencimento, você é notificado para

explicar. Se você comprovar que ganhou na Mega-Sena ou na Loto, tudo bem. Está explicado. Se faleceu um parente milionário e te deixou uma maravilhosa herança, tudo bem. O processo vai ser arquivado. Agora, se você não tiver nenhuma explicação, vai ficar complicada a sua situação. É isto que é sindicância patrimonial. Uma outra área de atuação, nossa na área da prevenção, é a criação de instrumentos como o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas, lançado também no dia 9 de dezembro. Esse cadastro expõe, na internet, para conhecimento de todo mundo, de todo cidadão, e principalmente, de agentes públicos das diversas esferas federativas, o nome e o CNPJ de todas as empresas que cometeram algum tipo de ilícito ou de irregularidade na sua relação com algum órgão público em qualquer lugar do País. Porque, até agora, acontecia o seguinte: uma empresa cometia uma irregularidade, por exemplo, na sua relação com o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, mas ela continuava obtendo contratos para a construção de obras, fornecimento de gêneros, o que fosse, com o estado de Minas, ou de São Paulo, ou com o Governo Federal. Isto, agora, não vai ser mais possível, porque nós estamos expondo a lista de todas as empresas inidôneas no Portal da Transparência da CGU, em um setor chamado Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas. Já estão no ar cerca de mil CNPJs e nomes de empresas nessas condições, resultantes das declarações de inidoneidade feitas pela própria Controladoria, pelo Tribunal de Contas da União, por outros órgãos federais e pelos Governos de três estados que já aderiram: São Paulo, Minas e Bahia; e já temos recebido notícias de outros estados que querem aderir, facilitar-nos sua base de dados para que isso também vá para o portal. Essa é uma medida preventiva da maior importância. Uma outra é o Observatório da Despesa Pública, que nós lançamos, também, aqui na CGU, no dia 18 de dezembro. Esse observatório é um conjunto de *software* de ponta, da tecnologia mais avançada que existe, e que nós adquirimos para permitir identificar tipologias e padrões de fraude e de outros tipos de irregularidades em contratos, em operações de compras, em licitações, em todas as modalidades de realização de despesas públicas, trabalhando em cima dos bancos de dados dos sistemas corporativos do governo, sem que os auditores precisem sair da CGU. Eles vão trabalhar com esse instrumental tecnológico, e vão identificar, por exemplo, onde está havendo fracionamento de compra para fugir dos limites de licitação. Onde está havendo conluio entre licitantes, mediante identificação, hipoteticamente, de que as mesmas três ou quatro empresas comparecem em licitações e, sempre, uma delas vence e as outras, perdem. Ou, como eles fazem por rodízio, a outra vence e aquelas primeiras perdem. O que

indica o conluio entre licitantes para fraudar e aparentar que está existindo competição. Esses são alguns exemplos dos milhares de tipo de fraudes que esse sistema passa a identificar em cima das bases de dados, do Comprasnet e de outros sistemas corporativos do Governo. O que vai nos permitir alertar o órgão onde isso está ocorrendo e, em alguns casos, até introduzir um mecanismo no próprio sistema para que, automaticamente, aquela empresa deixe de poder entrar numa próxima licitação. São alguns exemplos de medidas preventivas que nós estamos tomando.

JuriCidades: Agora, o Sr. poderia falar um pouco sobre a atuação da Ouvidoria Geral da União, se essa necessidade da identificação do denunciante inibe o cidadão de participar.

Jorge Hage: Veja bem, aqui, na Controladoria, não é, propriamente, a ouvidoria que é a porta de entrada das denúncias. Nós recebemos as denúncias no *site* da própria Controladoria, no Portal da Transparência e diretamente no nosso protocolo. Isso não passa pela Ouvidoria. A Ouvidoria Geral da União tem uma outra função. A função dela é uma função de coordenação e de normatização de procedimentos para todas as ouvidorias que existem no Governo Federal. São mais de 140 ouvidorias que existem nos diversos órgãos e Ministérios. E a Ouvidoria Geral da CGU, ela é a coordenadora das práticas, dos procedimentos, das outras ouvidorias; ela não é o órgão, o setor de recebimento de denúncia. Às vezes, as pessoas podem até fazer uma denúncia através da nossa ouvidoria, e a ouvidoria manda para a Corregedoria da CGU ou para a Secretaria Federal de Controle, que são os órgãos que fazem, efetivamente, a apuração da denúncia. Não é a ouvidoria. Agora, a sua pergunta tem também um outro problema: se a exigência de identificação inibe o denunciante. Eu lhe diria: primeiro, que nós não exigimos a identificação; nós dizemos, no nosso *site*, que é conveniente, preferencialmente, (o denunciante) se identificar, até porque isso facilita nós voltarmos a contatar com ele para pedir alguma informação a mais no curso da investigação, se for o caso. Mas ele pode não se identificar, se não quiser. Quando ele não se identifica, nós nos defrontamos, aí, com um problema jurídico, que é a impossibilidade de se instaurar um processo com base em denúncia anônima. Que esse é o entendimento da jurisprudência, hoje. Mas o que é que nós fazemos? Mesmo que a denúncia seja anônima, nós aproveitamos a denúncia, se ela for bem fundamentada, e utilizamos essa denúncia para abrir uma investigação preliminar. Nessa investigação preliminar, nós colhemos os elementos

fáticos e instauramos, a partir daí, como uma instauração *ex officio*; como uma instauração de ofício. Nem mencionando a denúncia anônima. Porque a denúncia anônima não pode servir para deflagrar o processo. Mas ela, como qualquer outro fato, pode ser observada por nós; e, se nós observamos uma irregularidade, nós podemos instaurar um processo de ofício. Então, não há problema quanto a isso.

JURICIDADES: EXISTE SUPERPOSIÇÃO DE TAREFAS ENTRE A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO E O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, TALVEZ ATÉ O MINISTÉRIO PÚBLICO; ESSAS FUNÇÕES NÃO FICAM, ÀS VEZES, UM POUCO CONFUSAS, SE MISTURAM?



Jorge Hage: Não há superposição alguma, porque, como eu disse, a Controladoria é o órgão central no sistema de controle interno do Poder Executivo Federal. O Tribunal de Contas e também o Ministério Público são órgãos de controle externo. O Ministério Público, bem mais diferenciado, porque ele tem suas funções, digamos, basicamente, de

provocação do Poder Judiciário, mediante o exercício da ação penal, ou da ação civil pública, ou da ação de improbidade. O que interessa à nossa área é a defesa do patrimônio. Ao invés de superposição, o que há entre nós e o Ministério Público é uma intercomplementaridade de funções. Os nossos relatórios de auditoria são encaminhados ao Ministério Público. E servem como ponto de partida para as ações judiciais de improbidade administrativa, ações criminais, por crime de corrupção, de peculato, de prevaricação, etc., os crimes contra a administração pública de um modo geral, para os quais o Ministério Público tem a legitimidade como titular da ação penal e também da ação civil pública. Então, nós temos convênio com o Ministério Público Federal e de todos os estados brasileiros e uma intensa parceria. Por vezes, até, nós já trabalhamos juntos, na fase investigativa, com o Ministério Público e com a Polícia Federal. Os resultados desse trabalho têm várias destinações: para o Ministério Público dar início a ação penal, a ação civil, ou de improbidade; ou para a AGU, que também tem legitimação para as ações civis – não tem para as ações penais, mas tem para as ações civis –, de ressarcimento

aos cofres públicos e de improbidade administrativa; ou para a nossa Corregedoria instaurar procedimento administrativo que leva à pena de demissão, administrativamente, pela Lei 8.112; ou então, para o Tribunal de Contas, que tem a competência e a jurisdição para aplicação das penas, também de caráter administrativo, que cabem a ele: uma condenação à devolução dos recursos, aplicação de multa, etc. Onde há uma certa proximidade de atribuições, em algumas situações, seria entre a auditoria da CGU e a auditoria do Tribunal de Contas, mas, mesmo aí, não há uma superposição, porque o foco é diferente. O foco do controle interno é basicamente o de atuar preventivamente, orientando o gestor, advertindo antes que a irregularidade seja consumada. Enquanto que o Tribunal de Contas, como órgão de controle externo, não tem a obrigação de orientar o gestor. Ele recebe a informação da CGU, quando se consumou uma irregularidade e, cabe a ele, instaurar o processo de contraditório, onde o gestor vai lá se defender e, se for condenado, vai ter aplicada a penalidade pelo TCU. Mas não são funções idênticas, a nossa e a do TCU. Em algumas situações, inclusive, as nossas equipes trabalham juntas, em caráter de cooperação.

JuriCidades: Em que medida a União vai fiscalizar as licitações realizadas pelos entes federados para execução de obras com recursos oriundos de transferências voluntárias? É possível compatibilizar a necessidade de fiscalização pela União com a autonomia assegurada pela Constituição aos demais entes federados?

Jorge Hage: Sem a menor dúvida, não há nenhum problema de choque entre essas duas coisas. A competência para fiscalizar a aplicação dos recursos federais é íntegra dos órgãos federais. Essa responsabilidade é inteira dos órgãos federais, não há nenhuma sombra de dúvida quanto a isso. Não existe, aí, nenhum risco de se ferir a autonomia dos entes federativos. O que nós não fazemos, jamais fazemos, é nos intrometer ou intervir na fiscalização dos recursos próprios, das receitas próprias dos estados e municípios. Essa não cabe a nós, essa cabe aos Tribunais de Conta dos Estados, e, onde eles existem, aos Tribunais de Contas dos Municípios; e, no caso de controle interno, às auditorias internas ou controladorias estaduais ou municipais; e às Câmaras de Vereadores, do ponto de vista do controle político último. Quando o recurso é federal, a competência é indiscutivelmente nossa, não há nenhuma dúvida, nossa e do Tribunal de Contas da União. Quanto a isto, não paira nenhuma dúvida.

JuriCidades: Qual o papel efetivo da CGU nas atividades de controle? Pode-se entender que há espaço para estratégias de orientação ao gestor público a fim de evitar a prática de atos considerados irregulares? Por que, muitas vezes, os gestores praticam atos irregulares por ignorância, não? Por desconhecimento? O que é que está sendo realizado nesse sentido?

Jorge Hage: Como eu lhe disse, quando descrevi a diferença entre o controle interno e o Ministério Público, a diferença entre o controle interno, que é a nossa tarefa, e o controle externo, que é tarefa do TCU, a diferença começa, exatamente, por aí. A primeira responsabilidade nossa, do controle interno, é orientação. É exatamente orientar os gestores para prevenir, para alertá-los antes que as irregularidades se consumem. Essa é a primeira preocupação nossa. É verdade que, no passado, isto não era bem assim. Havia uma certa tendência dos órgãos de controle interno, que percebemos quando chegamos aqui, a se confundirem com o controle externo. A própria formação dos auditores era praticamente a mesma, seja para ser auditor da Secretaria Federal de Controle Interno, que, hoje, integra a CGU, seja para ser auditor do Tribunal de Contas da União. Ora, isto vinha da própria formação das pessoas. E é isso que nós estamos modificando, com uma ênfase muito intensa, aqui, nos últimos anos, no atual governo, para alterar esta visão. Porque, no nosso entendimento, a primeira responsabilidade do controle interno é orientar. Agora, é claro que há muitos e muitos casos onde o problema não é falta de orientação. Onde o problema é de improbidade mesmo, é corrupção mesmo, e aí, a irregularidade sendo constatada, nós entramos com a nossa face, digamos, repressiva; mandamos para Corregedoria, para instaurar processo e demitir o agente público; mandamos para o Ministério Público, para ajuizar as ações judiciais; e mandamos para o Tribunal de Contas, para aplicar as penas que cabem a ele.

A AÇÃO DE INJUNÇÃO E OS SEUS EFEITOS CONCRETOS NA HIPÓTESE DO ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ATINENTE À APOSENTADORIA ESPECIAL NO SERVIÇO PÚBLICO

Clemilton da Silva Barros

Advogado da União, pós-graduado em Direito Processual Civil, em Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho; mestrando em Direito e Políticas Públicas; Professor da Universidade Estadual do Piauí, e autor de diversos trabalhos jurídicos.

Sumário: 1 Introdução; 2 O mandado de injunção; 2.1 Aspectos históricos, Conceituais e natureza jurídica; 2.2 O objeto da ação de injunção; 2.3 Pressupostos da ação de injunção; 2.4 Legitimidade ativa para a ação de injunção; 2.5 Legitimidade passiva na ação de injunção; 2.6 Distinção entre a ação de injunção e a ADIn por omissão; a) Distinção quanto ao órgão julgador; b) Distinção quanto aos legitimados; c) Distinção quanto à matéria; d) Distinção quanto aos efeitos da decisão; 3 A sentença e seus efeitos na ação de injunção; 3.1 Teorias que estudam os efeitos da decisão na ação de injunção; 3.1.1 Teoria não concretista; 3.1.2 Teoria concretista; a) Teoria concretista geral; b) Teoria concretista individual; 3.2 Evolução histórica da jurisprudência do STF quanto aos efeitos da decisão na ação de injunção; 3.2.1 Adoção da teoria não concretista; 3.2.2 Adoção da teoria concretista individual intermediária; 3.2.3 Adoção da teoria concretista individual direta; 3.2.4 Adoção da teoria concretista geral; 4 Hipóteses de normas essencialmente incompletas; 5 Conclusão; 6 Referências.

Resumo: A ação de injunção tem como foco a denominada “síndrome da inefetividade das normas constitucionais”. O STF se limitava a declarar a omissão do Poder Público. A partir do final de 2006, passou a adotar uma posição concretista, chegando mesmo a suprir a omissão legislativa com efeitos *erga omnes*. Cogita-se da inaplicabilidade de efeitos concretos em norma desprovida dos seus elementos essenciais de efetividade, cuja regulamentação integra o núcleo do direito que proclama, a exemplo do art. 40, § 4º, da CF, objeto de análise pelo STF no MI nº 721-DF, referente à aposentadoria especial no serviço público.

Palavras-chaves: Mandado de injunção; jurisprudência do STF; aposentadoria especial dos servidores públicos.

1 INTRODUÇÃO

As declarações de direito têm sido tradição em todas as Constituições Brasileiras, a partir mesmo da primeira delas, a Constituição Imperial de 1824, que consagrava as “liberdades públicas”, impondo limitações ao poder do Estado, o que foi seguida de perto pela segunda, a Carta Republicana de 1891, tudo se repetindo na Constituição de 1934, na qual também foram acrescentados os direitos sociais.

A Constituição de 1988 cuidou das declarações de direitos de um modo especial e inédito no constitucionalismo brasileiro, englobando todo o conteúdo já constante das Constituições anteriores, e ampliando-o para inserir pelo menos um dos direitos de solidariedade, o direito ao meio ambiente, com previsão no seu art. 225.

De fato, foi inequívoca a Carta Constitucional de 1988 ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, dedicando-lhes especial importância ao explicitá-los em títulos específicos (Títulos I e II), antes mesmo de dispor sobre a organização política e administrativa do Estado, evidenciando que a prioridade do Estado Brasileiro passaria a ser a promoção de tais direitos e garantias, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à segurança, à não discriminação, ao devido processo legal, à igualdade, aos direitos sociais, econômicos e culturais dentre outros, cujos fins destinam-se a proporcionar a dignidade da pessoa humana.

E ao tempo em que estabeleceu os “direitos”, também cuidou o constituinte de 1988 de prever as “garantias fundamentais”, estas, destinadas a assegurar o exercício dos direitos fundamentais, figurando assim como um manto de proteção destes, incluindo-se ainda nesse contexto uma terceira espécie, que a doutrina nominou de “remédios constitucionais”, consistindo em instrumentos postos à disposição dos cidadãos, enquanto titulares de direitos fundamentais, com o fim de sanar, corrigir ou evitar ilegalidade e abuso de poder que venham a causar lesão ou inobservância dos direitos e das garantias fundamentais.

Via de regra, para cada direito fundamental é outorgada uma garantia fundamental, embora esta quase sempre apareça apenas implicitamente no texto constitucional. E uma vez violada essa garantia, e bem assim o direito fundamental, a Constituição Federal põe à disposição do indivíduo instrumentos específicos para a defesa destes, que são os “remédios constitucionais”.

Na verdade, quando falamos em “remédios constitucionais”, estamos a falar de instrumentos de controle judicial da Administração Pública¹, prevendo expressamente a Constituição as seguintes espécies: *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); *habeas data* (art. 5º, LXXII); mandado de injunção (art. 5º, LXXI); mandado de segurança individual (art. 5º, LXIX); mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); ação popular (art. 5º, LXXIII); e ação civil pública (art. 129, III).

Conquanto estabeleça o art. 5º, § 1º, da CF que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, nem todas essas normas têm eficácia plena, eis que muitas delas carecem de atuação normativa ulterior para garantir a sua aplicabilidade, mediante a edição da norma regulamentadora. É nesse contexto que se insere um dos remédios constitucionais sobre o qual nos debruçaremos nesta análise, o mandado de injunção, cuja aplicabilidade pressupõe sempre a existência de nexo de causalidade entre a omissão normativa do Poder Público e a inviabilidade do exercício de um direito, liberdade ou prerrogativa.

Pois bem, na presente análise buscaremos trazer ao campo das discussões algumas considerações acerca do mandado de injunção, enquanto instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e, pois, de controle da Administração Pública, quando verificado que, por omissão desta, o exercício de um dado direito subjetivo, apesar de assegurado pela Constituição, torna-se frustrado pela falta da respectiva norma regulamentadora.

Do mesmo modo, buscaremos fazer uma análise em torno da jurisprudência do STF no tocante aos efeitos da decisão concessiva da injunção, e a título exemplificativo demonstraremos a aplicabilidade da ação de injunção à hipótese do art. 40, § 4º, incisos II e III, da CF, referente ao direito de aposentadoria especial do servidor público vinculado a regime próprio de previdência social, em atividades de risco ou sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, direito este que depende de regulamentação mediante lei complementar, objeto de apreciação pelo STF no MI nº 721-DF.

1 Ao que chamamos aqui de “remédios constitucionais”, José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 873) chama de “meios específicos” de controle da Administração Pública.

2 O MANDADO DE INJUNÇÃO

2.1 Aspectos históricos, conceituais e natureza jurídica

A definitiva consolidação do Estado Democrático de Direito está intimamente vinculada à ideia de irrestrita efetividade das normas constitucionais, especialmente aquelas garantidoras dos direitos fundamentais, eis que estas representam os reais anseios da sociedade, visando, sobretudo, a implementação de melhores condições da coexistência humana, a partir mesmo da garantia da dignidade da pessoa. Desse modo, não se concebe a existência de normas desse padrão que sejam desprovidas de qualquer aplicabilidade.

É certo que não se pode falar de absoluta ineficácia das normas constitucionais. Vale dizer, toda a normatividade que emana do texto constitucional possui eficácia, porém, sendo esta diferenciada de acordo com o grau de aplicabilidade que quis dar-lhe o constituinte. O fato é que, apesar de dotadas de um certo teor de eficácia, nem todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, por si sós, têm aplicação imediata em sua plenitude, como parece fluir art. 5º, § 1º da CF, porquanto muitas delas dependem de regulamentação futura pelo legislador ordinário. Daí a própria Constituição ter previsto instrumentos voltados para reparar as omissões do Poder Público no tocante à sua missão legiferante, como é caso da ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º, CF/88) e do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF/88).

No que toca à eficácia ou aplicabilidade das normas constitucionais há uma classificação clássica, estabelecida por Rui Barbosa, que divide as normas constitucionais em autoaplicáveis (não necessitam de qualquer norma complementar para adquirir eficácia, têm eficácia direta, imediata) e não autoaplicáveis (necessitam de outras normas regulamentadoras, têm eficácia mediata, indireta).

A partir da classificação de Rui Barbosa, José Afonso da Silva² propõe outra, considerando todas as normas constitucionais como autoaplicáveis, pois são todas revestidas de eficácia jurídica, ou seja, são dotadas de capacidade para produzir efeitos no mundo jurídico, seja em maior ou menor grau. Assim consta da classificação do referido autor:

² José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 163/164.

- a) *normas de eficácia plena*, são as auto-aplicáveis;
- b) *normas de eficácia contida*, têm aplicabilidade imediata, mas podem ser restringidas, desde que haja previsão constitucional dessa restrição, contudo, enquanto não for criada a legislação infraconstitucional limitadora, a eficácia será plena; e
- c) *normas de eficácia limitada*, correspondendo às não auto-aplicáveis, divididas em normas de *princípio institutivo* – aquelas pelas quais o constituinte institui um determinado órgão e repassa ao legislador ordinário o mister da regulamentação; – e *normas programáticas* – dispõem sobre programas ou projetos de governo que devem ser implementados.

É exatamente por força desses distintos graus de eficácia das normas constitucionais e, sobretudo, pela inaptidão de algumas delas por si sós, produzirem de imediato os seus mais relevantes efeitos, que a Constituição Federal previu os dois instrumentos acima destacados capazes de fazer valer a disposição do art. 5º, § 1º, da CF, conferindo efeitos imediatos às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, embora carecedoras de regulamentação.

Pois bem, prescreve a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso LXXI, que será concedido mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

A previsão foi inovadora não somente no âmbito da ordem jurídica brasileira, mas também no âmbito mundial, eis que, embora preexistam medidas com nome semelhante, a exemplo do *writ of injunction* no direito inglês, não se consegue identificar no direito comparado a fonte de inspiração do constituinte de 1988, porquanto a nossa ação de injunção é única nos moldes em que se encontra prevista.

Apesar do nome “mandado de injunção”, como consta da própria Constituição Federal, a exemplo do “mando de segurança”, afigura-se mais adequado chamá-lo de “ação de Injunção”, vez que a expressão “mandado de injunção” mais se adequa para exprimir o seu objeto, um mandado judicial destinado a suprir a omissão legislativa.

Enfim, trata-se a ação de injunção de um instrumento constitucional civil, de natureza mandamental, pois, de procedimento especial, destinado exclusivamente ao controle do Poder Público em caso de omissão legislativa, cujo provimento positivo resultará num “mandado injuncional” destinado a viabilizar o exercício de um direito, de uma liberdade ou de uma prerrogativa prevista na Constituição Federal. É instituto processual vocacionado a dar efetividade aos direitos constitucionais subjetivos inviabilizados por ausência da norma regulamentadora.

2.2 O objeto da ação de injunção

Ao impetrar uma ação de injunção a parte autora propugna pela concessão de uma sentença que declare a omissão legislativa, consistindo tal sentença num verdadeiro “mandado” (de injunção) endereçado ao órgão omissor, reclamando deste a adoção das medidas necessárias à aplicação da norma constitucional que se encontra inerte por falta da regulamentação.

O propósito do mandado de injunção não é o de garantir todo e qualquer exercício de direitos inseridos na Constituição. Conforme já expressado, esta garantia jurídica só é cabível quando a falta de norma regulamentadora que obsta o pleno exercício dos direitos e liberdades constitucionais, compreendidos como oriundos das clássicas declarações de direitos individuais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em suma, na esteira de Hely Lopes (2007, p. 245), podemos dizer que o objeto fundamental da ação de injunção é o “mandado injuncional”, destinado à proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível sua fruição diante da omissão do Poder Público em expedir as normas regulamentadoras pertinentes.

2.3 Pressupostos da ação de injunção

A partir da previsão constitucional da ação de injunção, a doutrina aponta os seguintes pressupostos para o seu regular ajuizamento:

- a) a existência de um direito constitucional, relacionado às liberdades fundamentais, à nacionalidade, à soberania ou à cidadania; e

- b) a falta de norma regulamentadora que impeça ou prejudique a fruição desse direito ou prerrogativa.

É de se destacar que o interesse de agir na ação de injunção decorre da titularidade do bem reclamado. A sentença que conferir a pretensão há de ter direta utilidade para o impetrante. Por exemplo, não cabe a sua impetração para pleitear a garantia de relação de emprego quando o autor já se encontra desempregado.

Não cabe ação de injunção se o direito constitucional subjetivo reclamado não está a depender de regulamentação normativa infraconstitucional obrigatória, ou para suprir deficiência de norma infraconstitucional regulamentadora de direito constitucional subjetivo. Igualmente é incabível se houver possibilidade de outra ação judicial para viabilizar o direito pleiteado ou ainda *se a norma constitucional for de eficácia plena ou de eficácia contida*.

Segundo a jurisprudência dominante do STF e do STJ, não se admite a ação de injunção para obrigar o Judiciário a substituir o legislador na sua função legiferante, sob pena de agressão à separação do poderes. A interpretação estritamente literal desse entendimento fez prevalecer a teoria não concretista por muito tempo na jurisprudência da Corte. Contudo, é preciso observar que não caracteriza substituição do legislador a simples aplicação de efeitos concretos na decisão concessória da injunção, tratando-se apenas de uma função normativa pelo Judiciário, conforme prevê a Constituição, e não propriamente de função legislativa. Tanto é assim que sobrevindo a lei, esta suplantará o conteúdo da decisão concretista.

Na citação de Hely Lopes (2007, p. 248), o direito resguardado pela via da ação de injunção é aquele desde logo assegurado pela Constituição, porém pendente de regulamentação. Se a Carta Política simplesmente faculta ao legislador a outorga de um direito, sem ordená-lo, o mandado de injunção é juridicamente impossível (STF, MI nº 107-3-DF, Rel. Min. Moreira Alves, RT 677/235; MI nº 425-1-DF, Rel. Min. Sydney Sanches, ADV 1995, Ementa nº 68.804). Enfim, somente as *normas de eficácia limitada* podem ser objeto de ação de injunção.

2.4 Legitimidade ativa para a ação de injunção

É titular do direito de ação injuncional qualquer pessoa que se sinta impedida de exercer um direito ou prerrogativa assegurados na

Constituição, por falta da respectiva norma regulamentadora. Mas é preciso que o bem perseguido esteja realmente assegurado constitucionalmente e que haja um comando de obrigatoria regulamentação.

Diferente é a situação em que a Constituição apenas outorga expectativa de direito e, portanto, a norma regulamentadora faltante se presta a transformar essa mera expectativa de direito em direito subjetivo. Nesse caso, não cabe ação de injunção e sim ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º)³.

Apesar da ausência de previsão expressa da Constituição Federal, como destaca Alexandre de Moraes (2004, p. 182), admite a jurisprudência do STF ser plenamente possível a ação de injunção coletiva, tendo sido reconhecida a legitimidade para as associações de classe devidamente constituídas, seguindo os mesmos moldes da ação do mandado de segurança coletivo.

2.5 Legitimidade passiva na ação de injunção

A ação de injunção é proposta sempre em face da autoridade, órgão ou Poder omissos, a quem cabe a regulamentação da norma constitucional que resguarda o bem invocado pelo impetrante. Assim, a legitimidade passiva é da pessoa estatal enunciada pela Constituição como titular da competência para deflagrar o procedimento legislativo, ou seja, a autoridade ou órgão público competente para a feitura da norma infraconstitucional regulamentadora, jamais as entidades de direito privado nem as pessoas físicas que não sejam autoridades públicas, uma vez que somente aos entes estatais pode ser imputável o dever jurídico de emanção de provimentos normativos.

Os particulares não se revestem de legitimidade passiva *ad causam* para o processo injuncional, pois não lhes compete o dever de emanar as normas reputadas essenciais ao exercício do direito vindicado pelo impetrante. Dessa forma, a natureza jurídico-processual do instituto não permite a formação de litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre particulares e entre estatais.

Ressalte-se, como assevera Moraes (2004, p. 183), que se a omissão for legislativa federal, a ação de injunção deverá ser ajuizada

3 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, [19-], p. 250/251.

em face do Congresso Nacional, salvo se a iniciativa da lei for privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º), quando então a ação de injunção deverá ser ajuizada em face do Presidente da República, nunca em face do Congresso Nacional. Isso nos leva a enfatizar que a legitimidade passiva há de ser sempre daquele a quem cabe deflagrar o procedimento regulamentar, e não necessariamente do órgão legislativo.

2.6 Distinção entre a ação de injunção e a ADIn por omissão

A ação de injunção e a ADIn por omissão têm propósitos comuns. Destinam-se a combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, inércia constitucional decorrente da omissão do Poder Público na efetivação da norma regulamentadora.

Canotilho⁴, ao discorrer sobre as perspectivas da ação de injunção e da inconstitucionalidade por omissão no direito brasileiro, faz a seguinte observação:

Resta perguntar como a ação de injunção ou a ação constitucional de defesa perante omissões normativas é um passo significativo no contexto da jurisdição constitucional das liberdades. Se um mandado de injunção puder, mesmo modestamente, limitar a arrogante discricionariedade dos órgãos normativos, que ficam calados quando a sua obrigação jurídico-constitucional era vazar em moldes normativos regras atuativas de direitos e liberdades constitucionais; se, por outro lado, através de uma vigilância judicial que não extravase da função judicial, se conseguir chegar a uma proteção jurídica sem lacunas; se, através de pressões jurídicas e políticas, se começar a destruir “o rochedo de bronze” da incensurabilidade do silêncio, então o mandado de injunção logrará os seus objetivos.

O que pretendeu o constituinte de 1988 foi dar solução ao problema cultural da norma constitucional carecedora de regulamentação. Desse modo, visando a plena eficácia da Constituição, previu mecanismos para combater a inércia legislativa⁵, tradicional

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes (coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 367.

⁵ Para uma interessante análise dos debates ocorridos durante a Assembléia Constituinte de 1988 acerca dos dois mecanismos, cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 167-177.

estratégia jurídico-política que frustra as possibilidades de pleno uso dos direitos constitucionalmente assegurados. Assim, inovou com a criação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, parágrafo 2º) e com a criação do mandado de injunção (CF, art. 5º, LXXI).

Contudo, é importante não confundir a ação injuncional com a ação de inconstitucionalidade por omissão. São diferentes os legitimados, não são necessariamente julgados pelo mesmo órgão judicial, e as matérias sobre as quais podem incidir a ação de injunção são bem mais estritas do que no caso da ADIn por omissão. Aliás, é mister observar que a única semelhança entre os dois institutos reside no fato de ambos agirem contra a falta de regulamentação de determinados direitos e liberdades constitucionais.

a) Distinção quanto ao órgão julgador

Há notável distinção entre os dois institutos, na medida em que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão de órgãos administrativos e legislativos federais somente pode ser ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, I, *a*, da Constituição Federal.

Já a ação de injunção tanto pode ser impetrada perante o Supremo Tribunal Federal, como perante outros juízos.

O STF aprecia a ação de *injunção em sede de competência originária* na forma do art. 102, I, alínea *q*, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal. Em sede de *competência recursal ordinária*, na forma do art. 102, II, alínea *a*, cujo teor expressa que compete ao STF julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão. E, por fim, em sede de *competência recursal extraordinária*, na forma disciplinada pelo art. 102, inciso III.

A competência do STJ para julgar originariamente a ação de injunção encontra-se estabelecida no art. 105, I, alínea *h*, quando a

elaboração da norma reclamada for atribuição dos Ministros de Estado, dos Comandantes das Forças Armadas e do próprio STJ. Não há previsão de competência recursal ordinária do STJ; há apenas a competência especial, na forma do inciso III do art. 105, em causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados e do Distrito Federal.

Não traz a Constituição expressa competência dos Tribunais Regionais Federais e dos juízes federais para apreciar a ação injuncional. A única referência em relação à justiça Federal é que consta do art. 105, I, *h*, da CF, como exceção à competência do STJ. Daí muitos entenderem que houve descuido do Constituinte, eis que a sede própria para estabelecer tal competência seria a Constituição e não a Lei. Aliás, nessa linha já julgou o STF⁶, entendendo que o mandado de injunção contra entidade federal da administração indireta deve ser processado e julgado pelo STJ, por força do já citado art. 105, I, *h*, da CF.

Há, porém, quem entenda que o MI será originariamente julgado por Tribunal Regional Federal, se o ato impugnado for do próprio tribunal ou de juiz que lhe for vinculado; e pelos juízes federais, quando o ato omissivo atribuído a autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais, da justiça estadual, da eleitoral, da trabalhista e da militar, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição, nos termos do art. 105, I, *h*, CF.

No âmbito estadual a competência para apreciar o MI será estabelecida na respectiva Constituição e nas leis de organização judiciária, observados os princípios estabelecidos na Constituição da República.

b) Distinção quanto aos legitimados

Enquanto a ADIn por omissão só pode ser ajuizada pelos legitimados previstos no art. 103, incisos I a IX da CF⁷, o mandado de

6 MI-002/DF. Rel. Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento em 13 out. 1988. Tribunal Pleno (DJ 24 fev. 1989), p.1890.

7 O Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

injunção pode ser impetrado por qualquer pessoa (física ou jurídica) que se sentir prejudicada diante da falta de norma regulamentadora que impossibilite ou dificulte o exercício dos direitos e liberdades constitucionais ou das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

c) Distinção quanto à matéria

Conforme já destacado linhas atrás, o mandado de injunção possui objeto material limitado, só podendo ser impetrado em caso de ausência de norma regulamentadora referente a direitos e liberdades constitucionais, ou a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania.

Em sentido diverso, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não possui limite material, podendo ser ajuizada em relação a qualquer norma constitucional que esteja carente de regulamentação, contudo, submetendo-se à comprovação da pertinência temática⁸ por parte de alguns dos legitimados previstos no art. 103 (Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, confederações sindicais ou por entidades de âmbito nacional).

Em suma, tanto um quanto outro só se aplica às norma de eficácia limitada, sendo que a ação de injunção busca amparar o exercício do direito subjetivo ao passo que a ADIn por omissão ampara a efetividade da Constituição como um todo.

d) Distinção quanto aos efeitos da decisão

O mecanismo de controle do Poder Público no caso de omissão legislativa realizado pela via da ação direta encontra-se incluído no universo do controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado,

⁸ A pertinência temática decorre da jurisprudência do STF. Constitui em verdadeira condição da ação no controle abstrato de constitucionalidade, exigindo a relação entre a norma atacada e as atividades próprias exercidas pelo(a) respectivo(a) autor(a). Contudo, a maioria dos legitimados para propor ações no controle concentrado possuem legitimação ativa universal, de modo que podem ajuizá-las contra qualquer ato normativo, são eles: o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, o Procurador-Geral da República, o partido político com representação no Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Em relação a tais legitimados, em face de suas próprias atribuições institucionais, presume-se uma pertinência temática absoluta.

ao passo que a via da ação de injunção está mais afeita ao controle concreto, ou por exceção, evidentemente que com algumas restrições.

Isso já basta para se inferir que os efeitos das decisões preferidas assumem posturas distintas, bastando dizer que na ação de inconstitucionalidade por omissão o efeito é sempre *abstrato e erga omnes*, enquanto que na ação injuncional o efeito é *sempre concreto* e, por regra, *inter partes*. Apenas excepcionalmente esse efeito pode ser estendido para além das partes, em sendo adotada a teoria concretista geral, a exemplo do que ocorreu no julgamento dos MI nº 670; 708 e 712, de 25 out. 2007.

É preciso aqui observar que até bem pouco tempo o entendimento do STF era no sentido de que o mandado de injunção e a ADIn por omissão teriam efeitos igualmente abstratos, recaindo a diferença entre esses institutos no fato de o mandado de injunção se prestar a salvaguardar direitos, liberdades e prerrogativas subjetivas, ao passo que a ADIn por omissão visa salvaguardar a Lei Fundamental como um todo, independentemente de interesse específico.

Enfim, diversas são as diferenças entre os dois institutos aqui confrontados, destacando-se os seguintes aspectos: na ação direta a matéria é versada, tão somente, em abstrato, daí o alcance amplo da decisão; na injunção a matéria é versada, tão somente, em caso concreto, restringindo-se a tutela conferida ao âmbito das partes.

3 A SENTENÇA E SEUS EFEITOS NA AÇÃO DE INJUNÇÃO

Acirrado debate ainda prevalece entre os doutrinadores no que diz respeito à natureza da decisão a ser proferida pelo órgão jurisdicional no caso de procedência da ação de injunção. Mas já não se duvida de que tal decisão não é ato legislativo, nem em sentido formal nem material, mas provimento jurisdicional gozando da garantia do art. 5º, XXXVI, da CF, estando sujeita, inclusive, a ação rescisória.

3.1 Teorias que estudam os efeitos da decisão na ação de injunção

A propósito do tema, seguindo Alexandre de Moraes (2004, p. 185), destacaremos o pronunciamento do Ministro Néri da Silveira⁹, o

⁹ Ata da 7ª sessão extraordinária do STF, realizada em 16 mar. 1995 (DJ de 4 abr. 1995, Seção I, p. 8.265).

qual, com maestria e clareza, resumiu as posições existentes no Supremo Tribunal Federal em relação aos efeitos do provimento jurisdicional na ação de injunção. Confira-se:

Há, como sabemos, na Corte, no julgamento dos mandados de injunção, três correntes: a majoritária, que se formou a partir do Mandado de Injunção nº 107, que entende deva o Supremo Tribunal Federal, em reconhecendo a existência da mora do Congresso Nacional, comunicar a existência dessa omissão, para que o Poder Legislativo elabore a lei. Outra corrente, minoritária, reconhecendo também a mora do Congresso Nacional, decide, desde logo, o pedido do requerente do mandado de injunção e provê sobre o exercício do direito constitucionalmente previsto. Por último, registro minha posição, que é isolada: partilho do entendimento de que o Congresso Nacional é que deve elaborar a lei, mas também tenho presente que a Constituição, por via do mandado de injunção, quer assegurar aos cidadãos o exercício de direitos e liberdades, contemplados na Carta Política, mas dependentes de regulamentação. [...].

No destacado pronunciamento o Ministro Néri da Silveira adotou posição *intermediária*, entendendo que se devesse, em primeiro lugar, comunicar ao Congresso Nacional a omissão inconstitucional, estabelecendo prazo para este então providenciar a indispensável regulamentação ao exercício do direito constitucionalmente assegurado aos cidadãos. Asseverou, entretanto, que, em se mantendo inerte o Congresso Nacional no prazo assinalado, o Supremo Tribunal Federal poderia tomar conhecimento de reclamação da parte, quanto ao prosseguimento da omissão, e, a seguir, dispor a respeito do direito *in concreto*.

Nessa linha, completou o Ministro, tanto estaria resguardada a prerrogativa do Poder Legislativo de fazer a lei, enquanto órgão competente para a criação da norma, como também a possibilidade de o Poder Judiciário garantir aos cidadãos, assim como quer a Constituição, o efetivo exercício do direito nela assegurado, mesmo não havendo a elaboração da lei.

Em suma, as diversas posições em relação aos efeitos do provimento jurisdicional em sede de ação de injunção podem ser categorizadas em dois grupos, quais sejam: uma corrente concretista e uma corrente não concretista.

3.1.1 Teoria não concretista

Para esta corrente, a decisão judicial apenas decreta a mora do Poder Público, reconhecendo formalmente a sua inércia. Foi este o entendimento adotado pela jurisprudência dominante no Supremo Tribunal Federal, desde o advento da vigência da Carta de 1988 até bem pouco tempo, firmado no sentido de que o Poder Judiciário não reunia competência para suprir a inércia de outro Poder, limitando-se a proferir, na ação de injunção, um comando sentencial de mera ciência ao Poder competente para que este providenciasse a produção da norma faltante.

3.1.2 Teoria concretista

Segundo esta corrente, constatados os requisitos constitucionais exigidos para a ação de injunção, o Poder Judiciário, mediante decisão de natureza constitutiva, afirma a existência da omissão do Poder Público e implementa o exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa constitucional reclamada, até que sobrevenha regulamentação do poder competente. Essa posição admite duas variações:

a) Teoria concretista geral

Segundo os seus partidários, o provimento jurisdicional terá efeitos *erga omnes*, implementando o exercício da norma constitucional mediante uma normatividade geral, até que a omissão seja suprida pelo poder competente. Trata-se de uma posição de pouca aceitação, vez que estaria o Poder Judiciário substituindo o Poder Legislativo, incidindo em inegável agressão à separação dos poderes consagrados no art. 2º da CF.

b) Teoria concretista individual

Proclama que o provimento jurisdicional só produzirá efeitos em relação ao autor beneficiário do mandado de injunção, que exercerá plenamente o seu direito, liberdade ou prerrogativa prevista na norma constitucional.

Esta corrente ensejou duas derivações no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

- (I) *concretista individual direta*, defendida pelos Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio, para quem, ao julgar procedente a ação de injunção, o Poder Judiciário, de imediato, já implementa a eficácia da norma constitucional ao autor; e
- (II) *concretista individual intermediária*, produto da fusão entre a *corrente não concretista* e a *concretista individual*, defendida pelo próprio Ministro Néri da Silveira, para quem, sendo conferida a injunção, deve ser fixado um prazo de 120 dias para o Congresso Nacional providenciar a elaboração da norma regulamentadora. Somente ao fim desse prazo, se ainda ausente a perseguida norma, é que o Poder Judiciário poderá fixar as condições necessárias ao exercício do direito por parte do autor.

3.2 Evolução histórica da jurisprudência do STF quanto aos efeitos da decisão na ação de injunção

Nessas quase duas décadas de existência da ação de injunção, muita divergência tem marcado a questão dos efeitos da decisão de provimento da injunção, tendo o Supremo Tribunal Federal por inúmeras vezes se manifestado sobre a matéria, contentando-se num primeiro momento em declarar a omissão do Poder Público, negando efeitos concretos ao mandado de injunção, tendo então de suportar duras críticas da doutrina, muitos doutrinadores chegando a proclamar que o STF transformara o mandado de injunção em letra morta, em instrumento absolutamente ineficaz.

3.2.1 Adoção da teoria não concretista

Ao se deparar com a matéria pela primeira vez, quando do julgamento do Mandado de Injunção nº 107-3/DF¹⁰, os membros do Supremo Tribunal Federal já puderam sentir o tormento que teriam de enfrentar dali em diante. O julgamento foi marcado por muitos debates e divergências, formando-se, logo ali, duas correntes, a concretista e a não concretista. Venceu a corrente não concretista.

A partir desse primeiro debate prevaleceria por muito tempo o entendimento *não concretista*, segundo o qual o efeito da decisão na

10 MI nº 107/DF, STF - Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento de 21 nov. 1990. DJ de 2 ago. 1991.

ação de injunção é idêntico ao da ação de inconstitucionalidade por omissão, na forma do art. 103, § 2º, da CF. Restringia-se, portanto, o Supremo, a imprimir ao mandado de injunção basicamente os mesmos efeitos da ação de inconstitucionalidade por omissão, consistentes na mera declaração da omissão, sob o argumento de não poder obrigar o legislativo a legislar, mas apenas apontar a mora e recomendar que esta seja suprida.

Essa posição era defendida no próprio Supremo pelos ministros Sepúlveda Pertence, Moreira Alves, Celso de Mello, Ilmar Galvão, Octávio Galotti, Sydney Sanches, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Na doutrina, por Manoel Gonçalves Ferreria Filho e Hely Lopes, dentre outros.

Foi duradoura a prevalência do entendimento não concretista, cujo efeito mais profundo atribuído ao mandado de injunção, como assinalado, era o reconhecimento da inércia da autoridade ou do órgão público. Para alguns isso representou uma verdadeira esterilização do instituto, que assumiu a mesma função da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, quando o simples fato de coexistirem os dois institutos no texto constitucional já era o bastante para afastar tal identidade, eis que, nem por hipótese, pode-se admitir a criação de dois institutos para cumprir a mesmíssima função na ordem jurídica.

3.2.2 Adoção da teoria concretista individual intermediária

A posição não concretista predominou desde o nascimento da ação de injunção, com a chegada da Constituição Federal de 1988, e apenas excepcionalmente, num caso ou noutro, era adotada uma posição mais avançada, quando então o STF se aventurava a estabelecer um prazo para o órgão declarado omissor sanar a omissão, sob pena de se efetivar o direito reclamado, porém, valendo este apenas para a parte impetrante.

Como dito, era um entendimento excepcionalmente adotado, consistindo em posição intermediária entre a corrente não concretista e a concretista individual, logo passando a ser chamada de corrente concretista individual intermediária, defendida pelo Ministro Néri da Silveira. Por essa ótica, a Corte, ao declarar a omissão do Poder Público, fixava-lhe um prazo para suprir a omissão apontada, sob pena de, vencido esse prazo, o requerente passar a gozar o direito.

Esse posicionamento era comumente voto vencido do Ministro Néri da Silveira, mas acabou prevalecendo no julgamento do MI nº 232/RJ, cuja ementa assim enuncia:

Mandado de injunção. Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal. Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impoem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. MI nº 232/RJ. STF. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgamento de 02/08/1991. DJ de 27/03/1992.

Repita-se, esse posicionamento só prevaleceu em alguns poucos casos isolados, no que também destacamos aqui o julgamento do MI nº 438-1/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 19 dez. 1994.

3.2.3 Adoção da teoria concretista individual direta

Recentemente o órgão máximo do Poder Judiciário resolveu modificar sua postura no tocante ao mandado de injunção, apontando para a possibilidade de se firmar sobre uma posição concretista, salientando em recentes julgamentos o caráter mandamental e não simplesmente declaratório da ação de injunção, no sentido de caber ao Judiciário, por força do disposto no art. 5º, LXXI e seu § 1º, da CF, não apenas emitir certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito e liberdades constitucionais, as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, mas viabilizar, no caso concreto, o seu real exercício, afastando as consequências da inércia do legislador.

Talvez esse aceno do STF para a modificação da sua tradicional postura se deve à sua atual composição. O fato é que a partir do final de 2006 o STF passou a dar demonstrações de que está a rever sua posição quanto aos efeitos da decisão no mandado de injunção, adontando uma postura de vanguarda, apontando para a consolidação de uma posição

concretista, ora sob a versão concretista individual direta e ora sob a versão concretista geral.

Assim, deixou bem claro no julgamento da ação de injunção nº 721, datado de 27 set. 2006, no qual, adotando a *teoria concretista individual direta*, ante da constatação da lacuna legislativa, já cuidou em apontar uma solução concreta para o caso específico, viabilizando, desde logo, o exercício do direito pelo impetrante, com efeito apenas *inter partes*, defendida inicialmente pelos ministros Carlos Veloso e Marco Aurélio, e na doutrina, por Michel Temer, Flávia Piovesan, José Afonso da Silva, dentre outros.

No MI nº 721-DF, a parte impetrante, aduzindo laborar sob condições especiais, objetivava a *supressão da lacuna legislativa referente ao exercício do direito à aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º da CF/88*, com a consequente efetivação da pretendida aposentadoria pela aplicação do art. 57, da Lei nº 8.213/91. A Corte concluiu pela procedência parcial do pleito, para, de forma mandamental, assentar o direito da impetrante à aposentadoria especial de que cogita o referido art. 40, § 4º, da CF, efetivando-se tal aposentadoria mediante a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91. Confirma-se o seguinte trecho do voto condutor do julgamento, do Ministro Marco Aurélio¹¹:

É tempo de se refletir sobre a timidez inicial do Supremo quanto ao alcance do mandado de injunção, ao excesso de zelo, tendo em vista a separação e a harmonia entre os Poderes. É tempo de se perceber a frustração gerada pela postura inicial, transformando o mandado de injunção em ação simplesmente declaratória do ato omissivo, resultando em algo que não interessa, em si, no tocante à prestação jurisdicional, tal como consta no inciso LXXI do art. 5º da Constituição Federal, ao cidadão. Impetra-se mandado de injunção não para lograr-se de certidão de omissão do Poder incumbido de regulamentar o direito a liberdades constitucionais, a prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Busca-se o Judiciário na crença de lograr a supremacia da Lei Fundamental, a prestação jurisdicional que afaste as nefastas conseqüências da inércia do legislador. Conclamo, por isso, o Supremo, na composição atual, a rever a óptica inicialmente formalizada, entendendo que, mesmo assim, ficará aquém da atuação dos Tribunais do Trabalho,

11 MI nº 721/DF. STF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento de 30 ago. 2007. DJ de 30 nov. 2007, p. 29

no que, nos dissídios coletivos, a eles a Carta reserva, até mesmo, a atuação legiferante, desde que consoante prevê o § 2º do artigo 114 da constituição Federal, sejam respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho. [...].

A doutrina aplaudiu a nova postura, creditando ao voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, um fato inconfundível na evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto ao mandado de injunção, ensejando novos julgamentos sob essa mesma linha de idéias.

3.2.4 Adoção da teoria concretista geral

No dia 25 out. 2007, antes de completado um mês do julgamento do MI nº 721, com o julgamento de três mandados de injunção de uma só vez (MI nº 670, 708 e 712, contendo a mesma matéria), o STF demonstrava que não retomaria a postura tímida, *não concretista*, que lhe marcara por quase duas décadas. Decidiu nos referidos processos que o direito de greve dos servidores públicos civis, garantido na forma do art. 37, inciso VII, da CF, inviabilizado por falta de regulamentação, poderia ser exercido na forma da Lei nº 7.783/1989 (Lei Geral de Greve), utilizada por analogia, com algumas limitações e adaptações.

Em suma, decidiu o Tribunal, por maioria, conhecer dos referidos mandados de injunção, solucionando a omissão legislativa com a aplicação, no que couber, da Lei nº 7.783/89, a qual dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada¹².

Até então, o entendimento da Corte quanto ao direito de greve dos servidores públicos estava orientado pela teoria não concretista, na forma decidida no MI nº 20/DF (Rel. Min. Celso de Mello). Com o julgamento dos MI nºs 670; 708 e 712, o STF superava todas as expectativas doutrinárias, saltando da *teoria não concretista* para a *teoria concretista geral*, portanto, indo além dos postulados da *teoria concretista individual direta*, adotada no julgamento do MI nº 721-DF, no qual a providência concreta determinada se restringia à seara da parte impetrante, ao contrário da nova postura, pela qual, além de declarar a omissão do Poder Público, adotou providência de caráter ultra partes, alcançando assim todos os servidores públicos.

¹² Informativos nºs 308, 430, 462, 468, 480 e 484.

As três decisões acima destacadas foram resumidas na seguinte ementa:

O Tribunal, por maioria, conheceu do mandado de injunção e propôs a solução para a omissão legislativa com a aplicação da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, no que couber, vencidos, em parte, o Senhor Ministro Maurício Corrêa (Relator), que conhecia apenas para certificar a mora do Congresso Nacional, e os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, que limitavam a decisão à categoria representada pelo sindicato e estabeleciam condições específicas para o exercício das paralisações. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Lavrará o acórdão o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Não votaram os Senhores Ministros Menezes Direito e Eros Grau por sucederem, respectivamente, aos Senhores Ministros Sepúlveda Pertence e Maurício Corrêa, que proferiram voto anteriormente. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Cármen Lúcia, com voto proferido em assentada anterior. Plenário, 25.10.2007.

4 HIPÓTESES DE NORMAS ESSENCIALMENTE INCOMPLETAS

Não se duvide de que o pensamento humano deve sempre estar voltado para um sentido que indique a evolução da humanidade. Todavia, não se pode ignorar certas particularidades efetivamente existentes entre o real e o imaginário.

Com efeito, em que pese a indiscutível necessidade de se buscar cada vez mais a concretização dos direitos, garantias e prerrogativas constitucionais, e nisso vêm trabalhando incansavelmente a doutrina e a jurisprudência, é necessário alertar, como bem observa Ferreira Filho (2007, p. 158), que nem sempre será possível uma solução concretista na ação de injunção, porquanto nem todas as normas constitucionais sobre as quais incidem a ação injuncional são dotadas dos mínimos elementos indispensáveis a uma imediata efetividade no plano das concretudes. Confirmam-se os dizeres do referido autor:

Vale insistir que uma norma cai - normal e necessariamente - na categoria das não-auto-executáveis quando não é completa. Ora, em razão dessa incompletude é impossível seja ela aplicada, se não houver a regulamentação. Assim, quando a norma for intrinsecamente incompleta, e, portanto, inexecutável, o decurso de um prazo

fixado pelo STF nada acrescenta, nem muda, a norma continua impossível de ser executada, o direito que dela decorre não pode ser utilizado. No máximo, daí resultaria a obrigação de ressarcir perdas e danos. É verdade que, como já se apontou, muitas das normas constitucionais que esperam regulamentação não são incompletas, mas sim condicionadas a lei posterior que essencialmente dispõe sobre o momento de incidência - a oportunidade. Neste caso, sim, a orientação do STF é correta.

Apesar da louvável iniciativa da Corte Suprema de dar efetividade à ação de injunção, distinguindo-a da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em certas hipóteses afigura-se impossível a adoção da posição concretista, afastando, desde logo, as consequências da inércia do legislador, com a implementação do exercício do direito obstado. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese discutida no MI nº 721, em cuja decisão determinou o STF a aposentadoria especial do servidor público mediante a aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91.

A hipótese merece maior ponderação, porquanto o art. 40, § 4º, II e III, da CF, não autoriza a concessão de aposentadoria especial ao servidor público. Apenas prevê a possibilidade de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelos regimes próprios de previdência social, no caso de servidores que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Admitindo-se que o referido dispositivo confere realmente o direito à uma aposentadoria especial, como entendeu a excelsa Corte, não se pode olvidar do regramento constante do art. 40 *caput*, também da CF, segundo o qual o regime de previdência dos servidores públicos é de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Pois bem, revolvendo o teor da decisão proferida pelo STF no MI nº 721-DF, que determinou a imediata aplicação do art. 57 da Lei nº 8.213/91, satisfazendo concretamente a pretensão da impetrante mediante a concessão da aposentadoria especial, logo se constata que a Corte Suprema não atentou para o fato de que não se concede benefício previdenciário sem o devido custeio, custeio este que, em se tratando de servidor público, não pode simplesmente ser efetuado pela regras

aplicadas ao Regime Geral de Previdência Social, na forma da Lei nº 8.212/91, eis que os regimes de previdência dos servidores públicos adotam regras absolutamente distintas, não se resolvendo a questão por simples analogia.

Com efeito, os requisitos das prestações previdenciárias do RGPS e da Lei nº 8.112/1990 são distintos, assim como são diferentes as bases de financiamento e de diversos outros elementos a serem considerados quanto ao cálculo da renda mensal do benefício. Nos regimes próprios, há regras específicas e exclusivas, a exemplo do limite máximo do salário-de-benefício, proibição de retorno à atividade pela qual se deu a aposentadoria e outras particularidades indissociáveis do conjunto de cada plano de benefícios de caráter previdenciário. De todo modo, resta indiscutível que a linha decisória adotada pelo STF no MI nº 721-DF é temerária ao futuro dos regimes previdenciários dos servidores públicos.

Noutro giro, afigura-se absolutamente irrazoável admitir-se tão somente o alcance das normas consideradas benéficas aos segurados, na medida em que a Constituição professa, pelo menos desde o advento da Emenda Constitucional nº 20/1998, que sejam observadas na definição de regras para a concessão de benefícios, tanto no RGPS (art. 201, *caput*) quanto nos RPPS (art. 40, *caput*), as diretrizes mínimas no sentido de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial desses sistemas securitários.

Alerta-se para o teor do § 5º do art. 195, o qual exige expressamente a precedência da fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial. Por não estar regulamentada a aposentadoria especial dos servidores públicos, obviamente que não existe ainda, no plano concreto, o benefício e nem a sua fonte de custeio, propiciando o Pretório Excelso o exercício do direito prescrito, em tese, no § 4º do art. 40 da CF/88, *criando* assim uma nova modalidade de aposentadoria diferenciada no serviço público, congênere à figura da aposentadoria especial prevista nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. No âmbito do RGPS, deverá observar o referido § 5º do art. 195, indicando também a respectiva fonte de custeio para fazer face à nova despesa previdenciária.

Vale acrescentar que aposentadoria especial congênere do Regime Geral conta com fonte de custeio específica e destacada das

demais contribuições, consoante o disposto no art. 22, inc. II, da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, que trata da contribuição ao Seguro Acidente do Trabalho (SAT), *in verbis*:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

[...].

II - *para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991*, e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

a) *1% (um por cento)* para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;

b) *2% (dois por cento)* para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;

c) *3% (três por cento)* para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave (grifos acrescidos).

Além da contribuição ao SAT, mais afeita às prestações acidentárias, há também no RGPS a previsão de contribuição específica para o financiamento da aposentadoria especial, o chamado “adicional do SAT”, criado pela Lei nº 9.732/98, próprio para subsidiar a aposentadoria daqueles segurados expostos a agentes nocivos, após 15, 20 ou 25 anos de trabalho, cujos percentuais contributivos são, respectivamente, de 12%, 9% ou 6%, conforme a atividade exercida, incidente sobre a remuneração do segurado sujeito a condições especiais.

A fonte de custeio diferenciada para esta espécie de benefício tem uma razão de ser, harmonizando-se com o primado da isonomia. Primeiro, não é justo que aquele que se aposenta mais cedo contribua com os mesmos percentuais dos demais. Depois, se a aposentadoria especial aproveita somente a um certo número de segurados, não se justificaria ser o seu custeio rateado e suportado igualmente por todos os demais atores do sistema previdenciário.

Enfim, a execução da medida determinada certamente causará um grande embaraço no âmbito do RPPS ao qual se encontra vinculada a impetrante beneficiária da decisão, cuja sobrevivência está assentada na estreita observância de critérios que resguardem o equilíbrio financeiro e atuarial. Não estamos aqui a afastar a culpa do ente, órgão ou agente omissos a quem cabe a regulamentação da norma. Estamos, sim, louvando a nova postura do STF, ao tempo em que também ponderar sobre o que seria mais razoável e justo: efetivar-se o direito do impetrante individualmente considerado, comprometendo assim o direito de muitos; ou negar o direito ao impetrante e preservar o direito dos demais? Não se pode olvidar de que o sistema previdenciário constitui patrimônio social de toda a sociedade brasileira, cuja saúde financeira e atuarial é indispensável para a sua sobrevivência.

5 CONCLUSÃO

Conforme restou enunciado, a ação de mandado de injunção é criada do constituinte de 1988, sem nenhum outro instituto jurídico semelhante no direito comparado, tratando-se, portanto, de um instituto *made in Brazil*, cujo fim exclusivo é suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (CF, art. 5º, LXXI).

O mandado de injunção não é instrumento a ser utilizado para viabilização de direito assegurado apenas em lei, mas na Constituição, nos termos do art. 5º, LXXI, da CF/88, cuja normatividade carece de ulterior regulamentação. Destarte, a simples ausência de um direito assegurado em lei não basta para a impetração do *mandamus*, sendo *necessária a índole constitucional do direito*. Assim como a ADIn por omissão, a ação de injunção visa combater a “síndrome de inefetividade” das *normas constitucionais*, devendo ser satisfeitos os seguintes requisitos para o seu regular processamento: (I) a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, prescrevendo direitos, liberdades *constitucionais* e prerrogativas inerentes à *nacionalidade*, à *soberania* e à *cidadania*; e (II) a falta de norma regulamentadora, tornando inviável o exercício dos direitos, liberdades e prerrogativas acima mencionados.

Infelizmente, até o final de 2006, pouca praticidade teve o referido instituto, tendo em vista a postura tímida da jurisprudência predominante no STF, mediante a adoção da teoria não concretista,

restringindo-se a declarar a omissão legislativa, e permanecendo o indivíduo com seu direito obstado.

Isso gerou muito desgosto no meio doutrinário, chegando a produzir até mesmo um sentimento de descrédito em relação ao Poder Judiciário e aos entes e agentes públicos em geral incumbidos de deflagrar o procedimento normativo, e bem assim a decepção de todos por verem ignorado e ineficaz o instrumento jurídico inovador na Carta de 1988, criado justamente para combater a síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Mas a jurisprudência do STF aponta para novos horizontes. Primeiro com a adoção da teoria concretista individual direta; em seguida já rumo à máxima expectativa doutrinária pela adoção da teoria concretista geral. Possivelmente jamais nos livraremos da *síndrome da ineficácia das normas constitucionais*, mas o presente indica um futuro no qual contaremos com um instrumento capaz de realizar o intento do constituinte de 1988, que é plena eficácia da Constituição.

Efetivamente, não se pode deixar guiar pela idéia difunda por uns e outros, no sentido de que estaria o STF a legislar quando da adoção de uma teoria concretista e, pois, violando a separação dos poderes. Ao contrário, está apenas cumprindo o seu papel constitucional, sanando a falha existente no ordenamento jurídico até que se manifeste o órgão legiferante, afinal de contas, resta inequívoco que a Constituição Federal de 1988, ao cuidar dos direitos e garantias fundamentais, evidenciou que a promoção de tais direitos e garantias seriam tratados com absoluta prioridade pelo Estado Brasileiro, consolidando a máxima de que “a razão de ser do Estado é o bem-estar do seu povo”, e não o contrário.

De todo modo, a missão do Poder Judiciário é aplicar o direito ao caso concreto, não podendo ser obstado de exercer esse mister pela inércia de outro Poder, permitindo assim que haja lesão aos direitos constitucionalmente resguardados. Enfim, nos dizeres do Min. Eros Grau em seu voto-vista no MI nº 721-DF, “ao formular supletivamente a norma regulamentadora o Judiciário está exercendo função normativa e não legislativa”.

Entretanto, não se duvide da existência de situações em que não cabe a adoção de uma solução concretista na ação de injunção, porquanto nem todas as normas constitucionais sobre as quais incidem

a ação injuncional são dotadas dos mínimos elementos indispensáveis a uma imediata efetividade no plano das concretudes, configurando uma situação em que a regulamentação infraconstitucional acaba constituindo o núcleo do direito reclamado.

Enquadram-se nessa espécie as normas constitucionais concessivas de benefícios previdenciários, as quais normalmente dependem de regulamentação sobretudo quanto ao custeio, eis que a própria Constituição não admite a concessão de benefícios previdenciários sem que haja um prévio custeio. É o caso do art. 40, § 4º, da CF, objeto de análise pelo STF no MI nº 721-DF, cujo direito conferido, a aposentadoria especial, carece da imprescindível delimitação dos seus contornos, especialmente no que toca ao seu custeio, haja vista sua índole previdenciária e não assistencial.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 4. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira; BARROS, Clemilton da Silva. *Manual para concursos das carreiras jurídicas da AGU*. Campinas: Servanda Editora, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 11. ed., São Paulo: Método, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed., São Paulo: Atlas, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6.ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS FINANCEIROS PARA CORREÇÃO DE DISPARIDADES ECONÔMICAS NO FEDERALISMO FISCAL

Cleucio Santos Nunes

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos. Pós-Graduado em Direito Tributário pela PUC/SP. Professor licenciado da Universidade Católica de Santos e da UNIP de Santos nas áreas de Direito Financeiro, Tributário, Processual Tributário e Administrativo. Professor de Direito Financeiro e Processual Tributário do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB e da Escola Superior de Advocacia - ESA/OAB-DF. Advogado. Consultor Jurídico do Ministério das Cidades

Margaret da Silva Peres Nunes

Pós-graduada em Direito Processual Constitucional pela Universidade Católica de Santos. Professora licenciada da UNIP de Santos e do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB. Advogada. Procuradora-Chefe da Fundação Escola Nacional de Administração Pública – ENAP

1 INTRODUÇÃO

O tema das transferências de recursos prende-se íntima e profundamente à formação do Estado, mais exatamente ao Estado federado e ao princípio do pacto federativo. Tratar da necessidade de se transferirem receitas entre os entes de uma federação não permite prescindir de aspectos econômicos, históricos, sociológicos, políticos e estatísticos, os quais, devidamente articulados, podem explicar o estágio de desenvolvimento das regiões e lançam as projeções de crescimento equilibrado de toda a federação.

A noção que se extrai do conjunto normativo da Constituição (em especial dos artigos 1º, 3º, 18, 157, 158 e 159, todos da Constituição da República) remete ao conceito de que federalismo fiscal é a descentralização de atribuições e receitas às entidades subnacionais.¹

Esse compartilhamento de recursos financeiros para a execução de competências materiais cometidas pela Constituição conduz à delicada articulação de fatores econômicos e políticos que buscam explicação na história do desenvolvimento do país.

A distribuição de recursos financeiros dentro de uma federação pode comportar duas ordens de idéias. Pela primeira, pede-se a organização de um sistema que garanta a distribuição de receitas arrecadadas pelo ente central com competência tributária mais ampla, a fim de que seja repartida a riqueza nacional em níveis que possam atuar na execução das competências constitucionais estabelecidas para cada ente federado. É o que pretendem os artigos citados, os quais cuidam da repartição das receitas tributárias na federação. Esse sistema, devidamente pré-estabelecido e institucionalizado na Carta Política, opera em um regime obrigatório de distribuição, o qual se acopla de modo perfeito na previsão do artigo 25 da Lei Complementar 101, de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal, que distingue, sem definir propriamente, transferências obrigatórias de transferências voluntárias.

A outra forma de transferência de recursos não passa por um regime legal rígido de garantia de recursos, como ocorre com as transferências obrigatórias, já que estas são garantidas por disposições constitucionais. Assim, as transferências admitem também certa

1 GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinary. In: CONTI, José Mauricio (org.). *Federalismo fiscal*. Barueri:Manole, 2004, p. 17.

flexibilidade. Daí por que dependerão de previsões orçamentárias amplas e de disponibilidades financeiras. Por essa razão são consideradas *transferências voluntárias*, para distinguir do regime das obrigatórias. Tais transferências também estão aludidas no artigo 25 da Lei Responsabilidade Fiscal.

Assim, o quadro jurídico dogmático das transferências de recursos no âmbito do federalismo fiscal é amplamente regulado pela lei referida, podendo o regime das transferências ser *obrigatório* ou *voluntário*. Aquele decorre de disposição constitucional ou legal, ou ainda, das transferências do Sistema Único de Saúde – SUS. O outro, a contrário senso, será toda forma de transferência de capital que se alicerce em regime jurídico precário, porquanto inserido em disposições orçamentárias sem a garantia de disponibilidade financeira.

Neste trabalho, pretendemos demonstrar que as transferências de recursos no sistema federado são fundamentais. Talvez uma das justificativas da formação de um Estado federado esteja na necessidade de diminuir as desigualdades econômicas regionais, por meio de um esforço conjunto de entidades, sob a organização de um ente central.

Mas o futuro da federação não poderá lançar-se previsivelmente refém da prática de transferências de recursos sem uma solução de continuidade, sob pena de acirrar a situação de dependência dos entes federados ao governo central. Essa dependência, caso se torne desmedida, enfraquece a federação, pois nada adianta a Constituição dividir competências materiais, se os entes subnacionais não conseguem cumprir suas obrigações institucionais, em razão da dependência econômica ao governo central.

Para o exame adequado da formação da federação brasileira e dos mecanismos de distribuição de recursos entre os entes (transferências obrigatórias e voluntárias) do ponto de vista político e jurídico, a justificativa material do federalismo fiscal hodierno resulta da formação econômica brasileira.

2. ORIGENS DAS DISPARIDADES ECONÔMICAS BRASILEIRAS

Em quinhentos anos de história, a ocupação do solo para a agricultura, como base da economia brasileira, marcou os primeiros quatro séculos. A produção de bens de valor agregado (industriais) no

Brasil, somente se inicia com o fim do ciclo do café, na primeira metade do século XX. Mesmo antes da era da colonização, o país experimentou atividade econômica marcada pelo extrativismo, em especial o pau-brasil, que vai de 1501 a 1530, aproximadamente.²

Após a fase do descobrimento e a exploração do pau-brasil, a economia brasileira percorreu vários ciclos conhecidos, o que mais perdurou foi o da cana-de-açúcar, que evoluiu de 1530 a até meados de 1600, tendo encontrado seu apogeu entre 1646 e 1654. Apesar do seu franco declínio nessa época, a cana-de-açúcar se manteve como influente fonte de exportações até ser ultrapassada pelo café, no século XIX.³

O ciclo da cana-de-açúcar ajuda a compreender, em parte, as disparidades da formação econômica do país desde aquela época, em que a terra era distribuída por critérios pessoais entre o donatário das terras da coroa e os sesmeiros. O donatário recebia as terras e as distribuíam em sesmarias, as quais podiam se estender do Rio Grande do Norte a São Vicente, em São Paulo, em uma faixa territorial de trinta a sessenta quilômetros do litoral para o interior.⁴

A cultura da cana-de-açúcar explica a ocupação econômica do litoral brasileiro. A exploração do meio-ambiente da região e a formação de vilas e cidadezinhas deram ensejo à maioria das cidades economicamente desenvolvidas da atualidade.

O avanço para o interior se deveu ao ciclo do ouro, outra fonte da economia colonialista e mercantilista de Portugal. A Coroa somente passou a dar importância à lavra do ouro, com o declínio da cana-de-açúcar. A indústria açucareira não permitia a abertura de espaço para novos bens de produção. Além disso, as grandes reservas de metal localizavam-se no interior da colônia e os bandeirantes não eram, em um primeiro momento, exímios pesquisadores de metais preciosos. Na região de Goiás, chegou-se a observar tribos indígenas que usavam pequenos adornos em ouro, mas o acesso às minas era difícil e a cana-de-açúcar produzia lucros abundantes o bastante para sustentar a economia

² FURTADO, Milton Braga. *Síntese da economia brasileira*. 5ª ed. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos Editora, 1988, p. 9.

³ Idem, p. 19.

⁴ Idem, p. 20.

portuguesa. Por esses motivos, os primeiros anos de colonização se ativeram à monocultura agrícola como base da economia.⁵

Apesar de não existir precisão de datas, afirma-se que as primeiras minas de ouro descobertas no Brasil ocorrem na região do Arraial de Nossa Senhora do Ribeirão do Carmo, em 1696, atualmente conhecida como a cidade de Mariana, em Minas Gerais. Depois seguiram as descobertas de minas em Vila Rica (1698), Ouro Preto (1700), São João Del Rei (1705). Posteriormente, os bandeirantes rumaram para o norte, descobrindo ouro e diamante na Serra do Espinhaço e Serro Frio, na Chapada Diamantina (1729). A mineração também avançou para outras regiões da colônia, tais como Bahia, São Paulo, Pernambuco, Ceará, Maranhão e Pará, lugares em que as reservas eram mais raras.⁶

Assim é que o final do século XVII e o começo do século XVIII dão início ao ciclo do ouro no Brasil, retomando o modelo econômico extrativista do pau-brasil, porquanto para Portugal a extração do ouro tanto o de mina quanto o de aluvião era mais simples do que a industrialização da cana-de-açúcar.

Um dos principais efeitos do ciclo do ouro foi a migração e imigração de populações. De acordo com os dados históricos, as populações do nordeste e de São Paulo sofreram intenso êxodo em razão dos atrativos gerados com as descobertas das jazidas de ouro do interior do país.

Até os portugueses, sobretudo em razão das instabilidades políticas e econômicas de Portugal na ocasião, decidiram migrar em massa para a região das minas. O crescimento econômico e populacional da colônia foi tão relevante nessa época, que elevou o Brasil à condição de Vice-Reino português em 1763, deslocando-se a capital da colônia, de Salvador para o Rio de Janeiro, certamente por força do enfraquecimento da economia açucareira nordestina. O Rio de Janeiro, em razão da proximidade com a região das minas, era possuidor do principal porto de escoamento de ouro e diamantes.⁷

⁵ Idem, p. 50.

⁶ Idem, p. 51.

⁷ FURTADO, Milton Braga, *op cit*, p. 54.

O ciclo do ouro entra em declínio a partir de 1760. A forma atávica como se deu a exploração do metal nobre na colônia, era contrária ao planejamento de qualquer política econômica duradoura. O apogeu do ciclo da mineração ocorreu no reinado de D. João V (1706-1750), que foi marcado pelo absolutismo e pelo louvor à opulência do ouro, mediante a construção de obras suntuosas na metrópole.⁸

Em síntese, nada foi feito para conduzir o capital gerado com a mineração para atividades econômicas permanentes.

As populações que viviam a custa da mineração entraram em franco empobrecimento, já que nas zonas mineradoras não se desenvolveram culturas agrícolas capazes de compensar a escassez do ouro. O abastecimento dessas regiões durante o ciclo vinha do nordeste e do sudeste.

A queda da mineração no final do século XVIII voltou a impulsionar os portos do norte e do nordeste para a exportação de gêneros agrícolas, notadamente em função da Revolução industrial que se iniciava na Europa, gerando núcleos urbanos que necessitavam ser abastecidos de matérias-primas vindas das colônias americanas. Igualmente, a guerra da independência norte-americana e as guerras napoleônicas da Europa, propiciaram a volta da economia agroindustrial brasileira, sobretudo no norte e nordeste, impedindo profundos impactos na balança comercial portuguesa até meados do século XIX.

Com a retomada da produção agrícola, após a *febre mineradora*, inicia-se novo ciclo da economia brasileira, o que gerará profundos reflexos na distribuição demográfica do país e da produção econômica. Trata-se do café.

O café era bastante consumido na Europa desde 1650, tornando-se muito popular na primeira metade do século seguinte. No Brasil, as primeiras mudas aportaram por volta de 1727 na região do Pará.⁹ O café, de certa forma, compensou o fato de a mineração não ter chegado até a região norte.

8 De acordo com Milton Braga Furtado, "A Coroa portuguesa com o ouro do Brasil, além de doações e outros gastos, edificou a cidade de Mafra, construiu a biblioteca da Universidade de Coimbra e o aqueduto que abasteceu Lisboa". Cf. *Síntese da economia brasileira*, p. 60, n. 22.

9 FURTADO, Milton Braga, *op cit*, p. 104.

O início do ciclo ocorre efetivamente com o impulso dado à cultura cafeeira, por intermédio da Carta Régia de 1732, que recomendou ao Governo do Maranhão a expansão do plantio de café para abastecer o mercado português. Pela ação incentivadora da Companhia de Comércio do Pará e do Maranhão, o café se espalhou no final do século XVIII por boa parte do território nacional para atender ao mercado interno, com plantações esparsas que iam do Pará a Santa Catarina e do litoral a Goiás.

No início do século XIX, a exportação do café brasileiro teve como forte incentivo o fim das guerras napoleônicas da Europa e o aumento do consumo da bebida pelos Estados Unidos da América, neste último caso motivado pela alta do preço do chá importado da Inglaterra.

Apesar de iniciada no norte do país, a cultura do café tomou impulso na região do Vale do Paraíba. Isso porque o café, diferentemente da cana-de-açúcar, era produzido com acúmulo de capital econômico nacional, tais como escravos e animais de transporte, remanescentes do ciclo da mineração na região sudeste, o que tornou mais barata a expansão da atividade.¹⁰

Fatores climáticos permitiram rápido e surpreendente avanço da cultura do café no Brasil, notadamente no interior de São Paulo. No litoral, sobretudo do nordeste, a terra não oferecia condições muito propícias ao plantio em razão do intenso uso na cultura de cana-de-açúcar. Outro aspecto relevante que impulsionou a produção do café na região do Estado de São Paulo, relacionava-se com a ortodoxia dos custos de produção da cana-de-açúcar na região nordeste. Enquanto as demais regiões agroindustriais produtivas do país se voltavam para o café, o nordeste se arraigou cada vez mais à cana-de-açúcar, utilizando métodos rudimentares de produção, tais como água e animais na condição de forças motrizes dos engenhos. Nos países competidores, o rendimento era mais elevado em razão do uso de energia elétrica na produção da cana. Daí por que, os custos de produção eram mais

10 “A primeira grande região produtora de café foi o Vale do Paraíba, onde a média de produção atingiu de 30 a 40 arrobas por mil pés. Em 1860, o café procedia em grande parte daquela região, sendo 76% do Estado do Rio de Janeiro, 12% do setor paulista e 8% do sul de Minas Gerais. Mais tarde, ainda no século XIX, o Espírito Santo também se tornou produtor, porém de menor expressão”. Cf. FURTADO, Milton Braga, *op cit*, p. 106.

eficazes naqueles países do que no Brasil.¹¹

No começo do século XX, o país obtinha recordes de produção de café contra a diminuição da demanda internacional, já que o comércio da planta se tornou muito competitivo, notadamente nas colônias espanholas e francesas da América Central. Para defender a economia nacional sustentada basicamente no plantio do café, os governos da época adotaram incontáveis mecanismos de subsídios agrícolas. O principal deles era a compra do excedente e do café de má qualidade pelo Governo, a fim de manter os preços elevados para não prejudicar os cafeicultores.¹²

Por força dessa política econômica protecionista, o café se manteve como o gênero central da economia brasileira até os anos setenta, quando foi substituído pelos produtos manufaturados.¹³

Assim, no início do século XX, a economia nacional baseava-se praticamente na agroindústria, com alguns pequenos pólos industriais que se formavam nas proximidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. A partir dessa época já é possível estabelecer-se paralelo com a divisão econômica das regiões do país da atualidade.

Consoante a observação de Milton Braga Furtado, a “geografia econômica” do Brasil mostrava as seguintes “peculiaridades regionais”¹⁴: i) *Amazônia*: apresentava características de economia extrativista do látex; ii) *nordeste*: a cultura da cana-de-açúcar encontrava-se estagnada, mas desenvolvia pequenas produções de algodão, tabaco e cacau; iii) *sudeste*: notadamente em São Paulo, estava em franco ritmo de expansão da produção do café; em Minas Gerais, além do café, expandia-se também a agricultura de subsistência; iv) *sul e centro-oeste*: dedicava-se basicamente à pecuária, fornecendo charque, couro, peles e erva-mate.

Concomitantemente à produção cafeeira, mas sem prejuízo dela, iniciou-se o processo de industrialização do Brasil. Celso Furtado informa que no Nordeste se instalaram as primeiras fábricas, voltadas à

11 Enquanto nos países competidores do Brasil obtinha-se cerca de dez a doze por cento de açúcar da cana, no Brasil o rendimento não chegava a cinco por cento.

12 FURTADO, Milton Braga, *op cit*, pp. 109-110.

13 Idem, p. 112.

14 *Síntese da economia brasileira*, p. 106.

produção de tecidos, apesar de o aparecimento da indústria no país ter ocorrido de forma simultânea em quase todas as regiões economicamente ativas.¹⁵

A partir de 1885, máxime em razão do maior acúmulo de capital na economia agroexportadora e o aumento da população nas zonas urbanas, iniciou-se um surto de instalação de indústrias no país. O capitalismo industrial somente encontrou condições de se desenvolver com o fim da escravidão e a chegada de imigrantes artesãos, que eram atraídos pela promessa de incentivos salariais. Os resultados econômicos da produção cafeeira eram investidos em companhias de estradas de ferro, instituições financeiras, estabelecimentos comerciais e fabris.¹⁶ Esses fatores, provavelmente, forçaram a concentração de indústrias na região sudeste, mais exatamente em São Paulo.¹⁷

De acordo com Celso Furtado, a aceleração da concentração de indústrias no Estado de São Paulo inicia-se durante a Primeira Guerra Mundial, o que foi possível notar pelo aumento do número de empregados na indústria.¹⁸

Após o fim da Segunda Guerra, entre 1948 e 1955, a indústria paulista passou a responder por 45,3% do produto industrial,

15 FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 33ª ed. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 2003, p. 247.

16 Milton Braga Furtado aponta que a expansão industrial brasileira no final do século XVIII não encontrou condições de se espalhar tão facilmente como a cultura do café, em razão da contida produção de energia da época. Cf. *Síntese da economia brasileira*, 126.

17 Diferentemente das demais regiões do país, o crescimento da indústria paulista se deu sem contar com protecionismos alfandegários. Entre 1920 e 1930, as exportações de São Paulo (basicamente o café) ultrapassaram mais de 50% das exportações do país. São Paulo, igualmente, conseguiu a façanha de não trocar, em um primeiro momento, a lavoura e as importações pela indústria. Em verdade, estas se associaram à industrialização, o que concedeu mais força econômica ao Estado e inegável predominância política, o que permitiu que São Paulo enfrentasse o Governo Federal centralizador de Vargas, em 1932. Cf. FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2003, pp. 798-799.

18 “O censo de 1920 já indica que 29,1 por cento dos operários industriais estavam concentrados no Estado de São Paulo. Em 1940 essa porcentagem havia subido para 34,9, e em 1950 para 38,6. A participação do Nordeste (incluía a Bahia) se reduz de 27,0 por cento em 1920 para 17,7 em 1940 e 17,0 em 1950. Se se considerar, não o número de operários, mas a força motriz instalada, a participação do Nordeste diminui, entre 1940 e 1950, de 15,9 para 12,9 por cento”. Cf. FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*, p. 247.

correspondendo a um aumento de 6,3% no referido período, contra 9,6% da região nordeste, que decresceu 7,3%.¹⁹

A consequência dessa concentração foi a disparidade de renda per capita entre as regiões do país, e que só fez recrudescer ao longo dos tempos, principalmente entre sudeste e nordeste, cuja população cresceu significativamente contra a tendência de diminuição de renda da segunda metade do século XX.

3. A FUNÇÃO DA FEDERAÇÃO ANTE A OCORRÊNCIA DE DISPARIDADES ECONÔMICAS REGIONAIS

Com as disparidades econômicas era intuitiva certa tensão entre as regiões, o que historicamente foi amenizado, no Brasil, com o fluxo migratório de nordestinos para o sudeste, em especial para São Paulo. Daí a lúcida conclusão de Furtado²⁰:

“Assim como na primeira metade do século XX cresceu a consciência de interdependência econômica – à medida que se articulavam as distintas regiões em torno do centro cafeeiro-industrial em rápida expansão –, na segunda poderá aguçar-se o temor de que o crescimento intenso de uma região é necessariamente a contrapartida da estagnação de outras”.

De fato, a contrapartida da estagnação das demais regiões brasileiras em relação à prosperidade econômica do sudeste tornou-se real, especialmente pela concentração de indústrias em São Paulo. Em outros países do mundo a concentração de indústrias em determinada região também ocorreu, revelando ser uma tendência natural do desenvolvimento econômico a concentração de forças produtivas em determinada região.²¹ Percebeu-se, no entanto, uma vez iniciada a marcha da concentração, tal não se reverte espontaneamente.

É papel do Estado, no sistema federado, engendrar formas de diminuição dos efeitos deletérios das disparidades econômicas entre as regiões.

¹⁹ FURTADO, Celso, *op. cit.*, p. 247.

²⁰ *Idem*, p. 248.

²¹ São amplamente conhecidos os casos dos EUA, Itália e França.

Em geral, as causas que levam a essas disparidades estão associadas à escassez de recursos naturais da região menos favorecida. No caso do nordeste brasileiro, as condições climáticas de boa parte do interior, que sempre sofreu com os longos períodos de estiagem, explica o fato de o café, por exemplo, ter encontrado melhores condições de se expandir no sudeste. Outro ponto curioso, que justifica historicamente os baixos índices de desenvolvimento do nordeste, foi a condução política dada aos interesses voltados à produção de cana-de-açúcar. Os grandes engenhos, na medida em que não se modernizaram, perderam poder de competição no mercado internacional, ficando a cana-de-açúcar produzida no país praticamente confinada ao abastecimento do mercado interno.

O café cultivado no Sudeste, ao contrário, voltava-se ao mercado interno e externo, produzindo, inclusive, excedentes. O modelo de monocultura agrícola do café também contribuiu para que os Governos da época tendessem a preferir atender aos interesses econômicos dos cafeicultores do que aos dos senhores de engenho, num período em que a democracia se sustentava em bases incipientes. O resultado foi a perda paulatina de influência política dos governadores do nordeste sobre o governo federal.

Esse contexto de perda de força política motivada pelo esplendor da cultura do café no sudeste, explica de certa forma o fato de os recursos financeiros do capitalismo industrial, embora iniciado no Nordeste como se viu, rapidamente ter encontrado condições econômicas e políticas de se expandir no sudeste.

Apesar da faixa territorial atingida pela seca, não foram exatamente as vicissitudes climáticas que impediram as indústrias do nordeste de se expandir. Cremos que a influência econômico-política de São Paulo sobre a primeira república, propiciou a concentração dos investimentos industriais mais nessa região do que no nordeste. É relevante considerar que as dificuldades para obtenção de água influenciam nas opções do setor industrial. Mas se sabe que o flagelo da seca se resume à região do semi-árido nordestino e não a toda a região. Além disso, as técnicas de obtenção de água do subsolo ou do desvio dos cursos dos rios são antigas e poderiam ter, inclusive, servido de fundamento para o combate da seca desde então.

O caso da região norte não é tão complicado quanto o nordeste, pois que a concentração de pessoas é menor, uma vez que na história do desenvolvimento econômico brasileiro, essa região ficou destinada à produção da borracha e foi poupada dos sucessivos ciclos econômico por que passou o Brasil.

Terminado o ciclo da mineração, o centro-oeste encontrou sua vocação para a pecuária e alguma plantação de café. O sul se inclinou também à criação de gado e outros animais de corte, fornecendo insumos para indústrias correlatas a esses bens. Esses fatores, notadamente a cultura de subsistência do sul e do norte, aliada às condições climáticas mais favoráveis, diminuíram os efeitos deletérios da disparidade de renda entre o sudeste e essas regiões.

4. OS EFEITOS DAS DISPARIDADES ECONÔMICAS ENTRE AS REGIÕES

Em um país com a extensão territorial do Brasil, a correção das disparidades econômicas não é tarefa fácil. Em compensação, os efeitos negativos trazidos pelas disparidades econômicas entre as regiões atravessam tranquilamente as fronteiras entre os Estados, sobretudo em razão da integração do sistema monetário.

O primeiro efeito de ordem prática é a *migração*. O fluxo de mão-de-obra para as regiões de maior produtividade provoca pressão de diminuição do nível de salários, já que aumenta a oferta de mão de obra. O efeito desse crescimento é que os salários deixam de acompanhar o aumento real de produtividade. Se por um lado o aumento de produtividade faz crescer a rentabilidade das empresas (industriais), por outro lado afeta o consumo, porquanto diminuindo a renda do trabalhador pelo excesso de oferta de mão-de-obra, esse achatamento empurra a alocação de recursos normalmente para a compra de gêneros de subsistência. O preço dessas mercadorias, em geral, é ditado pelo nível de renda dos consumidores. Isso leva a um efeito em cadeia, uma vez que o comércio terá que oferecer preços mais baixos para ter mercado, provocando diminuição de rentabilidade sobre o comércio.

A migração também direciona o capital das regiões mais pobres para as mais ricas, eis que a prosperidade econômica atrai capitais de todas as origens. O efeito é que o pouco de capital formado na região menos favorecida migra para a região mais rica, igualmente ao fluxo de

mão-de-obra, elevando os índices de pobreza.

Em termos comparativos, considerando que os custos de produção das regiões mais pobres são elevados, o efeito é que a mão-de-obra nessas regiões torna-se relativamente mais alta quando comparada com o custo de mão-de-obra das regiões mais prósperas. Esse cenário de escassez de recursos gerados na economia local, somente se resolveria do ponto de vista estritamente econômico, caso pudessem ser importados gêneros alimentícios subsidiados pelo governo para abastecimento da região.

Apesar da migração das regiões brasileiras menos favorecidas para a região sudeste ter sido um dado histórico relevante, não se ignora que a região nordeste manteve-se densamente povoada, ao menos em sua parte úmida. Somente nos anos oitenta, o nordeste encontrou certa vocação para a indústria do turismo. A partir da estabilização monetária dos anos noventa, essa atividade econômica se intensificou, mas não a ponto de atender as necessidades sociais da vida urbana, já que o turismo se não desenvolveu em condições semelhantes às oferecidas nos grandes centros urbanos do sudeste.

Somente a industrialização da região nordeste poderia atenuar as disparidades econômicas entre as duas regiões mais citadas neste ensaio. O problema se potencializa, à medida que as disparidades econômicas brasileiras se relacionam também com outras regiões, em especial as regiões norte e centro-oeste.

Em uma federação, a convivência em condições econômicas tão díspares não é benéfica. Fora dificuldades observadas no campo da economia, subsistem tensões políticas que às vezes se maturam a ponto de eclodir em movimentos separatistas, ou na forma velada de odioso e sutil preconceito econômico.

De volta ao ponto, o governo central, no sistema federado, acaba tendo que assumir a tarefa de ser distribuidor e re-distribuidor da riqueza quando a solução econômica não é viável por fatores naturais, como, por exemplo, o desenvolvimento da agricultura.

Quando tais condições desfavoráveis podem ser superadas, a escolha está na ordem política. De fato, a concentração de capital e sua aplicação nos empreendimentos econômicos não são casuais. A

concentração de recursos financeiros por parte dos particulares de determinado segmento é atraída diante de um processo automático, uma vez que a mão-de-obra disponível se concentra proporcionalmente à concentração da atividade econômica mais vantajosa.

No caso da comparação histórica entre a agroindústria e a indústria de bens de valor agregado, esta amealhou inúmeras vantagens sobre a primeira, uma vez que permitiu mais rentabilidade em menor tempo. A industrialização, por sua vez, transformou os modos-de-ser da sociedade para atender suas vicissitudes, o que rendeu espaço à ampla e rápida urbanização do espaço territorial brasileiro.

5. AS DISPARIDADES ECONÔMICAS NAS DIVERSAS FORMAS DE FEDERALISMO

De acordo com a teoria política, os Estados podem se organizar, basicamente, de duas formas: Estados *unitários* ou *federados*. O Estado unitário tem “um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político”.²² Nessa modalidade o Estado é inteiramente abstrato, isto é, trata-se de uma dimensão territorial geral que não se subdivide, desalojando o homem de sua ligação com a terra: a região em que nasce. No estado unitário, se por um lado não existe divisão político-formal das regiões, o que pode abrandar conflitos em torno de diferenças geográficas; por outro, afasta o indivíduo da materialidade territorial, projetando-o a uma identidade falsa e abstrata de ser somente membro de um Estado nacional, cujas fronteiras são apenas o país vizinho.

Nos Estados federados, por sua vez, a relação de intimidade entre o indivíduo e a região é profunda e constante, afetando suas atitudes. Não seria nenhum exagero considerar a existência de um componente psicológico, formado por laços culturais que se constroem em determinada região desde o nascimento, podendo cegar alguns da realidade em que está inserido, ou elevar o poder de crítica de outros a ponto de querer mudar o local onde nasceu ou mudar-se dele.

Doponto de vista da Teoria Geral, o Estado federado se distingue pela conjugação de “vários centros de poder político autônomo”.²³

²² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 254.

²³ Idem, *ibidem*.

A investigação que se pretende, neste item, é desvelar se a necessidade de formação de Estados federados, em especial o Brasil, decorre de fatores meramente políticos, ou se aspectos econômicos pesam nessa tomada de posição. O relevante é saber se as disparidades econômicas são, efetivamente, características negativas do federalismo ou se tais diferenças não seriam intrínsecas a essa forma de organização política do Estado. Assim, próprio federalismo engendraria mecanismos eficientes que possam ser adotados para redução das desigualdades regionais.

Para se enxergar a relação do federalismo com o tema das disparidades econômicas, é necessário que se penetre nas sutis variações dos modos-de-ser entre Estados unitários e federados. Observe-se que os conceitos de *unitarismo* e *federalismo* na verificação empírica de como os Estados têm se desenvolvido, levam a uma distinção importante. Trata-se dos conceitos de *descentralização* e *não-descentralização*.

Dalmo Dallari observa que há autores que consideram existir uma terceira forma de Estado, na composição do Estado Moderno. É o alcunhado Estado Regional, “menos centralizado do que o unitário, mas sem chegar aos extremos de descentralização do federalismo”.²⁴ Essa classificação, contestada pela maioria dos autores, tem como fundamento da crítica a constatação de que esse suposto Estado Regional, como é o caso da Espanha e da Itália, “é apenas uma forma unitária, um pouco descentralizada, pois não elimina a completa superioridade política e jurídica do poder central”.²⁵

A inserção de uma terceira categoria de Estado talvez não seja absolutamente necessária quando se reflete sobre os conceitos de *descentralização* e *não-descentralização*. O fato de o Estado unitário ser definido como um território governado por poder central, não impede, empiricamente, que esse mesmo território possa se *descentralizar* mais facilmente do que faria um Estado federado. Isso demonstra que a divisão geopolítica dos Estados, seja qual for sua formação (unitário ou federado), é muito mais didática, formal e política do que material, concreta e econômica. Daí por que, mesmo em Estado unitário é possível existir disparidades econômicas entre as regiões politicamente não divididas.

24 DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 254.

25 Idem, *ibidem*.

No Estado federado, entretanto, a divisão das regiões em unidades é medida necessária para sua caracterização. Portanto, o Estado federado é descentralizado por excelência. Assim, conclui-se que a *descentralização* pode ser característica comum tanto para os Estados federados quanto aos unitários.

O ponto é saber qual diferença poderá ser estabelecida entre as descentralizações de Estados federados e de Estados unitários.

Bruno Thérét distingue as descentralizações dos Estados federado e unitário, afirmando que nos Estados unitários a *descentralização* é *não-qualificada* ao passo que no federalismo admitem-se duas espécies de *descentralização*: uma que é *qualificada*; e outra, considerada como *não-concentrada*.²⁶

De acordo com o autor, nos sistemas federados, a *descentralização qualificada* implica no estabelecimento de relação de dependência com o governo central, que coordena e lidera as competências comuns. No caso da *descentralização não-concentrada*, as competências constitucionais dos entes subnacionais (federados) são nitidamente distintas e não se comunicam necessariamente. Essa é a diferença entre as duas espécies de *descentralização* no federalismo.²⁷

Essas distinções não são fáceis porque a organização dos Estados federados não segue modelo pasteurizado, capaz de ser neutra e magicamente presa em uma fórmula ideal ou universal de federalização. No caso do Brasil, apesar de existir autonomia entre as entidades federadas (CF, art. 18), várias competências materiais são comuns a todos os entes. Na maioria das vezes, cabe à União estabelecer as normas gerais para o alcance da finalidade pretendida com tais atribuições constitucionais (CF, art. 23 e parágrafo único).

A coordenação política do governo central deflagra a instabilidade sistêmica do federalismo, quanto a uma distinção estanque e pura com o regime unitário descentralizado. A legitimidade constitucional do governo central de estabelecer normas gerais para a consecução de políticas regionais, como sucede com a previsão da

26 THÉRÉT, Bruno. O federalismo com princípio de regulação do regionalismo: uma análise dos programas de perequação destinados a compensar as desigualdades inter-regionais na América do Norte. In: *Contexto internacional*. Rio de Janeiro, vol. 20 n° 1, jan/jun 98, p. 116.

27 Idem, *ibidem*.

Lei Complementar a que se refere o parágrafo único do artigo 23, ou a autoridade da União para estabelecer normas gerais em matéria de competência legislativa concorrente (CF, art. 24, § 1º), são sinais fortes da existência de intrínsecas instabilidades econômicas e políticas entre as regiões federadas. Daí por que, só é absolutamente seguro distinguir um sistema federado de um sistema unitário, já que ambos admitem descentralização, quando estiver presente somente a característica da *descentralização não-qualificada* (dos Estados unitários) em contraponto à *descentralização não-concentrada* (dos Estados federados).

Feita essa preleção, resta analisar os mecanismos de redução das desigualdades regionais dentro do federalismo, quaisquer que sejam suas características funcionais.

6. TRANSFERÊNCIAS DE RECURSOS COMO INSTRUMENTOS DE REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES REGIONAIS NO FEDERALISMO

Desigualdades econômicas podem ocorrer tanto em Estados federados quanto unitários porque a produção econômica nasce, em regra, antes da formação jurídica dos países e de sua geopolítica interna. Nos Estados unitários, cuja base jurídica de formação é a centralização de competências, as tensões geradas pela desigualdade regional talvez não sejam tão perigosas quanto nos Estados federados, uma vez que no unitarismo as competências materiais são centralizadas, razão pela qual todas as regiões são destinatárias da política de desenvolvimento, sem se priorizar uma ou outra região. Por outro lado, a centralização do unitarismo não é tão eficiente na solução das desigualdades, porquanto a centralização das políticas distancia a autoridade central das necessidades públicas e também só é viável em países de reduzidas dimensões territoriais.

Em relação aos Estados federados, as diferenças econômicas, *regionais*, podem até ser enxergadas como causa necessária para forçar a criação de uma federação. As disparidades econômicas já analisadas quanto a sua natureza e motivos, no caso brasileiro, ocasionam a formação de uma estrutura centralizada com poder de arrecadação forte para a distribuição equânime da riqueza nacional.

A federação brasileira é muito mais uma centralização de competências tributárias em poder da União, do que a distribuição de autonomia institucional entre as unidades federadas. É certo que, por

outro lado, a Constituição municiou cada ente federado de competências tributárias para fazer frente às suas obrigações institucionais.²⁸

Assegurando competência para instituir e arrecadar impostos, permitiu a Constituição que se efetivasse a autonomia das entidades federadas em sentido formal, isto é, são os Estados, o Distrito Federal e Municípios autônomos, porque possuem competência tributária para exigir os impostos previstos nos artigos 155 e 156 da Constituição da República.

Resta saber se a divisão de competências atende às vicissitudes e carências públicas dos entes federados, uma vez considerada a realidade econômica em que cada região está inserida. Isso não se confunde, embora guarde alguma relação, com a controvertida discussão sobre a suficiência dos recursos financeiros gerados a partir dessa divisão de competências. O que está em análise não é exatamente se a União arrecada mais do que Estados e Municípios, mas qual o seu papel enquanto ente central na distribuição da riqueza pública. A pergunta que se segue é, caso se invertesse a lógica, e os Municípios e Estados tivessem poder de arrecadar superior à União, haveria menos disparidades regionais? A resposta vem depressa: enquanto nas regiões menos favorecidas não forem geradas as condições necessárias para o caminho do desenvolvimento, a arrecadação de tributos é fator secundário porquanto espelhará as pequenas propriedades e riquezas da própria região.

Primeiramente, portanto, é aconselhável fazer-se uma distinção. A Constituição muniu a federação de meios de redistribuição das receitas tributárias auferidas pelos entes. O próprio texto da Constituição demonstra que a divisão da competência tributária, por si só, não é bastante para o cumprimento efetivo das obrigações constitucionais entregues aos entes federados. Tanto assim que a Constituição previu mecanismos de repartição de receitas tributárias nos artigos 157 a 159, com a nítida pretensão de satisfazer as necessidades de Estados e Municípios para se desincumbirem de suas obrigações constitucionais, as quais são encontradas nos art. 23, 25 e 30, todos da Constituição.²⁹

²⁸ BERTI, Flávio Azambuja. *Direito tributário e princípio federativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 184.

²⁹ *Idem*, p. 193.

Isso não se confunde com as metas de redução das disparidades econômicas, pois que estas têm como pano de fundo a desproporção de arrecadação entre umas e outras regiões frente às mesmas necessidades.

Por isso é salutar que a União mantenha políticas de resolução das carências econômicas regionais através de repasses de recursos financeiros. Sucede que a prosperidade da federação não pode se resumir à política de transferências, que possui caráter essencialmente emergencial. Em médio e longo prazos, as políticas de repasse tendem a agravar a relação de dependência econômica entre a região pouco favorecida e a mais próspera.

Daí por que as políticas de transferências de recursos não podem ter o viés unicamente assistencial, mas de programação de metas de geração de condições econômicas.

As políticas de repasses voluntários de verbas devem ser acompanhadas de micro-programas de incentivos fiscais e auxílio direto aos empreendedores, de modo que se conquistem índices de produção capazes de dirigir os excedentes de capital das demais regiões para inversões nas localidades menos desenvolvidas.

O grande obstáculo de se programarem políticas duradouras de transferências voluntárias de recursos, na forma do artigo 25 da Lei de Responsabilidade Fiscal, reside nos critérios que justificam as transferências. A verticalização desses critérios unicamente pelo poder central da União, ainda que o processo de decisão tramite pelo Poder Legislativo federal com a aprovação da lei orçamentária, leva ao risco de se aleijarem regiões por fatores relacionados a aspectos de afinidade política ou de escassez de recursos financeiros. Nesse caso, a União, por ter controle dos recursos, leva sempre vantagem no poder de decisão de distribuição das transferências.

O que se tem defendido é que a redução das desigualdades sociais e econômicas passa por um processo permanente de negociação entre o ente central e as diversas regiões.³⁰ No caso do Brasil, essa

30 Na comparação com os sistemas federados do EUA e do Canadá, Bruno Thérét explica: “Enquanto nos EUA, a redução pública das desigualdades econômicas entre estados é fraca e só pode vir, em caso de urgência, de uma intervenção centralizadora e autoritária de Washington, no Canadá esse tipo de intervenção pública é permanente e objetivada nos programas de perequação dos recursos das províncias,

negociação tem se dado na elaboração da lei orçamentária anual da União, na medida em que se destinam verbas de emendas parlamentares para ações regionalizadas, assim como o próprio orçamento fiscal da União contempla transferências voluntárias para políticas regionais.

De fato, uma regionalização institucionalizada por Conselhos Intergovernamentais ou outra qualquer entidade que possa dialogar com o governo federal em igualdade de condições, parece ser um elemento de destaque que merece análise mais profunda da comunidade jurídica.

Observe-se que a negociação se daria no âmbito da entidade regional com representação do governo federal, com a diferença de que esta não verticalizaria a proposta de repasse de recursos, mas a distribuiria com base na apresentação de dados concretos relativos às necessidades da região. Acoplado à transferência, deveria existir planejamento de como tais recursos poderiam ser convertidos em oportunidades de geração de renda para a região.

7. CONCLUSÃO

De tudo que se examinou, fica o entendimento de que cada obra realizada com recursos federais, no fundo, significa que no empreendimento também se encontram recursos do próprio beneficiário, com a diferença que não foram arrecadados por ele, mas pela administração central. Na mesma obra também estão alojados, indiretamente, recursos financeiros das demais entidades federadas, justamente porque o modelo de federação brasileiro, consoante se esclareceu, é de *descentralização qualificada*. Assim, as transferências do governo central para as demais unidades federadas não impede que se conclua que os recursos são financeiramente administrados pelo ente central, porém, legitimamente, a causa política de sua arrecadação reside nas disparidades regionais, razão pela qual os recursos são também de titularidade do ente beneficiário.

que são, certamente, federais, mas onde o poder discricionário de Ottawa é limitado, já que os programas são submetidos a regras de distribuição formalizadas explicitamente e negociadas regularmente entre governo federal e os governos provinciais. Em outros termos, o Canadá apresenta, positivamente, condições de uma regulação federal do regionalismo, enquanto os EUA fazem com que elas apareçam em negativo e onde a ausência de perequação institucional cede lugar, para manter a unidade territorial da União, a um processo de centralização". Cf. O federalismo com princípio de regulação do regionalismo, *op. cit.*, p. 127.

Esses fundamentos levam à idéia de integração econômica entre as regiões, já que a unidade política é pressuposto da federação e cláusula pétrea constitucional.

Com efeito, aliado às políticas de desenvolvimento local é necessário que se desenvolvam planos de integração entre as regiões, a fim de que compartilhem a riqueza de forma integrada.

Daí por que, se nos tempos atuais a industrialização é uma das saídas para o desenvolvimento, isto deve ocorrer, de forma sustentável e integrada em todas as regiões. Paralelamente, a agroindústria de cada localidade terá que possuir condições de atender à demanda interna de sua região, sem a necessidade de que o abastecimento regional dependa do fornecimento de gêneros vindos com melhor preço das regiões mais prósperas.

O resultado da integração econômica entre as regiões do país é a adequada relação de dependência econômica entre todas as regiões, de modo que a prosperidade de uma não implica a estagnação de outra, mas o crescimento de todas as regiões em bases mais equânimes e menos díspares.

Talvez o principal obstáculo para que não se tenha conseguido obter o crescimento econômico ideal com diminuição das disparidades econômicas regionais, resida nas obrigações entregues aos Municípios pela Constituição de 1988, o que retira a alocação de recursos em investimentos que atraiam industrialização e integração regional. Nem se fale das competências específicas do artigo 30 da Constituição, pois que essas variam de acordo com aspectos peculiares do interesse local. Porém, os serviços públicos de educação, saúde e as competências materiais comuns listadas no artigo 23 da Carta Política, realmente, afetam as finanças municipais, máxime nas localidades em que o desenvolvimento econômico não chegou ou depende de fatores exógenos, como o abastecimento das áreas urbanas com insumos vindos das regiões mais desenvolvidas.

Para romper o ciclo vicioso da dependência no federalismo, políticas de geração de renda necessitam ser implantadas de forma sustentável. Tais políticas devem estar contidas na lógica das transferências. Dito de outro modo, cada transferência voluntária realizada deveria ser precedida de um plano de desenvolvimento

econômico da região beneficiada, sob pena de não atender sua finalidade.

A federação não deve existir somente para distribuir a riqueza nacional através de sistemas mecanizados, que não encontram soluções aos problemas sociais e econômicos que teriam justificado a formação do Estado federado. Fica a certeza de que a prática das transferências de recursos para as regiões mais pobres deve ocorrer como instrumento provisório de adequação ao fim último do federalismo, que deve ser, antes de tudo, assegurar tranquilidade política para o exercício de competências específicas, com menos dependência financeira do ente central.

8 REFERÊNCIAS

BERTI, Flávio Azambuja. **Direito tributário e princípio federativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2003, pp. 798-799.

FURTADO, Milton Braga. **Síntese da economia brasileira**. 5. ed. São Paulo: Livros Técnicos e Científicos, 1988.

GOLDBERG, Daniel K. Entendendo o federalismo fiscal: uma moldura teórica multidisciplinar. In: CONTI, José Mauricio (org.). **Federalismo fiscal**. Barueri: Manole, 2004.

THÉRET, Bruno. O federalismo com princípio de regulação do regionalismo: uma análise dos programas de perequação destinados a compensar as desigualdades inter-regionais na América do Norte. In: **Contexto internacional**. Rio de Janeiro, vol. 20 nº 1, jan/jun 98.

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA AMBIENTAL

*Ewerton Marcus de Oliveira Góis
Advogado da União e mestrando em Direito
das Relações Internacionais no Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB).*

Sumário: 1 Introdução. 2 As gerações de direitos fundamentais e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 3 Ações constitucionais, meio ambiente e o controle da administração pública. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As Impende consignar, desde já, a necessidade de ser atribuída a devida importância à proteção ao meio ambiente como condição de garantia da sobrevivência da humanidade, em especial, no que toca às gerações futuras.

Inegável registrar que os danos ambientais ultrapassam fronteiras, não mais se confinando a limites geográficos. Desta feita, é fundamental um posicionamento preciso por parte de todas as Nações no sentido da proteção do meio ambiente, sobretudo, o Estado Brasileiro, detentor de grandes reservas ambientais.

Na abordagem inicial do tema proposto, imprescindível desenvolver a idéia do direito ao meio ambiente inserido no rol dos direitos fundamentais. Nesta análise, mister trazer à lume as diversas dimensões dos direitos fundamentais e sua positivação na seara constitucional.

Os direitos fundamentais, pode-se dizer, consistem na própria razão de ser do direito constitucional. Não há como negar que a finalidade capital inicialmente atribuída à Constituição era garantir tais direitos, estabelecendo uma organização limitativa de poder por meio de um sistema de freios e contrapesos. Inúmeros autores, por todos Ronald Dworkin, ressaltam a fundamentação moral e universal dos direitos fundamentais, e veem no constitucionalismo a garantia de sua indisponibilidade em face de maiorias legislativas ocasionais.

Nesse contexto, a Constituição Brasileira fornece mecanismos jurídicos que permitem o exercício da cidadania ambiental, constituindo, por vezes, em medidas essenciais de controle da Administração Pública, eis que, não raro, o próprio Estado é o agente causador do dano ambiental.

No presente estudo, pretende-se analisar brevemente as ações constitucionais do Mandado de Segurança e da Ação Popular como instrumentos ao exercício da cidadania ambiental, objetivando a proteção do meio ambiente e destacando seu papel no controle da Administração Pública.

2 AS GERAÇÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Sublinhe-se que os direitos fundamentais encontram-se em permanente processo de transformação, evolução e fortalecimento, em face, sobretudo, das mudanças históricas e das carências humanas, motivo pelo qual grande parte da doutrina, ao tratar do tema, o partilha em gerações, ou dimensões, como preferem alguns. De toda sorte, importante frisar que as sucessivas gerações ou dimensões em nenhum momento se excluem, pelo contrário, se complementam, conferindo uma proteção cumulativa e indivisível, tanto no âmbito do direito constitucional interno como na seara do direito internacional dos direitos humanos.

Assim, vale aduzir que os direitos de primeira geração são aqueles de índole negativa, cujas raízes remontam à doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVIII, dirigidos a uma conduta negativa do Estado, aqui inseridos os direitos à liberdade, à igualdade e à vida.

Na linha evolutiva da matéria, no transcorrer do século XIX, em especial após as consequências advindas da Revolução Industrial, foi atribuído ao Estado comportamento ativo no implemento do bem-estar social, de matiz positiva, consistindo nos direitos de segunda geração, tais como, assistência social, saúde e educação. Assim, a Constituição que nasceu com a idéia de limitação de poder, Constituição-garantia, passou a ostentar um amplo programa de reformas sociais a serem concretizadas pelos governos, sendo, então, reconhecida como Constituição-dirigente.

No século XX, sobretudo no segundo pós-guerra, afloram os denominados direitos de terceira geração, ou direitos de fraternidade ou de solidariedade. Nos dizeres de Ingo Sarlet¹, desprendem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Dessarte, tem-se como nota distintiva dos demais sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, aqui inserido o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida.

1 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 57.

Afirma Paulo Bonavides², com fulcro nos ensinamentos de Karel Vasak, ex-Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, que o direito ao meio ambiente pode ser inserido dentro dos direitos de terceira geração, sob a alcunha de direitos da fraternidade, tendo como destinatários o gênero humano, como valor supremo de sua existencialidade concreta.

É possível afiançar que o direito ao meio ambiente se insere nos direitos fundamentais, porquanto estes são fruto de reivindicações concretas, geradas por situação de agressão a bens fundamentais, aqui, inegavelmente os danos causados à natureza.

Ademais, somente num ambiente ecologicamente equilibrado, é possível que o homem venha gozar plenamente de todos os demais direitos fundamentais.

No escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é possível aduzir que o meio ambiente sadio é de interesse geral, e como tal, sua tutela é entregue ao próprio Estado, cuja tarefa é zelar pelo bem comum. Nada obstante, a própria deficiência Estatal nessa atuação, bem como sua ação frequente como responsável por agressões ao meio ambiente, fez surgir a permissão de que cada indivíduo assuma a proteção desse interesse, inclusive contra o Estado, sendo este direito erigido como um direito de solidariedade para a proteção de um interesse difuso³.

No caminho a seguir, é vital tentar separar o abismo existente entre o homem abstrato da lei e o cidadão concreto da realidade, reconhecendo novas proteções ao homem nas diversas fases de sua vida e em seus inúmeros estágios. É nesse tom que estão inseridos os direitos fundamentais de terceira geração, dentre eles, como afirma expressamente Norberto Bobbio⁴, o direito de viver num ambiente não poluído. Segundo o renomado mestre, as exigências surgem quando nascem os carecimentos e estes estão relacionados com a mudança das condições sociais.

2 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 287

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6

A dignidade humana está ligada à qualidade de vida, e esta ao meio ambiente sadio. Desta forma, realizando uma análise sobre o prisma do direito ao meio ambiente como um direito humano fundamental, verifica-se que é visceral a interrelação entre o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a fruição de uma vida saudável.

3 AÇÕES CONSTITUCIONAIS, MEIO AMBIENTE E O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde já, impende sublinhar que a concepção clássica dos direitos fundamentais está ligada aos atributos da pessoa humana e a mecanismos internos de proteção.

No Brasil, da detida apreciação dos dispositivos constitucionais que tratam da matéria, em especial o artigo 5º, III, e o artigo 225, parece ser possível aduzir que a proteção ao meio ambiente não está unicamente voltada ao benefício do ser humano. Há de se observar uma proteção ao meio ambiente visando manter sua capacidade funcional e o próprio equilíbrio ecológico, independentemente do benefício direto e imediato que sobrevenha ao homem, estabelecendo um antropocentrismo alargado. Ademais, é razoável afirmar que a Magna Carta brasileira estabelece uma relação entre o direito à proteção ao meio ambiente e o direito à vida, permeando todo o texto constitucional.

Dentre as medidas judiciais asseguradas pelo texto constitucional ao cidadão para a proteção do meio ambiente importa trazer à colação a Ação Popular, prevista no art. 5º, LXXIII, a qual estabelece:

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

Pela redação do artigo em análise, verifica-se que a titularidade da ação não se restringe ao ofendido, eis que qualquer cidadão é parte legitimamente ativa. Essa amplitude confere uma maior eficácia protetiva a este instrumento, especialmente no que toca à tutela do meio ambiente e ao exercício da cidadania ambiental.

Registre-se, ainda, que diferentemente das ações constitucionais

do mandado de segurança, habeas corpus e habeas data, a ação popular não possui regras de competências traçadas na Constituição. Dessa forma, a ação deverá ser deflagrada nos juízos de primeira instância, considerando que, mesmo que o ato lesivo provenha de alguma das autoridades sujeitas à jurisdição de Tribunais, será parte na ação a pessoa jurídica a que pertence o autor do ato, o que afasta o foro privilegiado⁵.

De outra sorte, conforme já estabelecido no tópico anterior, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se insere no rol dos direitos fundamentais de terceira geração, destinando-se à proteção de grupos humanos, e consequentemente caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Logo, o Mandado de Segurança, que encontra guarida no art. 5º, LXX, da Constituição Federal, é instrumento idôneo para a tutela do meio ambiente, vez que objetiva proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Dessa feita, é possível aduzir que as duas ações constitucionais brevemente delineadas, sem sombra de dúvidas, consistem em verdadeiros mecanismos de proteção ao meio ambiente e, de certa forma, também contribuem para o controle da Administração Pública. É razoável fazer uma afirmação nesse sentido, uma vez que com o exercício da cidadania ambiental o cidadão está apto a intentar medidas judiciais objetivando a responsabilização do Estado por danos ao meio ambiente, seja por omissão, seja por ação. Porquanto, o próprio Estado é, muitas vezes, o agente causador do dano ambiental.

4 CONCLUSÃO

Não resta dúvidas que é imprescindível equacionar o direito ao desenvolvimento social, econômico e cultural da humanidade com a conservação e proteção do meio ambiente, sendo esta uma precondição para o exercício dos direitos humanos. Nesse contexto, o Estado e os cidadãos devem exercer papéis convergentes na defesa do patrimônio público, *in casu*, na proteção ao meio ambiente.

5 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 853.

Por fim, importante não perder de vista que somente com a proteção do meio ambiente e com o desenvolvimento sustentável é que será possível o exercício do direito a uma vida saudável. Somos apenas depositários da vida do planeta e a conscientização global da crise ambiental é vital para a sobrevivência da humanidade, sendo imprescindível que cada um faça sua parte para preservar o planeta para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19.ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direitos Humanos**. vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **Tratado de Direitos Humanos**. vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso D. De Albuquerque Mello. **Direito Constitucional Internacional**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2000.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Internacional**. 5.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

**A HISTÓRIA DO HABEAS CORPUS
NO CONTROLE DOS ATOS
POLICIAIS E JURISDICIONAIS – DA
ORIGEM BRETÃ À ATUALIDADE**

*Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves
Advogado da União*

1 ORIGEM

Os princípios essenciais do *habeas corpus* vêm do ano de 1215, quando, na Inglaterra, no Capítulo XXIX da *Magna Charta libertatum*, se calcara conquista do povo inglês para a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade pessoal. Era o penúltimo ano do governo do Rei João sem Terra (1199-1216), mas não fora fruto de sua vontade, em absoluto, senão de pressões que vinha sofrendo da nobreza da época.

Essa nova Carta trouxe elementos até então inéditos, como a proibição da prisão injusta e a imposição do julgamento das pessoas por seus pares, como no Tribunal do Júri de hoje.

Desde esse tempo, havia três formas de livrar-se um inglês de uma prisão injusta:

- 1) o *writ* de mão-tomada, ou ordem de entregar o acusado a um de seus amigos, que deveria assegurar o comparecimento daquele perante o juiz à primeira citação (tomava-o pela mão simbolicamente);
- 2) o *writ de odio et atia*, que supunha uma pessoa presa e acusada de morte, sendo, por isso, impossível a caução: o *sheriff* verificava se o indivíduo era acusado de ódio ou malvadez, cabendo um novo *writ* (*tradas in ballivum*) se fosse caso de legítima defesa;
- 3) o *writ de homine replegiando*, por meio do qual se soltava o acusado mediante caução.

Nenhum desses meios, no entanto, era eficaz e de resposta imediata como o *writ of habeas corpus* que, assim, tornou-se o preferido pelos britânicos. No entanto, com sua eficácia efetiva em casos de prisões executadas por particulares, não sendo dotada da mesma resposta célere quando o opressor era o príncipe, o rei ou alguém os representando.

Habeas corpus eram as palavras iniciais da fórmula ou mandado que o Tribunal concedia, endereçado a quantos tivessem em seu poder ou guarda o corpo do detido. A ordem possuía o seguinte teor: “*Tomais o corpo deste detido e vinde submeter ao Tribunal o homem e o caso*”.

Dai se percebe que era preciso produzir e apresentar à corte o homem e o caso, para que pudesse, a Justiça, convenientemente instruída, decidir sobre a querela, velando pelo indivíduo.

O seu fim precípuo era remediar ou evitar, quando impetrado, a prisão injusta, as opressões e as detenções excessivamente prolongadas. Mesmo em caso de prisão preventiva, o paciente deveria comparecer à justiça com mãos e pés livres.

Para se dimensionar com exatidão a relevância desse remédio, deve ser examinada a questão do que era a liberdade pessoal para os povos antigos e durante a Idade Média.

O direito de *ir e vir* – exatamente o exclusivo objeto de proteção do *habeas corpus* – era mera e vaga noção teórica, sem quaisquer garantias que o efetivasse; suas violações permaneciam impunes, por toda parte coagiam-se indivíduos ilegalmente. Os próprios magistrados obrigavam homens livres a prestar-lhes serviços domésticos!

Voltando à disciplina inglesa do *habeas corpus*, o Tribunal competente para concedê-lo era a Corte do Banco do Rei (*Court of King's Bench*), assim chamado porque lhe competia julgar os casos criminais e de suprema justiça, reservados pessoalmente ao rei.

Os ingleses consideravam da maior gravidade, entre todas as ofensas, aquela que cerceasse a liberdade de ir e vir, a partir da consideração de que a encarceração de uma pessoa é uma arma menos pública do que os atentados à vida e à propriedade, visto que ninguém a percebe ou poucos dela têm notícia. Oprimir às escuras, nas prisões ou no interior de edifícios, é uma violência silenciosa, secreta, ignorada, invisível, e, portanto, mais grave e mais perigosa do que qualquer outra.

Direito socialmente sagrado e imprescindível para a vida prática do homem, o reconhecimento da liberdade pessoal foi uma dessas conquistas históricas argamassadas em sacrifícios, heroísmos e lutas sucessivas.

Pelo *Habeas-corpus Act*, tentou-se revigorar o que desde 1215 já houvera sido estatuído, mas que, por força das circunstâncias, havia sido desrespeitado, esquecido e postergado em razão da ausência de

garantias sérias, remédios irretorquíveis, ficando assim exposta ora às decisões covardes de alguns juízes, ora às interpretações tortuosas dos partidários da prerrogativa.

As ordens de *habeas corpus* eram denegadas a cada momento, ou pior, desobedecidas, em razão de sofismas, chicanas e timidez, conspirando de mãos dadas com o rei contra o inestimável remédio processual almejado. Bastavam alguns precedentes para tornarem ineficazes as ordens de soltura, ocorrendo de a parte que tinha alguém preso poder deixar de obedecer ao primeiro *writ*, e esperar, sem que apresentasse à corte o corpo do paciente, a expedição de uma segunda ou mesmo terceira ordem, a que se davam os nomes de *alias* e *plures*.

Como impedir tais abusos, como acudir com justiça e celeridade aos acusados inocentes, as vítimas do desleixo penitenciário, que determinava nesses tempos os mais reprováveis atentados à segurança, à saúde e ao bem-estar dos pacientes? Surgiu, então, a famosa lei de *Habeas Corpus* (*Habeas corpus Act*, de 1679, na mesma Inglaterra), que veio fornecer os meios para ser posto em execução, com eficácia e rigor, o *writ* já de muitos séculos consagrado pela prática. A lei fixou, entre outras obrigações, multa para o magistrado que se recusasse a analisar um pedido de *habeas corpus*, a vedação de nova prisão após a concessão do *writ*, sob pena de imposição também de multa, e a fixação do prazo máximo de vinte dias para apresentação do preso ao tribunal.

Desde então, a ordem de *habeas corpus* foi consolidada como aquela que se consubstancia num mandado de uma corte competente, endereçado a um ou mais indivíduos que tenham em seu poder ou sob sua guarda alguma pessoa, a fim de que a apresente à referida corte, que decidirá, depois de colher as informações produzidas pelas partes, qual o destino a ser dado ao paciente.

Ainda assim o é, apenas a práxis abandonou o hábito, salutar, de apresentar o detido à corte.

2 A LIBERDADE INDIVIDUAL

Em que consiste a liberdade pessoal? Quais os seus limites, as suas fronteiras, a sua definição técnica? Força do que dispõe o artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou

coação em sua **liberdade de locomoção**, por ilegalidade ou abuso de poder.”.

Só os sofismas desabusados, a chicana e o subjetivismo contumaz podem ver na expressão “liberdade de locomoção” outro significado mais amplo do que o de liberdade física.

Liberdade pessoal, assim, será sempre a liberdade de locomoção, a liberdade física, *jus manendi, ambulandi, euindi ultro citroque*, é dizer, o poder de mudar de lugar e de situação, ou de se transportar para qualquer lugar que se deseje, sem impedimentos, nem prisões, salvo se a lei ordenar devidamente.

A liberdade pessoal, de locomoção, tem como objeto sensível o corpo do homem, considerado como capaz de movimento ou de inércia livre.

Não se trata apenas da liberdade de mover-se de um ponto para outro sem restrições, mas da liberdade geral, abstrata, sem adjetivos, sem limites, sem especificações, e que só pode ser atingida pelo devido processo legal.

Constitui, desse modo, o direito de locomoção na faculdade de ir, de ficar e de vir; de andar; de mover-se à vontade, até onde não lhe proíba a lei; de mover-se de um para outro lugar e transportar sua pessoa para onde lhe aprouver; de permanecer num lugar ou sair dele. A esse direito se opõem a (1) prisão injusta, (2) as dificuldades artificiais ao trânsito livre do cidadão por todo o território do Estado e (3) a proibição de emigrar.

Restringir a liberdade pessoal é limitar, abarrear, comedir, por quaisquer meios impeditivos, o movimento de alguém; obrigar o indivíduo a não *ir* ou *vir* de algum lugar; constrangê-lo a mover-se ou a caminhar; impedir-lhe que fique, vá ou venha. Esses meios proibitórios podem ser originados de lei legítima, e nesse caso não fica menos íntegra e sagrada a liberdade pessoal; e podem provir de incompetentes, do arbítrio de outrem, autoridade ou particular, e eis a figura jurídica da violação, punível pelos códigos e imediatamente remediável pelo *habeas corpus*.

3 INTERNALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO PÁTRIO

A Constituição do Império não consagrou o *habeas corpus*, não obstante tenha trazido previsão, no § 8º do art. 179, que comportaria perfeitamente esse remédio:

ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados em lei; e nestes, dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, villas ou outras povoações próximas aos logares da residencia do juiz, e nos logares remotos dentro de um prazo razoável, que a lei marcará attenta a extensão do território, o juiz por uma nota por elle assignada fará constar ao réo o motivo da prisão, os nomes de seu accusador e os das testemunhas, havendo-as.

Originava-se das previsões da Constituição francesa, de 1791, no capítulo da Declaração de Direitos:

nenhum homem pode ser acusado, preso, nem detido, senão nos casos determinados pela lei e segundo as fórmulas que ela tenha prescrito [e] a Constituição garante a todo homem a liberdade de ir, ficar, partir, sem poder ser preso, nem detido, senão segundo as formas determinadas pela Constituição.

O Código do Processo Criminal (Lei de 29 de novembro de 1832) foi a primeira norma que estatuiu o *habeas corpus* no Brasil, ao preconizar que “todo o cidadão que entender que elle ou outrem soffre uma prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, tem direito de pedir uma ordem de *habeas-corpus* em seu favor.” (art. 340). Estatuiu, ainda, por força do art. 341, que a petição para tal solicitação deverá designar o nome da pessoa que sofre a violência e o de quem é dela causa ou autor; o conteúdo da ordem por que foi metido na prisão ou declaração explícita de que, sendo requerida, foi-lhe denegada; as razões em que funda a persuasão da ilegalidade da prisão e assinatura e juramento sobre a verdade de tudo quanto alega.

Desde então, já se asseguravam a gratuidade no processamento do pedido de *habeas corpus*, o prazo curto para apreciação, a possibilidade de concessão da ordem *ex officio* quando a autoridade judiciária se deparasse com ilegalidade de prisão, a obrigatoriedade de cumprimento

imediatamente da ordem de soltura, e a previsão das hipóteses de ilegalidade da prisão, dada nos seguintes casos: (i) quando não houvesse justa causa para a prisão; (ii) quando o réu estivesse na cadeia por mais tempo do que o previsto pela lei, sem ser processado; (iii) quando o processo fosse evidentemente nulo; (iv) quando a autoridade que determinou a prisão fosse incompetente para tanto; (v) quando já tivesse cessado o motivo que justificava a prisão. Por fim, o juiz ou tribunal ao qual dirigido o pedido requisitará da autoridade que ordenou a prisão todos os esclarecimentos que provêm a legalidade da detenção, a serem prestadas por escrito, antes de ser resolvida sobre a soltura do preso.

Essa feição que lhe dera o Código Criminal do Império fundou-se, nitidamente, nos *habeas corpus Acts* ingleses, com o devido temperamento tupiniquim, em ordem a aperfeiçoá-lo.

Em 1841, por meio da lei que ficou conhecida como “justiça russa”, estabeleceu-se, a salutar regra, que somente poderia conceder a ordem de *habeas corpus* juiz ou tribunal superior ao que houvesse decretado a prisão, bem como a previsão de que a entrada de um tal pedido no Tribunal preferia a qualquer outro pendente de julgamento.

Já no ano de 1871, estendeu-se, força da Lei n.º 2.033, a possibilidade de concessão do *habeas corpus* ao estrangeiro, bem como autorizou o uso do instituto no caso de simples ameaça ou iminência de constrangimento corporal, esse um grande avanço que perdura até hoje.

Pouco tempo depois, um outro ato rezou que “offerecendo o recurso de *habeas corpus* uma das mais eficazes garantias á liberdade individual, devem as autoridades antes facilitá-lo, desprezando o rigor das fórmulas, que embaraçal-os por meios que, embora não induzam criminalidade, autorizam a suspeita de parcialidade”. Trata-se do Aviso de 5 de janeiro de 1876.

Apresentada que fosse uma petição de *habeas corpus* a uma autoridade competente para concedê-la, esta tinha obrigação de mandar e fazer passar, dentro de duas horas, a respectiva ordem, salvo se a legalidade do constrangimento restasse patente, sendo previsto como crime, pelo artigo 183 do Código Criminal de então, a hipótese de o juiz não observar estritamente tal lapso, o que ocorreria também se,

independentemente de pedido, deixasse de conceder a ordem nos casos que a lei determinava. Já se apresentado fosse junto aos Tribunais, estipulava-se o prazo de quarenta e oito horas para apreciação, após a abertura da primeira sessão, ordinária ou extraordinária.

A supra mencionada Lei n.º 2.033 de 1871 também previa a responsabilização das autoridades que houvessem incorrido na detenção ilegal de qualquer pessoa; a possibilidade de novo pedido, em caso de denegação, à autoridade judiciária superior; e a garantia do direito à indenização a favor de quem sofresse constrangimento ilegal, contra o responsável pelo abuso cometido.

Na fase pré-constitucional, apenas com a Carta de 1891 foi o *habeas corpus* incorporado ao núcleo dos direitos fundamentais, já dizia a doutrina ser o instituto um recurso extraordinário para fazer cessar de pronto e imediatamente a prisão ou o constrangimento ilegal, não o caracterizando somente o seu objeto e o seu fim, que é a proteção e a defesa da liberdade. Havia outras instituições com idêntica missão, mas o que particularmente o distingue é a celeridade com que ele há de restituir a liberdade para aquele que é vítima de prisão ou constrangimento ilegais. A violação da liberdade pessoal, ou por outros chamada liberdade física (*jus manendi, ambulandi, eundi ultro citroque*), causa danos e sofrimentos que não admitem reparação suficiente, daí a necessidade de fazer cessar prontamente a ofensa a direito tão sagrado. Esta a razão porque as leis dão, pelo *habeas corpus*, ao Poder Judiciário uma competência tão fora das regras gerais e comuns de direito. Da sua natureza e fins deriva lógica e necessariamente o corolário de que é ele admissível contra toda a prisão ou constrangimento ilegal, qualquer seja o motivo que os determine e qualquer seja a autoridade de que emanem.

Então em 1891, o legislador constituinte consagrou, pela primeira vez na história brasileira, o *habeas corpus*, dando-o a seguinte formatação, por força do dispositivo inserto no art. 72, § 22: “dar-se-á o *habeas corpus*, sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.”.

E a fórmula foi sendo repetida, com poucas nuances, desde

então, em todas as Cartas que se seguiram¹, até chegar à atual, chamada afetivamente de “cidadã” pelo já falecido Deputado Ulisses Guimarães.

Antes simples remédio processual, extingível pelos legisladores ordinários, irá o *habeas corpus* adquirir, em seu novo nascedouro, o caráter de direito constitucional, inderrogável e imperativo.

Com essa nova vestimenta de garantia, surge de tal monta que nem sequer leis ordinárias, de direito substantivo ou adjetivo, a poderão ab-rogar, esmaecer, desmembrando-a, fazendo-lhe exceções, dificultando-a; e os estatutos que lhe forem contrários perderão, por isso mesmo, o caráter de leis: serão puros atos inconstitucionais que o Judiciário não aplicará e o Executivo vetará, ou não obedecerá, quando advertido, se por negligência o houver sancionado.

Passa, assim, de uma mera forma de direito, remédio processual, para a categoria máxima, politicamente fundamental e juridicamente suprema, de direito Constitucional.

Mas, a primeira doutrina que se seguiu vislumbrou, na constitucionalização do instituto, alcance maior do que o usual – liberdade física –, enxergando ser possível a proteção de qualquer direito

1 Assim, em:

- 1934, art. 113, n. 23: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer, ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões, disciplinares não cabe o *habeas corpus*;

- 1937, art. 122, n. 16: dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal, na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar;

- 1946, art.141 § 23: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*;

- 1967, art.151, § 20: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*;

- 1967, Emenda nº1/1969, art.153, § 20: Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*;

- 1988, Constituição Federal, art. 5º, LXVIII: conceder-se-á “*habeas-corpus*” sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

individual, vez que a norma não falou de prisão ou constrangimento corporal, e não caberia ao intérprete a restrição.

E assim se professava também os direitos que estão consubstanciados com a pessoa que os possui, e para cujo exercício se faz mister o ir e vir, direitos que lhe são corolários, como a liberdade de reunião, de associação, de voto e outros, todos dependentes do direito de ir e vir, de mover-se, para cá ou para lá, uma vez violados ou ameaçados de o serem, porque se violou ou ameaçou aquele direito mor, não podem ser privados da utilização do *habeas corpus*.

Sob essa tese, profligou-se a defesa da liberdade de pensamento, de consciência, de religião, vez que estavam indiretamente obstaculizadas com a não proteção da liberdade de locomoção, sendo que seu maior defensor Rui Barbosa, ao afirmar:

o habeas corpus hoje se estende a todos os casos em que um direito nosso, qualquer direito, estiver ameaçado, manietado, impossibilitado, no seu exercício, pela intervenção de um abuso ou uma ilegalidade. Desde que a Constituição não particularizou os direitos que, com o *habeas corpus*, queria proteger, contra a coação todo e qualquer direito que elas podiam tolher e lesas suas manifestações.²

Isso porque se entendeu que era muito estreito o vínculo pelo qual se juntiam a liberdade de locomoção e outras liberdades ameaçadas, quer de pensamento, de culto, ou mesmo de imprensa, pois as raias e limites poder-se-iam confundir e invadir mutuamente.

Contudo, essa postura não prosperou até os dias atuais, ficando mais restrito o âmbito de aplicação, como se verá.

4 APLICAÇÕES

Desde sua criação até os dias hodiernos, o *habeas corpus* continuou sendo o que sempre foi: um remédio sumário contra as violações da liberdade física, tendo por função única e especial a de livrar da prisão ou de qualquer constrangimento ao direito de locomoção aos que alegarem insuficiências de razão para a restrição.

² *Apud* Fagundes, Miguel Seabra. **Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, p. 250, citado por Souza, Patrícia Cardoso Rodrigues. Coord. Carlos Pinto Coelho Motta *in* Curso Prático de Direito Administrativo, 2.ed., [S.l.]:Del Rey, [19-]..

A prisão ou constrangimento pode ser fundado em leis e essas não serem legítimas, por isso, a jurisprudência das Cortes Supremas americanas de há muito se consolidou no sentido da possibilidade de se afirmar, em julgamento de *habeas corpus*, a constitucionalidade de uma lei.

O *habeas corpus* não é, estritamente, uma ação, visto ser mesmo um remédio especial e urgente, de natureza constitucional, uma ordem liberatória, restringindo-se ao direito de andar, mover-se, parar e prosseguir. Todos os obstáculos à liberdade pessoal, quaisquer que sejam, onde e como se tenham efetuado, equiparam-se à prisão para os seus efeitos.

A ordem pode ser solicitada por qualquer pessoa, ou por outra em seu proveito; qualquer indivíduo pode usar ou estar sujeito a ela. Não se acham nessas condições as pessoas jurídicas, que não podem sofrer restrições diretas em uma liberdade que é inerente, por definição, à existência física³. Seus agentes, oficiais, empregados, etc., estes sim, podem usar do *habeas corpus*, amparando só indiretamente, extrinsecamente, a corporação a que pertencem. Mesmamente no caso

3 Nesse sentido, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, assim noticiada no Informativo n.º 516, 19 ago. 2008: A pessoa jurídica não pode figurar como paciente de *habeas corpus*, pois jamais estará em jogo a sua liberdade de ir e vir, objeto que essa medida visa proteger. Com base nesse entendimento, a Turma, preliminarmente, em votação majoritária, deliberou quanto à exclusão da pessoa jurídica do presente *writ*, quer considerada a qualificação como impetrante, quer como paciente. Tratava-se, na espécie, de *habeas corpus* em que os impetrantes-pacientes, pessoas físicas e empresa, pleiteavam, por falta de justa causa, o trancamento de ação penal instaurada, em desfavor da empresa e dos sócios que a compõem, por suposta infração do art. 54, § 2º, V, da Lei 9.605/98. Sustentavam, para tanto, a ocorrência de *bis in idem*, ao argumento de que os pacientes teriam sido responsabilizados duplamente pelos mesmos fatos, uma vez que já integralmente cumprido termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público Estadual. Alegavam, ainda, a inexistência de prova da ação reputada delituosa e a falta de individualização das condutas atribuídas aos diretores. Enfatizou-se a possibilidade de apenação da pessoa jurídica relativamente a crimes contra o meio ambiente, quer sob o ângulo da interdição da atividade desenvolvida, quer sob o da multa ou da perda de bens, mas não quanto ao cerceio da liberdade de locomoção, a qual enseja o envolvimento de pessoa natural. Salientando a doutrina desta Corte quanto ao *habeas corpus*, entendeu-se que uma coisa seria o interesse jurídico da empresa em atacar, mediante recurso, decisão ou condenação imposta na ação penal, e outra, cogitar de sua liberdade de ir e vir. Vencido, no ponto, o Min. Ricardo Lewandowski, relator, que, tendo em conta a dupla imputação como sistema legalmente imposto (Lei 9.605/98, art. 3º, parágrafo único) — em que pessoas jurídicas e naturais farão, conjuntamente, parte do pólo passivo da ação penal, de modo que o *habeas corpus*, que discute a viabilidade do prosseguimento da ação, refletiria diretamente na liberdade destas últimas —, conhecia do *writ* também em relação à pessoa jurídica, dado o seu caráter eminentemente liberatório. HC 92921/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 19 ago. 2008.

de serem autores da violência: a corporação, com ser entidade artificial, imaginária, não oprime fisicamente; quem coage, por ela ou por si, é o agente, o empregado, o representante, e esse responde pela coação ilegal que praticar.

É tão intensa a garantia representada pela previsão na Constituição de concessão de *habeas corpus*, que, diferentemente do que assevera a Carta dos Estados Unidos da América, nem sequer na vigência de estados de exceção – sítio e defesa, artigos 136 a 141 da CF/88 – pode ser ele suspenso. É assente na doutrina que, mesmo diante das severas restrições ao direito de locomoção impostas em decorrência da concretização de um dos institutos do chamado sistema constitucional de crises, há permanente controle das medidas praticadas durante a vigência dos estados de exceção, sendo que uma das formas do jurisdicional é a apreciação de *habeas corpus* em havendo transgressão aos limites fixados objetivamente pela Carta⁴.

A única vedação prevista na Constituição brasileira à concessão do *habeas corpus* é em relação às punições disciplinares militares, a teor do que dispõe o § 2º do artigo 142, mas tem sido amenizado pela jurisprudência, que vem admitindo o exame da legalidade das punições, que também pode ser sindicada pela via do instituto.

Em síntese, dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém o impetre – ou lhe concedam a ordem de ofício no examinar de autos submetidos ao crivo judicial –, para si ou para outrem, havendo constrangimento ilegal à liberdade de movimento, ou pessoal.

Com sabedoria, diz Guilherme de Souza Nucci que,

originalmente, o *habeas corpus* era utilizado para fazer cessar a prisão considerada ilegal – e mesmo no Brasil essa concepção perdurou por um largo período –, atualmente seu alcance tem sido estendido para abranger qualquer ato construtivo direta ou indiretamente à liberdade, ainda que se refira a decisões jurisdicionais não referentes à decretação da prisão. Note-se que o que ocorre com a utilização do *habeas corpus* para trancar o inquérito policial ou a ação penal, quando inexistir justa causa para o seu trâmite, bem como quando se utiliza esse instrumento constitucional para impedir o indiciamento injustificado, entre outras medidas. Nada mais lógico, pois são atos

4 Uadi Lammêgo Bulos in **Constituição Federal Anotada**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, [19-], p.1123.

ou medidas proferidas em processos (ou procedimentos) criminais, que possuem clara repercussão na liberdade do indivíduo, mesmo que de modo indireto. Afinal, o ajuizamento de ação penal contra alguém provoca constrangimento natural, havendo registro em suas folhas de antecedentes, bem como servindo de base para, a qualquer momento, o juiz decretar medida restritiva da liberdade, em caráter cautelar. Explica Florêncio de Abreu que a ampliação do alcance do *habeas corpus* deveu-se a “ausência, no nosso mecanismo processual, de outros remédios igualmente enérgicos e expeditos para o amparo de outros direitos primários do indivíduo” (*Comentários ao Código de Processo Penal*, v.V, p. 558). Na jurisprudência, convém destacar: “O *writ* previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, destina-se, a *priori*, a assegurar a liberdade de locomoção das pessoas, mas pode também ser utilizado, em situações excepcionais, para combater ilegalidades flagrantes, poupando o paciente de eventuais sofrimentos e a sociedade de processos inúteis, como no caso de julgamento por Juízo absolutamente incompetente” (TJSP, HC 448.390-3/7, Franco da Rocha, 4ª.C., rel. Canellas de Godoy, 10.02.2004, v.u., JUBI 96/04).⁵

Embora incluído no Código de Processo Penal, já vetusto, originado da era Vargas, como uma espécie de recurso, a Constituição definiu-o, e o fez corretamente, como ação de conhecimento, natureza que decorre de tender à cognição integral e conclusiva sobre ser legal a restrição à liberdade de locomoção objeto do pedido, mesmo que em caráter potencial apenas, situação em que a ordem reflete-se como preventiva.

De se ressaltar o caráter mandamental que ostenta o instituto, visto que não admite a postergação do cumprimento da decisão que conceda a ordem, em razão da natureza do direito protegido não permitir que se execute a decisão em momento posterior; assim é que, uma vez verificada pelo juízo competente a ilegalidade da prisão ou ameaça, a ele compete expedir a ordem para a cessão imediata do constrangimento, que deverá ser de pronto cumprido pelo responsável pela coação ou ameaça.

Quanto à legitimidade passiva, no *habeas corpus* – ação constitucional para a tutela da liberdade de locomoção –, como é admissível a impetração contra ato de particular, é ela titulada pelo

5 Código de Processo Penal Comentado. 7.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais.

chamado coator, é dizer, a pessoa responsável pelo ato de restrição ou ameaça ao direito de locomoção, cuja ilegalidade é apontada pelo impetrante.

Quanto à possibilidade de o coator ser particular, por praticar ato que restrinja a liberdade de locomoção, deflui não só da realidade do que pode ocorrer – exemplo, diretor de hospital que não autoriza a saída de paciente em razão da não liquidação dos débitos gerados com a internação, ou da pessoa internada compulsoriamente em hospital psiquiátrico por parentes –, mas também da não equiparação, na Constituição, do *habeas corpus* ao mandado de segurança, vez que neste último *writ*, que de semelhança com o primeiro possui o ser destinado à tutela de liberdades, é exigido que a coação dimanar de autoridade pública.

Incumbe à autoridade coatora a defesa do seu ato, munindo o juízo competente das informações por meio das quais entende legítima a restrição ou ameaça à liberdade física do paciente.

Cabível é o *habeas corpus*, ainda, contra ato praticado por Comissões Parlamentares de Inquérito, oriundas de qualquer das casas do Poder Legislativo, sendo que em tal situação, autoridade coatora será, em geral, seu presidente, podendo ser qualquer dos membros, se individualmente assim defluir o ato pugnado de ilegal.

Sempre que o ato que se queira desfazer com a impetração do *habeas corpus* houver sido praticado por autoridade policial – e só o Delegado de Polícia tem legitimidade para ordenar a prisão em flagrante, e apenas esta –, será ele a autoridade coatora, sendo o juízo singular – em regra – o competente para apreciar o pedido.

A importância no *habeas corpus* no cenário da proteção ao ser humano é tamanha que, já em 1857, o Marquês de São Vicente, Pimenta Bueno, asseverava que

sem a liberdade de ir, permanecer e vir, não há, nem pode haver, por mais que se sophisme, as demais liberdades. É, tipicamente, a liberdade-condição; é o próprio homem, porque é a sua vida moral, a base de todo o seu desenvolvimento e perfeição, a condição de gozo

de sua inteligência e vontade, o meio de perfazer os seus destinos; e salva-guarda de todos os outros direitos⁶.

5 O HABEAS CORPUS COMO UMA DAS MODALIDADES DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Controle da Administração Pública é o

poder-dever de inspeção, registro, exame, fiscalização pela própria Administração, pelos demais poderes e pela sociedade, exercidos sobre a conduta funcional de um poder, órgão ou autoridade com o fim precípua de garantir a atuação da Administração em conformidade com os padrões fixados no ordenamento jurídico⁷.

Quando exercida pelos órgãos do Poder Judiciário – e será espécie de controle externo, eis que não exercido por órgãos do próprio Executivo –, essa atividade se reconhece como judicial e, uma das possibilidades de movimentá-la é com a impetração do *habeas corpus*, que pode ser reconhecido como o primeiro remédio para o exercício dessa forma de controle.

O controle judicial alcança os atos praticados pelo Poder Executivo, Legislativo e do próprio Judiciário, sempre de maneira equidistante, e tem por objeto a verificação da legalidade e constitucionalidade dos atos.

Vigora entre nós o sistema da jurisdição única, vez que cabe apenas ao Judiciário o exame da legalidade dos atos administrativos, sejam eles oriundos de quaisquer dos poderes, decidindo com força de definitividade as demandas que cuidem de checar a adequada aplicação do Direito a um caso concreto.

É esse controle exercido apenas *in concreto*, e por meio dele, os atos poderão ser anulados, se ilegítimos, ou repaginados, se extrapolarem as balizas legais.

Dimana, tal forma de controle, do princípio da jurisdição – ou do acesso à justiça –, insculpido pelo inciso XXXV do art.5º da

6 **Direito Público Brasileiro**, *apud* Pontes de Miranda.

7 Patrícia Cardoso Rodrigues de Souza *in* **Curso Prático de Direito Administrativo**, coord. por Carlos Pinto Coelho Motta. 2. ed., [S.l.]: Del Rey, [19-].

Constituição, quando gizado que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Baseia-se na prevalência do princípio da legalidade, a nortear todo e qualquer ato administrativo, visto que a Administração, além de se vedar a atuação em desacordo com a lei, só agirá, emitindo atos jurídicos, se e quando em perfeita sintonia com o que a lei dispuser a respeito. Visa essa modalidade de controle restaurar a legitimidade quando os atos se desprendam de seus parâmetros e ofendam direitos do indivíduo.

Passíveis, assim, de exame para fins de controle com a impetração de *habeas corpus*, os atos que cerceiem ou ameacem o direito de locomoção, que serão sempre atos administrativos em seu sentido *lato*, vez que oriundos ou da polícia judiciária, como a prisão em flagrante, ou do Poder Judiciário, com a emissão de ordens de prisão, processos criminais ou civis dos quais possa resultar a decisão de encarceramento e sentenças condenatórias.

Em assim sendo, submetem-se sempre ao controle por parte dos órgãos hierárquica ou processualmente superiores, para exame do preenchimento dos requisitos exigidos para serem legítimos à luz do ordenamento positivo, sempre capitaneados pela Constituição Federal.

A doutrina administrativista é pacífica em incluir o *habeas corpus* como espécie da modalidade judicial do controle da administração.⁸

6. CONCLUSÃO

Serve, assim, o *habeas corpus* ao exercício permanente de uma forma de controle dos atos policiais e jurisdicionais, desde que vinculados à liberdade de locomoção, visto que permanentemente ficarão sujeitos a se transformarem em objeto da impetração, sempre que se os divisar não legítimos ou esvaziados dos pressupostos de validade e legitimidade.

Em sendo uma forma, uma modalidade mesmo de controle daquelas espécies de atos, soma-se aos demais meios, também tradicionais, que conformam o edifício maior do controle da Administração Pública.

8 Cf. FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 11.ed., São Paulo: Lúmen Juris, [19-], p.860 e segs.; MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Malheiros, [19-], p.937 e ss.

O *habeas corpus* possui, como especificidade, o de descortinar-se apenas em sendo visível ameaça ou restrição à liberdade de locomoção, não se restringindo, porém, ao exercício da jurisdição penal, visto que as duas únicas modalidades de prisão civil com assento constitucional – prisão do devedor de alimentos e do depositário infiel – também se mostram passíveis de ilegalidades, e assim, por corolário, de preencherem e permitirem a impetração do *habeas corpus*.

A cada dia se mostra mais importante o exercício das diversas modalidades de controle da administração, visto que a própria Administração Pública se engrandece, a gama de serviços e de atividades que desenvolve também, assim como se torna mais visível ao cidadão de quaisquer dos cantos do País que tenha o direito e a garantia de contestar aqueles atos que não estejam em perfeita conformidade com os princípios alinhavados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e demais de origem normativa.

É mesmo uma sensível mudança que vem ocorrendo no exercício do controle da administração, de molde a assegurar as prerrogativas do próprio Estado, permitindo que as intervenções deste na vida particular ocorram nas situações e sob o império da legalidade.

Já o disse Kant que a ciência puramente empírica do direito é como a cabeça da fábula de Phedra: “é talvez uma esplêndida cabeça, mas, ai dela, sem cérebro”.

Por isso que a matéria merece olhar abrangente, para que não nos prendamos a fórmulas hígdas, e que, no exercício perene da exegese constitucional, seus institutos e ditames possam chegar à aplicação efetiva, em prol do cidadão e no afã de buscar-se um estado de Direito realmente democrático.

REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5.ed., São Paulo, Saraiva, [19-].

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no Processo Penal**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, [19-].

MIRANDA, Pontes de. **História e Prática do Habeas-Corpus Direito Positivo Comparado: Constitucional e Processual**. [S.l.]: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Coord. **Curso Prático de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Del Rey, [19-].

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 7.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, [19-].

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10.ed., Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

CONTROLE EXTERNO: A IMPORTÂNCIA E A IMEDIATA CONSEQUÊNCIA DO DESEMPENHO DO CONTROLE PRÉVIO E CONCOMITANTE DA GESTÃO FISCAL PELOS TRIBUNAIS E CONSELHOS DE CONTAS DIANTE DO ATUAL CENÁRIO DA CRISE FINANCEIRA MUNDIAL

*Sidelcy Ludovico Alves Martins, Advogada da União.
Ex-Procuradora-Geral da União Adjunta. Ex-Diretora do DDPU -
Departamento de Promoção e Defesa Judicial do Patrimônio da União,
Órgãos Extintos e Sucédidos e Precatórios, atual DPU - Departamento de
Probidade Administrativa, da Procuradoria-Geral da União. Pós-Graduada
em Direito Administrativo Contemporâneo. Pós-Graduada em Direito Público.*

Sumário: 1. Introdução. 2. A gestão fiscal. 3. Conceito, sistemas e formas de controle da gestão fiscal. 4. O controle prévio e concomitante da gestão fiscal. 5. A importância e a imediata consequência do desempenho do controle prévio e concomitante da gestão fiscal pelos Tribunais e Conselhos de Contas diante do atual cenário da crise financeira mundial. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Indiscutível que o processo de globalização, iniciado segundo alguns após a Segunda Guerra Mundial, proporcionou profundas transformações em todas as sociedades contemporâneas do planeta, inclusive, nas mais longínquas, e interferiu drasticamente em suas culturas, bem como influenciou os seus sistemas jurídicos, sistemas políticos e principalmente nos sistemas financeiros.

Cabe mencionar, sem querer discutir aqui os benefícios ou malefícios que esse processo provocou e continua provocando no plano mundial, que essa intensa interpenetração dos sistemas jurídicos, sistemas políticos e sistemas financeiros pode às vezes ser bastante devastadora principalmente para os países subdesenvolvidos, em vias de desenvolvimento ou mais comumente denominados emergentes, dentre os quais se insere o nosso.

Com efeito, nesse processo a simples quebra de paraestatais imobiliárias, *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, ou de um banco de investimentos, o *Lehman Brothers*, que provocaram o início da atual crise do sistema financeiro americano e fez eclodir a maior crise do sistema financeiro mundial desde o crack da Bolsa de Valores de Nova Iorque, pode fazer desaparecer, em apenas poucos meses, trilhões de dólares que poderiam propiciar o investimento em políticas públicas voltadas para os setores da habitação, saneamento, educação etc.

Destarte, pode provocar transformações positivas em diversos setores. Cite-se como exemplo a crise do sistema financeiro americano à época do *crack* da Bolsa de Valores de Nova Iorque, superada por um conjunto de medidas, denominado *New Deal*, fundadas no controle governamental dos preços de diversos produtos industriais e agrícolas, concessão de empréstimos aos proprietários agrícolas, realização de um grande programa de obras públicas, criação de um seguro-desemprego e recuperação, que fez submergir não só a Grande Depressão de 1929 como também deixou um novo modelo de controle ou gestão da coisa pública, voltado para a responsabilidade do agente público, e que foi adotado por diversos países inclusive o nosso.

Evidente que os impactos negativos do processo de globalização e da atual crise financeira mundial dependerão da maior ou menor responsabilidade adotada pelos sistemas regionais. No momento o

nosso sistema financeiro encontra-se aparentemente em uma situação confortável e tranquila para atravessar as turbulências que se avizinham com a crise, por desfrutar de uma maior estabilidade financeira, possuir uma economia mais diversificada e possuir um controle mais rígido e responsável da gestão fiscal.

No entanto, essa afirmação não significa que os governos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios devam deixar de adotar medidas políticas e financeiras que preservem os administrados de seus devastadores efeitos. Para enfrentar os impactos da presente crise, num cenário econômico como o atualmente enfrentado, de forte retração do crédito e redução da demanda externa, mister que haja a gestão responsável das finanças públicas com ênfase no controle da inflação e dos níveis de endividamento para propiciar a confiabilidade e solidez de que o sistema financeiro necessita.

Desse modo o presente trabalho propõe-se a algumas reflexões acerca da importância e consequência do desempenho do controle prévio e concomitante da gestão fiscal das finanças públicas, entendida como entrada e saída de recursos financeiros do erário, pelos Tribunais e Conselho de Contas diante da atual crise mundial.

2. A GESTÃO FISCAL

Constitui-se fenômeno recente a preocupação com o planejamento e controle dos gastos públicos e com a inserção do princípio da responsabilidade do gestor de recursos públicos dentre os princípios basilares da gestão das finanças públicas. É que apesar da responsabilidade fiscal fundar-se nos princípios republicano e democrático e ser de forma inquestionável inerente à função do Administrador Público, entendia-se que a mesma já se encontrava inserida dentro das demais atribuições do gestor público.

De fato, a preocupação na realização de políticas públicas responsáveis, com assunção de despesa com a correspondente fonte de custeio, somente se dá depois de constatado o desvirtuamento da doutrina do déficit público controlado, formulada pelo economista britânico Jonh Maynard Keynes e que influenciou sobremaneira o *New Deal* e a economia de todos os países capitalistas. Propunha-se com a teoria do déficit público controlado o combate a estagnação financeira, verificada durante o período da Grande Depressão, através

do crescimento dos Estados capitalistas por meio da busca de recursos para o investimento público.

É que no fim do século passado o desvio da doutrina keynesiana, com o gasto excessivo, acarretou um déficit público desordenado e por sua vez impossibilitou que os Estados arcassem com o pagamento de suas dívidas situação que provocou um colapso das finanças públicas, o descrédito do sistema financeiro mundial e fez com que vários países pedissem moratórias de suas dívidas.

Altamente pressionado, o Fundo Monetário Internacional começou a intervir no sistema financeiro mundial, com medidas que se acreditava provocaria impacto e solucionaria a crise, e exigiu que os países membros adotassem a transparência fiscal como postulado de suas administrações. À época, optou-se pela adoção do Código para a boa prática da transparência fiscal - declaração de princípios, em 16 de abril de 1998. Posteriormente revisto passou-se a denominar Manual da Transparência Fiscal e utilizou modelos consagrados pelos Estados Unidos (Budget Enforcement Act - 1990), União Européia (Tratado de Maastricht - 1992) e da Nova Zelândia (Fiscal Responsibility Act - 1994) a fim de readquirir a confiança no sistema financeiro.

Nesse período, constatou-se no nosso país que o sistema de repartição constitucional de receitas¹ apesar de possuir efeito altamente redistributivo provocava instabilidade financeira e impedia o crescimento econômico, mormente que a par do repasse de recursos não houve o de responsabilidades o que impulsionava a concessão de incentivos e benefícios fiscais, provocando a famosa “Guerra Fiscal”, renúncia de receitas, ausência de interesse em instituir, prever e efetivar a arrecadação de impostos, assunção de dívidas, por intermédio de empréstimos e de antecipação de receitas, além de propiciar a dilapidação do patrimônio público.

Surge então, diante dessa situação, por inspiração dos precitados atos estrangeiros, o projeto de Lei Complementar nº 18, encaminhado pelo Presidente da República, através da Mensagem 485, de 13 de abril de 1999, e que viria, após amplo e intenso debate no Congresso Nacional, transformar-se na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, publicada no DOU de 05 de maio de 2000, que estabelece normas de

1 Art. 157 a 162 da Constituição da República.

finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.

Note-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal², apesar de surgir com a finalidade de disciplinar as questões de finanças públicas, dispor sobre gestão financeira, patrimonial e acerca das normas orçamentárias, excluiu de seu plexo normativo dispositivos que se referem a fiscalização das instituições financeiras que operam no país, as “operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” e a “compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas voltadas ao desenvolvimento regional”.

Diploma legal de âmbito nacional³, abrange, portanto, os três Poderes, os Tribunais de Contas e o Ministério Público da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, inclusive, “as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes”, e funda-se no planejamento, na transparência, no controle e na sanção, além de encontrar-se dotada de dupla conotação ao impor responsabilidade ao Administrador Público pelo fiel cumprimento de suas funções e das expectativas do cidadão e exigir dele que preste conta dos mesmos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal norteia-se e estrutura-se em torno dos conceitos basilares de planejamento, transparência, controle e responsabilização do agente público. Além disso, prevê novas exigências para o gestor público que na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá pautar-se pelo princípio do equilíbrio orçamentário, que fixa a necessidade de equilíbrio real entre receita e despesa. Ademais, prevê que a Lei de Diretrizes Orçamentárias deve dispor acerca do contingenciamento ou da limitação de empenho, reserva de recursos para o pagamento de despesa comprometida, estabelecer normas para o controle de custos e prever critérios para

2 Evandro Martins Guerra tece duras críticas a esse termo e salienta que o mais apropriado seria a adoção de “Responsabilidade na Gestão Fiscal”, porquanto o legislador cuidou da gestão e execução da atividade financeira. Esclarece que o termo “Lei de Responsabilidade Fiscal” cria a falsa idéia de que o diploma legal cuida de matéria atinente à arrecadação de tributos.

3 Para alguns autores há regras na Lei Complementar nº 101/2000 que por serem muito específicas não se enquadrariam no conceito de normas gerais disciplinado pelo art. 24, I e § 1º, da Constituição da República, para legislar sobre direito financeiro e por isso não se aplicariam aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

a avaliação e aferição dos resultados dos programas financiados com recursos públicos, acerca das condições para transferências de recursos a entidades públicas e privadas, estar acompanhada do Anexo de Metas Fiscais e do Anexo de Riscos Fiscais.

O Anexo de Metas Fiscais deverá fixar as receitas, as despesas, o resultado primário⁴, o resultado nominal⁵, o montante da dívida pública para o exercício a que se referir e para os dois exercícios subsequentes⁶. Destarte, deverá conter um demonstrativo com a “memória e metodologia de cálculo que justifiquem os resultados pretendidos, comparando-as com as fixadas nos três exercícios anteriores, e evidenciando a consistência delas com as premissas e os objetivos da política econômica nacional”, a “evolução do patrimônio líquido, também nos últimos três exercícios, destacando a origem e a aplicação dos recursos obtidos com a alienação de ativos”, a “avaliação da situação financeira e atuarial dos regimes geral de previdência social e próprio dos servidores públicos, do Fundo de Amparo ao Trabalhador e dos demais fundos públicos e programas estatais de natureza atuarial”, bem como a “estimativa e compensação da renúncia de receita e da margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado”⁷.

No Anexo de Riscos Fiscais serão avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, no caso de se concretizarem⁸. Por fim, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que na Lei de Diretrizes Orçamentárias da União deve haver previsão dos objetivos das políticas monetária, creditícia e cambial, além dos parâmetros e projeções para seus principais agregados e variáveis e das metas de inflação para o exercício seguinte.

Para assegurar o seu fiel cumprimento, além dos supramencionados “instrumentos de transparência da gestão fiscal”⁹,

4 Resultado primário é diferença entre receita e despesa, com exclusão dos juros e principal da dívida paga e recebida.

5 Resultado nominal é a diferença entre todas as receitas e todas as despesas.

6 Art. 4º, § 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

7 Art. 4º, § 2º, I, II, III, IV e V, da Lei Complementar nº 101/2000.

8 Art. 4º, § 3º, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

9 Denominação utilizada por Márcio Novaes Cavalcanti.

impôs limites para o endividamento, fixou diversas sanções pelo seu descumprimento, instituiu uma série de mecanismos de controle técnico e social da gestão, através da participação popular com a previsão de audiências públicas para a elaboração e discussão da lei de diretrizes orçamentárias e dos orçamentos, bem como fortaleceu o exercício constitucional do controle interno e externo ao lhes permitir o acompanhamento ou monitoramento das finanças públicas.

Diante de tantas novidades talvez por isso esse diploma legal tenha causado acalorada discussão e propiciado enorme repercussão, e ainda hoje se encontre pendente de uma série de impugnações, mediante a arguição de inconstitucionalidade¹⁰, em trâmite perante a Suprema Corte, por suposta violação ao princípio federativo e a harmonia dos Poderes, algumas, porém, superadas¹¹, como a que se referia ao vício de tramitação por inobservância do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

3. CONCEITO, SISTEMAS E FORMAS DE CONTROLE

Cabe mencionar que não há consenso em torno da palavra controle, ao qual se atribui inúmeros significados dentre eles o de dominação, direção, limitação, vigilância ou fiscalização, verificação, registro etc. Conforme Evandro Martins Guerra, “em síntese, controle da Administração Pública é a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever, já que uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator”¹².

Em linhas gerais o controle da Administração Pública pode ser exercido por meio do Sistema de Tribunais ou Conselhos de Contas ou pelo Sistema de Controladorias ou Auditorias. Caracteriza-se o Sistema

10 Na Colenda Suprema Corte existe diversas demandas que questionam a constitucionalidade da Lei de Responsabilidade Fiscal, dentre elas destacam-se a Adins 2365-9, 2241-5, 2238, 2256-3 e a ADPF 24-6, e aguardam pronunciamento.

11 Em decisão proferida em sede de liminar na ADIn 2238.

12 GUERRA, Evandro Martins. Os controles externo e interno da Administração Pública. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005, pp-90.

de Tribunais ou Conselhos de Contas por contar com um órgão colegiado, com autonomia em relação aos demais poderes do Estado e geralmente subordinados ou auxiliares do Poder Legislativo, com a garantia de vitaliciedade de seus membros, competência coercitiva (possibilidade de impor sanções pecuniárias e não pecuniárias) e jurisdicional (instância administrativa). Por sua vez, no Sistema de Controladoria ou Auditorias verifica-se a existência de um órgão unipessoal, com regime de mandato de seu membro, competência consultiva e opinativa, sem competência coercitiva e jurisdicional.

Contudo, a diferença mais marcante entre o Sistema de Controladoria ou Auditorias e o Sistema de Tribunais e Conselhos de Contas restringia-se basicamente pela ênfase dada naquele aos aspectos legais e de mérito do ato administrativo. Atualmente tanto no Sistema de Tribunais e Conselhos de Contas quanto no Sistema de Controladoria ou Auditorias há o controle não só do aspecto formal, bem como do aspecto referente ao mérito do ato administrativo que atinge a economicidade, eficiência, legitimidade e resultados.

No tocante à forma de exercer o controle dos atos da Administração Pública inúmeras são as classificações elaboradas pela doutrina especializada e maneiras previstas pelo legislador constitucional e infraconstitucional, mas nos deteremos aqui em função dos objetivos desse trabalho apenas aos aspectos do controle quanto ao posicionamento do órgão controlador e controlado e quanto ao momento de sua efetivação.

Com efeito, o controle quanto ao posicionamento do órgão controlador e controlado efetua-se por meio de controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com auxílio do Tribunal de Contas da União, e por meio de controle interno, realizado por cada Poder e entidade da Administração direta e indireta. E quanto ao momento em que se dá essa efetivação temos o controle prévio, concomitante e posterior. O controle prévio é aquele efetuado antes da realização do ato administrativo, o controle concomitante e sucessivo efetua-se no exato momento em que se realiza o ato administrativo e o controle posterior é aquele que ocorre após a feitura do ato administrativo.

No Sistema Constitucional de Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária, adotado também pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, em virtude do princípio da simetria, atualmente em vigor

adota-se o Sistema de Tribunais e Conselhos de Contas¹³, bem como enfatiza e privilegia o controle externo dos atos da Administração Pública em momento posterior a sua realização. Asseveram, inclusive, alguns autores que no atual sistema de controle externo não existe margem para o controle prévio dos atos da Administração Pública¹⁴.

Contudo, o sistema em vigor não veda o controle externo também de forma prévia e concomitante a realização do ato pela Administração Pública. Anote-se, todavia, que o controle prévio que se está aqui a mencionar não deve ser entendido como requisito de validade da prática do ato, mas apenas como aquele efetuado antes da realização do ato objeto de fiscalização, tais como o controle dos editais de licitação e as auditorias realizadas em face de quaisquer órgãos ou entidades responsáveis pela administração e gestão de recursos públicos.

Coaduna-se com esse entendimento a Lei de Responsabilidade Fiscal ao inovar e atribuir o controle prévio e concomitante da gestão fiscal aos Tribunais e Conselhos de Contas que darão ênfase ao atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, aos limites e condições para realização de operações de créditos e inscrição em restos a pagar, medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, as providências tomadas para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites, a destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e legais e o cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais.

13 Esse sistema foi adotado por iniciativa de Rui Barbosa, no ano de 1890, à época Ministro da Fazenda, através do Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que criou o Tribunal de Contas da União. Contudo, apesar de criado apenas no ano de 1893 por obra do Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa o mesmo foi instituído. Adotou-se inicialmente o modelo italiano no qual há possibilidade de registro prévio, mas sem sujeição a veto. Todavia, após intensas divergências o Presidente Floriano Peixoto determinou que o controle efetuado pelo Tribunal de Contas da União se desse a posteriori, ato que motivou a renúncia de Serzedello Corrêa.

14 Dentre eles destaque-se Luiz Emygdio F. da Rosa Júnior que defende que no “nosso sistema constitucional atual não consagra o controle prévio, que é feito antes da prática do ato de execução orçamentária, tendo desaparecido desde a CF de 1967. Tal tipo de controle, além de implicar na interferência do poder Legislativo e do Tribunal de Contas sobre a atividade do Poder Executivo, retarda a execução dos contratos, tendo sido substituído pelo sistema de sustação dos atos ilegais (CF, art. 71, IX e X)”.

4. O CONTROLE PRÉVIO E CONCOMITANTE DA GESTÃO FISCAL

Conforme demonstrado, de acordo com as inovações introduzidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal os atos da Administração Pública praticados no exercício da atividade financeira do Estado¹⁵ submeter-se-ão tanto ao controle externo posterior como ao controle externo prévio e concomitante efetuado pelos Tribunais e Conselhos de Contas.

Constata-se que essa inovação extrai sua validade da própria Constituição da República que permite que o controle externo possa ser efetuado de forma prévia e concomitante à realização do ato administrativo, mormente que incumbe aos Tribunais e Conselhos de Contas a atribuição de “realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades...” “... da administração direta e indireta, incluída as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”¹⁶.

Destarte, essa submissão da atividade financeira do Estado ao controle externo prévio e concomitante decorre da função estabilizadora atribuída pela moderna teoria das finanças públicas¹⁷ ao governo. É que o fim último da Lei de Responsabilidade Fiscal encontra-se justamente no controle da atividade financeira do Estado permitindo a prevenção dos riscos e a correção dos desvios “capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito,

15 Atividade Financeira do Estado define-se como obtenção, criação, gestão e planejamento das despesas para efetivar as políticas públicas.

16 Art. 71, IV, c/c art. 71, II, da Constituição da República.

17 De acordo com a moderna teoria das finanças públicas exposta por Carlos André Silva Támez e José Jayme Moraes Junior as atribuições de governo classificam-se em função alocativa, função distributiva, função estabilizadora e função reguladora. Pela função estabilizadora o governo objetiva controlar a demanda agregada a fim de atenuar os impactos causados pelas crises inflacionárias ou de recessão econômica. Para essa finalidade o governo utiliza do controle dos gastos, do crédito público e do aumento da tributação.

inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em restos a pagar”.¹⁸

Na esteira desse entendimento a Lei de Responsabilidade Fiscal preceitua o controle externo prévio ao atribuir aos Tribunais e Conselhos de Contas a possibilidade de analisarem os cálculos dos limites da despesa total de pessoal de cada Poder e órgãos, se as operações de crédito, inclusive, aquelas por antecipação de receita, foram regularmente contratadas e liquidadas, se a inscrição em restos a pagar sujeitou-se aos termos legais, se os Estados e Municípios ajustaram no prazo as respectivas despesas consolidada e se o Poder Legislativo Municipal atende os limites de gastos fixados de forma constitucional e infraconstitucional.

A despesa pública pode ter dois significados, “em primeiro lugar, designa o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos. Pode também significar a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro duma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo”, consoante dispõe Aliomar Baleeiro, citado por Kiyoshi Harada¹⁹.

Por conseguinte, a despesa pública obedecerá aos ditames constitucionais e legais, tais como a vedação de ser realizada sem previsão orçamentária e de sofrer transposição, remanejamento, transferência de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro sem prévia autorização legislativa e ao atendimento das fases legalmente previstas²⁰, além de sujeitar o seu responsável ao dever de prestar contas. Sem sombras de dúvidas, diversas são as classificações formuladas para as despesas públicas. Para discutir o problema ora proposto adota-se àquela que a classifica em despesa pública orçamentária e despesa pública extra-orçamentária.

“A despesa orçamentária, necessária para a execução dos programas de governo, chamada por alguns autores de despesa pública, é

18 art. 1º, § 1º, da LRF.

19 HARADA, KIYOSHI. **Compêndio de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1994, pág. 12/13.

20 A despesa realiza-se por intermédio de um procedimento legal composto de empenho, liquidação e pagamento, conforme art. 58 a 61 da Lei nº 4.320/64.

conceituada, segundo Baleeiro (2001, p. 73), sob dois prismas. O primeiro designa despesa pública como sendo ‘(...) o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de Direito Público, para funcionamento dos serviços públicos’. Nesse sentido, o autor insere a despesa como parte do Orçamento Público, consoante as classificações específicas e as autorizações legais para os gastos com as várias atribuições e funções governamentais. O outro conceito versa que despesa pública constitui ‘(...) a aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente, dentro de uma autorização legislativa, para execução de fim a cargo do governo’. Esse conceito, mais específico do que o anterior, condiciona a realização da despesa pública à existência de recursos financeiros, que, em realidade, constituem as receitas públicas, como também a necessária autorização do Poder Legislativo e a sanção do Chefe do Poder Executivo do ente respectivo”.²¹

A despesa extra-orçamentária “é a despesa que não consta da lei do orçamento, compreendendo as diversas saídas de numerário decorrentes do levantamento de depósitos, cauções, pagamentos de Restos a Pagar, resgate de operações de crédito por antecipação de receita, bem como quaisquer valores que se revistam por características de simples transitoriedade, recebidos anteriormente e que, na oportunidade, constituíram receitas extra-orçamentárias”²².

Os restos a pagar e as operações de crédito são compromissos financeiros largamente utilizados pelos gestores públicos para assunção de débitos de natureza voluntária, portanto, que exclui os débitos de natureza constitucional e legal, que são obrigatórios, como p. ex. as despesas com pessoal e as despesas de caráter continuado, e que se acaso não forem bem controlados podem acarretar a violação do equilíbrio fiscal e o endividamento indiscriminado do ente.

Para Regis Fernandes de Oliveira “a operação de crédito é uma figura contratual que pressupõe agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, nos exatos termos do art. 104 do CC. Guarda a peculiaridade, no caso de contratos públicos, pelo fato de que um dos contratantes é ente federativo. Trata-se de compromisso em razão de um empréstimo, gerando crédito e débito. Como salienta

21 BEZERRA FILHO, João Eudes, **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 79/80.

22 BEZERRA FILHO, João Eudes, **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 79/80.

GERALDO ATALIBA, ‘tanto é operação de crédito o levantamento direto de um empréstimo em dinheiro quanto a aquisição de bens e serviços para pagamento a médio ou longo prazo’”.²³

De acordo com a Lei Maior, as operações de crédito terão seus limites globais fixados por resolução do Senado Federal, proposta pelo Presidente da República, e deverá ser demonstrado que os seus limites e condições guardam coerência com as normas estabelecidas na lei de responsabilidade fiscal²⁴.

Os Restos a Pagar são “as despesas empenhadas, mas não pagas até o dia 31 de dezembro, distinguindo-se as processadas das não processadas” e o seu registro “far-se-á por exercício e por credor, distinguindo-se as despesas processadas das não processadas”, art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. “Os empenhos que correm a conta de créditos com vigência plurianual que não tenham sido liquidados, só serão computados como Restos a Pagar no último ano de vigência do crédito”²⁵.

Nesse contexto, “entendem-se, como Restos a Pagar Processados, as despesas, legalmente empenhadas, cujo objeto do empenho já foi recebido, ou seja, já ocorreu a liquidação, mas não houve o pagamento. Os Restos a Pagar Processados são, portanto, as despesas empenhadas e não pagas até 31/12 cujo objeto do empenho foi recebido (entrega do serviço, material, bem ou obra pelo fornecedor), respeitando o princípio da Competência”²⁶. E como “Restos a Pagar Não-Processados, as despesas, legalmente empenhadas, que não foram liquidadas e não-pagas até 31 de dezembro do mesmo exercício. O registro dos Restos a Pagar Não-Processados é feito em 31 de dezembro de cada ano, para respeitar o disposto no art. 36 da Lei nº 4.320/64, que determina que os empenhos emitidos e não-pagos, até 31 de dezembro, deverão ser inscritos em Restos a Pagar”²⁷.

23 OLIVEIRA, Regis Fernandes de Oliveira. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. rev. e atual. Editora: Revista dos Tribunais, 2008, pp-454.

24 Art. 52, VII, Constituição da República, c/c art. 30, inciso I, § 1º da LRF.

25 art. 92, parágrafo único, da Lei nº 4.320/64.

26 BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 117.

27 BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 117.

Por sua vez, “a inscrição de despesas como Restos a Pagar será automática, no encerramento do exercício financeiro de emissão da Nota de Empenho, desde que satisfaça às condições estabelecidas neste Decreto, e terá validade até 31 de dezembro do ano subsequente”²⁸.

O empenho de despesa não liquidada será considerado anulado em 31 de dezembro, para todos os fins, salvo quando “vigente o prazo para cumprimento da obrigação assumida pelo credor, nele estabelecida”, vencido o prazo de que trata o item anterior, mas esteja em curso a liquidação da despesa, ou seja, de interesse da Administração exigir o cumprimento da obrigação assumida pelo credor”, “se destinar a atender transferências a instituições públicas ou privadas”, e “corresponder a compromissos assumidos no exterior”²⁹.

No âmbito federal “os empenhos não-anulados, bem como os referentes a despesas já liquidadas e não-pagas, serão automaticamente inscritos em restos a pagar no encerramento do exercício, pelo valor devido, ou, caso seja este, desconhecido, pelo valor estimado”.³⁰

É importante de se ressaltar que a literatura especializada não diverge quanto ao conceito e classificação dos Resíduos Passivos ou, como mais comumente são denominados, Restos a Pagar, contudo, o mesmo não ocorre com relação à constitucionalidade e legalidade no procedimento de inscrição de despesas em Restos a Pagar Não-Processados.

A propósito, alguns adotam posicionamento extremamente radical quanto ao tema e sustentam que “é vedada a reinscrição de empenhos em restos a pagar. O reconhecimento de eventual direito do credor far-se-á através da emissão de nova nota de empenho, no exercício de reconhecimento, à conta de despesas de exercícios anteriores, respeitada a categoria econômica própria. Os restos a pagar com prescrição interrompida, assim considerada a despesa cuja inscrição em restos a pagar tenha sido cancelada, mas ainda vigente o direito do credor, poderão ser pagos à conta de despesas de exercícios anteriores, respeitada a categoria econômica própria. Em se tratando de pagamento

28 Art. 68 do Decreto nº 93.872/86, e suas alterações.

29 Art. 35 c/c art. 68 do Decreto nº 93.872/86 e suas posteriores alterações.

30 JUND, Sérgio. **AFO, administração financeira e orçamentária: teoria e 700 questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. Pág. 181.

de despesa inscrita em restos a pagar, pelo valor estimado, poderão ocorrer duas situações: a) o valor real a ser pago é superior ao valor inscrito. Nesse caso, a diferença deverá ser empenhada à conta de despesas de exercícios anteriores, de acordo com a categoria econômica; e b) o valor real a ser pago é inferior ao valor inscrito. O saldo existente deverá ser cancelado. O órgão competente para exercer o controle e disciplinar o tratamento de restos a pagar é a Secretaria do Tesouro Nacional-STN”³¹.

Outrossim, há autores que admitem a possibilidade da inscrição apenas dos Restos a Pagar Processados, visto que “o Decreto Federal n° 2.451, de 5-1-1998, que dispõe sobre a compatibilização entre a realização da receita e a execução da despesa, sobre a programação orçamentária e financeira do Poder Executivo para o exercício de 1998, estabelece em seu art. 19 que somente poderão ser inscritas em ‘Restos a Pagar’ as despesas efetivamente realizadas, ou seja, aquela em que o bem tenha sido entregue ou o serviço tenha sido executado”³².

Dentre eles, destacam-se os que propugnam pelo entendimento de que o ato de inscrição das despesas em Restos a Pagar Não-Processados apesar de não ferir o princípio da legalidade fere o princípio contábil da competência, supostamente tratar do famoso princípio da anualidade que norteia as normas de Direito Financeiro.

Cabe frisar que uma das características fundamentais do orçamento reside na sua periodicidade. Tradicionalmente entende-se que o exercício financeiro³³ corresponde ao período de um ano. Porém, a Constituição da República não esclarece se o exercício financeiro deve corresponder ao ano calendário ou ao ano civil³⁴. Todavia, prescreve que cabe à lei complementar disciplinar acerca do exercício financeiro, da vigência, dos prazos, da elaboração e da organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária

31 JUND, Sérgio. **AFO, administração financeira e orçamentária: teoria e 700 questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 181/182.

32 DA CRUZ, FLÁVIO. **Comentários à Lei n° 4.320**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 75.

33 Valdecir Pascoal diferencia o exercício financeiro do ciclo orçamentário. Conceitua-se este como o período em que se processam as atividades do processo orçamentário constituído pela elaboração, apreciação e votação, execução e controle e aquele como o período que vai de 1° de janeiro a 31 de dezembro.

34 Define-se o ano civil como o período corrido de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias, ou seja, ao período de 12 (doze) meses contados do dia do início ao dia e mês correspondentes do ano seguinte, conforme art. 1° da Lei n° 810, de 6 de setembro de 1949.

anual. Atualmente o exercício financeiro vai de 1º de janeiro a 31 de dezembro coincidindo com o ano-calendário³⁵.

Na esteira desse entendimento, alguns sustentam que apesar das normas permitirem a inscrição dos Restos a Pagar Não-Processados, o ideal seria que o gestor público quando constatasse que o fato gerador da despesa ainda não ocorreu avaliasse, primeiramente, a viabilidade de cancelar o empenho para somente depois de constatado a sua impossibilidade proceder a sua inscrição em Restos a Pagar Não-Processados.

Os que defendem essa teoria argumentam que “com esse procedimento, a Contabilidade Pública respeita a referida lei, mas fere o Princípio de Competência, o qual define que a despesa só deve afetar o resultado do exercício, no momento em que ocorrer o seu fato gerador. Entende-se como fato gerador da despesa: - O recebimento do serviço; - O consumo (uso) dos materiais; - O uso dos bens. Só deveríamos considerar a despesa para efeito de resultado, tecnicamente falando, quando da ocorrência de um dos fatos geradores acima mencionados, vez que, quando procedemos à inscrição de Restos a Pagar Não-Processados, no final do exercício, estamos reconhecendo, como despesa, um fato que ainda vai ocorrer, ou, dito de outra forma, uma despesa que não aconteceu de fato. Assim, apesar da Lei nº 4.320/64 permitir a inscrição em Restos a Pagar Não-Processados, é prudente que primeiramente se avalie a possibilidade de cancelar o empenho, procedendo-se à inscrição somente em caso de impossibilidade de tal exclusão”³⁶.

Seus adeptos acrescentam que no nosso país adota-se um regime misto, porquanto pertencem ao exercício financeiro às receitas e as despesas nele arrecadadas e empenhadas. É que apesar da adoção do princípio da competência para efetivação das despesas o mesmo não se aplica de forma integral aos sistemas financeiro e patrimonial. Ressaltam que existam diferentes enfoques no que concerne à apropriação da despesa mesmo em relação ao sistema orçamentário.

Roberto Bocaccio Piscitelli esclarece que “a leitura daquele dispositivo, pois, conduz à conclusão de que, para as despesas, o regime é o de competência e, para as receitas, o de caixa. Mas é importante assinalar

35 Art. 34 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, recepcionada como lei complementar.

36 BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, pág. 117/118.

que a regra do art. 35 tem todo sentido para o sistema orçamentário, mas não se aplica ‘integralmente’ aos sistemas financeiros e patrimoniais. A própria LRF estabelece que a despesa e a assunção de compromisso serão registradas segundo o regime de competência, apurando-se, em caráter complementar, o resultado dos fluxos financeiros pelo regime de caixa (art. 50, inc. II). Por outro lado, mesmo em relação ao sistema orçamentário, há diferentes enfoques no que concerne à apropriação da despesa; a STN, por exemplo, considera como execução orçamentária da despesa a ocorrência do estágio da liquidação, efetivado ou não o seu respectivo pagamento, como se pode constatar nos relatórios resumidos da execução orçamentária, financeira e patrimonial (bimestrais). E, na apuração do resultado primário, a STN se vale do regime de caixa para as receitas e despesas, inclusive as extra-orçamentárias.”³⁷

No que pertine ao assunto, encontra-se como paradigma o Acórdão 19/2007-Plenário no qual o Plenário do Tribunal de Contas da União, apesar de divergir da área técnica, adotou o entendimento, pela legalidade da prorrogação de Restos a Pagar Não Processados desde que haja edição de decreto³⁸, antes de expirar a vigência, prorrogando a validade dos Restos a Pagar Não Processado, nos seguintes termos:

EMENTA

ACOMPANHAMENTO. ATINGIMENTO DA META DE RESULTADO PRIMÁRIO PARA O GOVERNO FEDERAL. ILEGALIDADE DA PRORROGAÇÃO DE RESTOS A PAGAR APÓS SUA VIGÊNCIA. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

1. As limitações de empenho e de movimentação financeira, promovidas pelo Poder Executivo até agosto de 2006, atenderam a meta de resultado primário estabelecida para o Governo Federal no Anexo de Metas Fiscais da LDO para 2006, Lei 11.178/2005 (LDO para 2006).

2. É ilegal a prorrogação de restos a pagar quando realizadas, por meio da edição de decreto, posteriormente à vigência desses restos a pagar.

37 PISCITELLI, Roberto Bocaccio e outros. **Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública**. 8 ed. ver., ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004. pág. 28.

38 O Decreto nº 6.708, de 23 de dezembro de 2008, prorrogou a validade dos Restos a Pagar Não Processados inscritos no exercício financeiro de 2007 para 30 de dezembro de 2009.

Nesse acórdão paradigmático, o Tribunal de Contas da União entendeu que esse procedimento não violaria o princípio da legalidade tampouco o princípio do equilíbrio orçamentário, haja vista que a meta do resultado primário fixada na Lei de Diretrizes Orçamentárias teria sido atingida.

Com relação ao controle externo concomitante, verifica-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal o prevê quando preceitua que incumbe aos Tribunais e Conselhos de Contas a possibilidade de efetuarem o controle das metas contidas no Anexo de Metas que integra a Lei de Diretrizes Orçamentárias.

No exercício dessa atribuição os Tribunais e Conselhos de Contas acompanharão a atividade financeira do Estado a fim de evitar que o montante total da despesa com pessoal, da dívida consolidada e mobiliária, das operações de crédito e concessão de garantia ultrapassem o limite de 90% (noventa por cento) do limite. Permitem-se ainda aos Tribunais e Conselhos de Contas que acompanhem os gastos com inativos e pensionistas, os fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas e os indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Aos Tribunais e Conselhos de Contas incumbem também analisar se o produto arrecadado com a venda de bens permanentes, tais como ações e imóveis, foram de fato aplicados em despesa de capital e verificar a regularidade do cálculo da receita corrente líquida e dos cálculos dos limites da despesa total com pessoal. A Lei de Responsabilidade atribui ainda ao Tribunal de Contas da União a incumbência de acompanhar a aquisição de títulos da União e a observância pelo Tesouro Nacional da vedação de adquirir títulos da dívida pública federal existente na carteira do Banco Central do Brasil.

Deflui-se do exposto que ao exercer o controle prévio e concomitante da gestão fiscal os Tribunais e Conselhos de Contas analisam se houve observância das condições para a realização de operações de créditos, se houve sujeição à lei no ato de inscrição em restos a pagar, se houve o atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, se houve desvio de recursos obtidos, se os sistemas de previdência dos servidores encontram-se submissos a uma avaliação periódica.

À luz das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal verifica-se que em termos de controle externo ela também inova, contudo, sem macular a Lei Maior, ao atribuir aos Tribunais e Conselhos de Contas a função preventiva e exclusiva³⁹ de fiscalizar a responsabilidade na gestão fiscal dos três Poderes e do Ministério Público.

5. A IMPORTÂNCIA E A IMEDIATA CONSEQÜÊNCIA DO DESEMPENHO DO CONTROLE PRÉVIO E CONCOMITANTE DA GESTÃO FISCAL PELOS TRIBUNAIS E CONSELHOS DE CONTAS DIANTE DO ATUAL CENÁRIO DA CRISE FINANCEIRA MUNDIAL.

No atual cenário da crise financeira mundial, o exercício do controle prévio e concomitante da responsabilidade na gestão fiscal exsurge como um importante mecanismo de controle técnico a ser desempenhado pelos Tribunais e Conselhos de Contas, haja vista que permite que efetuem o alerta⁴⁰ aos três Poderes e ao Ministério Público no caso de vislumbrem a possibilidade de ocorrência de fatos que possam fazer com que os gastos públicos superem o limite legal de 90% (noventa por cento) do endividamento, podendo assim comprometer os resultados dos programas e a gestão orçamentária.

Essa atribuição permite que os Tribunais e Conselhos de Contas efetuem o controle prévio, que antecede a conclusão ou operatividade do ato sem sujeitar sua eficácia, e o controle concomitante ou sucessivo, pois lhes atribuem à função de acompanhar ou monitorarem a execução do orçamento, e no caso de verificarem, ao final de cada bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário e nominal previstas no Anexo de Metas Fiscais, expeçam um alerta aos três Poderes e ao Ministério Público para que promovam, nos 30 (trinta) dias subsequentes, e por ato próprio, a limitação de empenho e de movimentação financeira nos montantes necessários e segundo os critérios da lei de diretrizes orçamentárias.

39 Segundo alguns autores essa atribuição compete com exclusividade aos Tribunais e Conselhos de Contas, porquanto o Poder Legislativo não poderia encarregar-se de o fazer diretamente.

40 Valdecir Pascoal sustenta que o limite de alerta, previsto no art. 59, §§ 1º e 2º, da LRF, diferencia-se do limite prudencial, previsto no art. 22, parágrafo único, da LRF. Em primeiro lugar pelo valor do percentual, mormente que o limite de alerta se dá quando o gasto com pessoal atingir 90% do limite legal e o limite prudencial quando atingir 95% do limite legal. E por último pelas consequências, porquanto enquanto o atingimento do limite de alerta não provoca nenhuma sanção o atingimento do limite prudencial acarretará a aplicação de sanções institucionais ao ente federado que o descumprir.

Se de qualquer forma houver uma recomposição da receita prevista, ainda que de forma parcial, haverá também de forma proporcional a recomposição das dotações cujos empenhos foram limitados ou contingenciados. Ademais, com relação à operação de crédito deverá ser reduzida em pelos menos 25% (vinte e cinco por cento) no caso de ultrapassar os limites fixados em resolução pelo Senado Federal.

Todavia, nem todas as despesas poderão ser objeto de contingenciamento ou de limitação de empenho e movimentação financeira, mormente que as despesas que constituem obrigações constitucionais e legais do ente, tais como despesas com saúde, educação e o pagamento dos proventos e pensões dos servidores públicos, as destinadas ao pagamento da dívida e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias, não podem ser contingenciadas. Destarte, quando houver a ocorrência de calamidade pública, reconhecida pelo Congresso Nacional no caso da União, e pela Assembléia Legislativa, no caso dos Estados e Municípios, estado de sítio ou estado de defesa haverá dispensa do contingenciamento ou da limitação do empenho e do atingimento dos resultados fiscais.

Vê-se que o contingenciamento causará maior impacto nas obrigações assumidas pelo Estado em virtude da celebração de contratos administrativos, bem como a forte influência exercida pelos credores internacionais na elaboração da nossa Lei de Responsabilidade Fiscal, mormente que no caso de ocorrência do desvio do cumprimento das metas o gestor público reduzirá os gastos excepcionando, contudo, os destinados ao pagamento dos juros do serviço da nossa dívida externa.

Se por acaso o Ministério Público e os três Poderes se recusarem a promover, por ato próprio e nos montantes necessários, no prazo de 30 (trinta) dias, o contingenciamento dos valores empenhados e a limitação da movimentação financeira o Poder Executivo não poderá suprir essa omissão, porquanto o dispositivo legal que assim o permitia teve sua aplicação suspensa⁴¹. É que admitir essa possibilidade seria admitir a própria violação do princípio da harmonia dos poderes, *check and balances*, e da autonomia administrativa e financeira atribuída ao Poder, Legislativo, ao Poder Judiciário e ao Ministério Público.

41 O § 3º do art. 9º da LRF teve a sua aplicação suspensa por decisão proferida, em sede de medida liminar, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal na ADIn 2.238-5.

Ressalte-se, contudo, que esse impedimento não induz a ineficácia desse mecanismo de controle técnico da gestão. É que apesar de ao Poder Executivo não ser permitido promover a limitação do empenho e da movimentação financeira dos valores financeiros do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público, a Lei de Responsabilidade Fiscal prevê uma série de sanções institucionais que poderão ser impostas aos diversos entes e órgãos da federação no caso em que a despesa total com pessoal exceda a 95% (noventa e cinco por cento).

A *priori*, constatado o atingimento desse limite o Poder ou órgão que incorreu no excesso ficará proibido de conceder vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração a qualquer título, com exceção daqueles decorrentes de decisão judicial ou determinação legal ou contratual, de criar cargo, emprego ou função, alterar a estrutura de carreira que implique aumento de despesa, prover cargo, admitir ou contratar pessoal a qualquer título, excepcionando as reposições decorrentes de aposentadoria ou falecimento de servidores da área de educação, saúde e segurança, além de contratar hora extra, salvo no caso de convocação extraordinária do Congresso Nacional a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Câmara dos Deputados, do Presidente do Senado Federal ou da maioria dos membros de ambas as Casas por motivo de urgência ou interesse público relevante.

Dentre as sanções de natureza político-administrativa destacam-se ainda a vedação de receber transferências voluntárias, com exceção das destinadas as áreas da saúde, educação e assistência social, de contratar operações de créditos, com exceção dos destinados ao custeio de programas de demissão voluntária e refinanciamento do principal da Dívida Mobiliária, e de obter garantias direta ou indiretamente de outro ente. No caso da despesa com pessoal ultrapassar o limite de 95% (noventa e cinco por cento) no primeiro quadrimestre do último ano do mandato dos titulares de Poder ou órgão essas sanções serão aplicadas imediatamente.

No tocante a responsabilização pessoal do gestor de recursos públicos que se recusar a promover o devido contingenciamento, mencione-se que poderá através de decisão proferida em processo de tomada de contas especial⁴² ser condenado a recompor o dano causado

⁴² De acordo com o art. 8º da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, c/c o art. 1º da Instrução Normativa TCU Nº 56, de 5 de dezembro de

ao erário, a pagar multa proporcional⁴³ e ser declarado inelegível. É que a inobservância pelo Administrador Público do princípio do equilíbrio orçamentário e a sua omissão em promover o contingenciamento ou a limitação dos empenhos ensejará a ilegalidade da despesa e a irregularidade das contas.

Anote-se que as decisões dos Tribunais e Conselhos de Contas que imputem débito ou multa terão eficácia de título executivo extrajudicial⁴⁴ e poderão ser executadas pelos procuradores ou advogados da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, e de suas respectivas autarquias e fundações, na forma da lei processual civil. Em se tratando de título executivo extrajudicial evidencia-se que as decisões dos Tribunais e Conselhos de Contas de que resulte imputação de débito ou multa encontram-se como uma das raras, ou talvez a única, a ter amparo constitucional. Por isso atrevo-me a designá-lo como título executivo extrajudicial constitucional.

No seara federal, encontra-se ainda a possibilidade de o Tribunal de Contas da União, caso verifique a ocorrência de grave irregularidade na gestão das finanças públicas, declarar o Administrador Público responsável inabilitado para exercer qualquer cargo em comissão ou função de confiança. Outrossim, permite-se que declare inidôneo para participar de qualquer licitação na Administração Pública Federal o licitante que comprovadamente tenha participado de fraude, além é claro da imposição aos responsáveis que restitua os recursos de que indevidamente se apossaram ou recomponham o dano causado ao patrimônio público. As sanções restritivas de inabilitação e de inidoneidade restringem-se ao período de 5 (cinco) anos.

Outra medida a ser adotada pelos Tribunais e Conselhos de Contas consiste na possibilidade de sustar o ato eivado de irregularidade

2007, conceitua-se a tomada de contas especial como um processo administrativo de controle instaurado, no caso de omissão no dever legal de prestar contas ou no caso de não comprovação de regularidade na aplicação de recursos repassados, ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, ou a prática de qualquer ato ilegítimo, ilegal ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a fim de apurar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar os danos.

43 No âmbito federal a aplicação de multa encontra-se disciplinada no art. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. A Portaria TCU Nº 96, de 26 de janeiro de 2009, publicada no DOU de 28 de janeiro de 2009, fixou em R\$ 34.825,94 (trinta e quatro mil oitocentos e vinte e cinco reais e noventa e quatro centavos) para o exercício de 2009 o valor máximo da multa.

44 Art. 72, § 2º, da Constituição da República.

ou ilegalidade. Nesse caso, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão primeiro fixar um prazo para que o gestor público sane as irregularidades ou ilegalidades e somente depois de ultrapassado o período fixado sustará a execução do ato. Porém, saliente-se que no caso de a irregularidade ou ilegalidade ser verificada em contrato os Tribunais e Conselhos de Contas comunicará o fato ao Poder Legislativo que suspenderá o cumprimento do ajuste caso concorde com o posicionamento adotado pelos Tribunais e Conselhos de Contas.

Segundo a doutrina especializada a Constituição da República não atribui aos Tribunais e Conselhos de Contas a possibilidade de desfazerem o ato eivado de irregularidade ou ilegalidade. Na verdade o que tal dispositivo prevê é que se as Cortes de Contas considerarem ilegal o ato determinará que o Administrador Público desfaza-o no prazo fixado e no caso de sua recusa sustará os efeitos do ato que não produzirá nenhum efeito. Contudo, no caso de recusa do gestor público em desfazer o ato ilegal ou irregular no prazo fixado e na, consequente sustação de seus efeitos continuará o mesmo a deter a responsabilidade pelo seu desfazimento.

Malgrado, em sentido diametralmente oposto posicionou-se o Colendo Supremo Tribunal Federal que adotou o entendimento de que as Cortes de Contas podem não só suspender o ato como declararem a sua nulidade, inclusive, do contrato administrativo, *in verbis*:

MS 23723/DF - DISTRITO FEDERAL

MANDADO DE SEGURANÇA

Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 06/03/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 22-03-2002 PP-00032

EMENT VOL-02062-02 PP-00281

EMENTA:- Mandado de segurança. Decisão do Tribunal de Contas da União que anulou a Concorrência MARE n.º 004/98, destinada à prestação de serviços de apoio marítimo à massa da extinta Companhia de Navegação Lloyd Brasileiro Ltda. 2. Representação

ao TCU, proposta pela impetrante, julgada procedente pela Corte de Contas, por ter sido comprovada a ocorrência de irregularidades na licitação. 3. Incabível falar-se em direito líquido e certo da impetrante à adjudicação compulsória e conseqüente consecução do contrato dos serviços licitados, eis que “o ato administrativo em que se basearia seu suposto direito foi considerado nulo, por vício insanável, não cabendo, destarte, dele extrair efeitos jurídicos a beneficiarem a requerente no que pretende”. 4. Mandado de segurança indeferido.

Por fim, incumbe aos Tribunais e Conselhos de Contas comunicarem ao Ministério Público acerca da irregularidade e ilegalidade do ato para que promova a respectiva ação penal, com fundamento na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que acrescentou novos dispositivos ao Código Penal, referente aos crimes contra as finanças públicas, e a ação de improbidade administrativa, prevista no art. 37, § 4º, da Constituição de República, disciplinada pela Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

No que pertine aos agentes políticos, ocupantes dos cargos estruturantes da organização política do país, há de se rememorar que atualmente encontram-se excluídos da incidência da disciplina da Lei nº 8.429/92 e responderão apenas por crime de responsabilidade, com fundamento no art. 102, I, c, da Constituição da República, disciplinado pela Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e pelo Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, consoante entendimento adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal na Reclamação nº 2.138/DF.

Em se tratando de evitar ou minimizar o impacto dos efeitos que a atual crise financeira mundial possa causar na nossa economia e principalmente nas finanças públicas evidencia-se que o melhor seria que os gestores do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário e do Ministério Público ao receberem o alerta dos Tribunais e Conselhos de Contas, em caso de constatação que os gastos públicos possam superar os limites legais de endividamento, realizassem imediatamente a limitação dos empenhos e da movimentação financeira, mas se acaso isso não ocorrer esses responsáveis não ficarão indenidos, pois se sujeitarão a imposição de sanções penais, administrativas e por ato de improbidade.

6. CONCLUSÃO

Do apontado cenário verifica-se que o controle externo das finanças públicas, nos moldes traçados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, será de suma importância para o enfrentamento da atual crise financeira mundial, de duração e extensão ainda imprevisíveis, pelo nosso país.

Isto porque somente a gestão responsável das finanças públicas, com o controle das receitas, despesas e do endividamento público, poderá evitar que o país sofra com a esperada e temida desaceleração do crescimento ocasionada pela atual crise financeira mundial.

E nesse contexto será de suma importância a atuação dos Tribunais e Conselhos de Contas na realização do controle prévio e concomitante da atividade financeira do Estado pela possibilidade de poderem efetuar um alerta quando o nosso país atingir níveis alarmantes e insuportáveis de endividamento.

7. REFERÊNCIAS

BEZERRA FILHO, João Eudes. **Contabilidade Pública: teoria, técnica de elaboração de balanços e questões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

CAVALCANTI, Márcio Novaes. **Fundamentos da Lei de Responsabilidade Fiscal**. São Paulo: Dialética, 2001.

CONTI, José Mauricio. **Orçamentos públicos: a Lei 4.320/64 comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DA CRUZ, FLÁVIO. **Comentários à Lei nº 4.320**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Tribunais de Contas no Brasil**. São Paulo: Dialética, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da Administração Pública**. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2004, pág. 86/87.

HARADA, Kiyoshi. **Compêndio de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Resenha Tributária, 1994.

JUND, Sérgio. **AFO, administração financeira e orçamentária: teoria e 700 questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

KELLES, Márcio Ferreira. **Controle da Administração Pública Democrática: Tribunal de Contas no controle da LRF**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A lei 4.320 comentada**. 27ª ed., rev., atual. Rio de Janeiro: IBAM, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva, Carlos Valder do Nascimento e outros. **Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de Direito Financeiro**. 2ª ed. rev. e atual. Editora: Revista dos Tribunais, 2008.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito Financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 370 questões**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio e outros. **Contabilidade pública: uma abordagem da administração financeira pública**. 8ª ed. rev., ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2004.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 17^a ed. rev., ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

TÁMEZ, Carlos Alberto e outros. **Finanças Públicas: teoria e mais de 350 questões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ZYMLER, Benjamim. **Direito Administrativo e Controle**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Ulisses Fernandes Silva
Advogado da União,
Assessor Jurídico

Cristiane Souza Fernandes Curto
Advogado da União

1 INTRODUÇÃO

A concepção do conceito de poder conferido ao administrador público deve encontrar-se estritamente ligada à noção de controle. Tal faz-se obrigatório ainda em face do Estado Democrático de Direito, haja vista a real necessidade de prevalência do interesse público sobre o particular. No caminho da limitação deve trilhar o ato administrativo, pois o administrador exerce tão somente a detenção dos bens que governa, posto que não possa deles dispor, fazendo prevalecer seus interesses pessoais. O objetivo primordial da atividade administrativa é a busca pela concretização do interesse público e do bem comum.

Assim, para a boa consecução do fim público são delegadas funções ao administrador. Alguns atos são cercados de limitações legais estreitas e rígidas (atos administrativos vinculados). Outros possuem certa margem de liberdade e discricção, igualmente conferida pela lei (atos administrativos discricionários).

Porém, ao analisarmos a liberdade inerente ao ato administrativo discricionário verificamos que ela não é desvinculada do já mencionado interesse público. Assim como o ato administrativo vinculado, o ato discricionário deve obedecer aos ditames legais e, ainda mais, demonstrar concretamente proporcionalidade e íntima ligação com os anseios públicos.

2 O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Com a Constituição da República de 1988 veio a lume uma série de conceitos ligados ao Princípio da Legalidade. Dentre eles, aqueles que envolvem a Administração Pública, haja vista que o administrador somente pode exercer o que estiver em conformidade com a Lei.

Este é o cerne da teoria dos freios e contrapesos, que trouxe a ideia de que o poder público deve conviver com limitações e ser controlado pelo próprio poder¹.

1 Apesar de a teoria dos freios e contrapesos não configurar mais aquela rigidez remota. A ampliação das atividades estatais impôs nova visão à teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo, executivo e destes com o judiciário, tanto que José Afonso da Silva prefere falar em colaboração de poderes.

Contudo, a lei não pode prever todas as situações fáticas com que o administrador irá se deparar. Assim, torna-se imperiosa a delegação de competência ao agente público para promover um juízo particular de escolha sobre determinados assuntos.

Insta salientar que em atendimento aos princípios constitucionais os atos discricionários não entregam ao administrador uma liberdade absoluta de agir. Não é possível uma desvinculação do fim legal, que é o termo que a lei explícita ou implicitamente busca alcançar.

Neste ponto, é elucidativa a visão de Luiz Roberto Barroso:

A discricionariedade é, portanto, serva do interesse público e um instrumento para melhor atender à finalidade pública estabelecida na lei que confere à Administração a competência discricionária. (BARROSO, 2003, p. 363).

De outro passo, boa parte da abalizada doutrina entende que a discricionariedade administrativa deve encontrar-se atrelada ao conceito de interpretação da norma jurídica. Nesse viés, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define discricionariedade como:

A adoção de uma ou outra solução feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma, a finalidade, a lei impõe limitações. Daí se diz que a discricionariedade implica a liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei (DI PIETRO, 2005, p. 205)

Assim, é de se concluir que, apesar de tênues divergências entre as correntes doutrinárias, ambas defendem que, dentro do conceito atual, a discricionariedade encontra-se atrelada à autonomia do Administrador Público para exercer a função de escolher em uma situação concreta, dentro dos limites estabelecidos legalmente, a melhor opção a ser seguida para que o interesse público seja privilegiado.

Na chamada competência vinculada, a legislação já delineou de maneira detalhada o caminho que o administrador deve trilhar. Já na competência discricionária, a própria lei admite para a solução de um mesmo caso concreto mais de uma solução possível. A decisão a ser tomada pelo administrador estará circunscrita ao juízo de conveniência e oportunidade.

Portanto, a decisão tomada na margem da competência discricionária não depende tão somente de uma pura e simples análise do ajuste da norma abstrata ao caso concreto, mas sim de uma série de outros fatores ligados à idéia original dos conceitos de conveniência e oportunidade administrativas.

Para fechar este viés conceitual, frise-se que uma definição, à primeira vista alargada da liberdade discricionária, não significa admitir a ausência completa de controle aos atos administrativos exercidos sob seu pálio, sob pena de admitirem-se brechas e legalizarmos atos favoráveis aos interesses puramente particulares em detrimento dos públicos.

3 DA NECESSIDADE DE LIMITAÇÃO AO ATO DISCRICIONÁRIO

Para garantir que a decisão administrativa tomada sobre o pálio da discricionariedade ajustar-se-á perfeitamente à situação concreta, além da coerência entre a esta decisão e a finalidade pública albergada em lei, é indispensável a observância aos princípios constitucionais, em especial os da proporcionalidade e razoabilidade.

Nessemesmodiapasão, instasalientaraconsagraçãoconstitucional dos princípios da moralidade administrativa e da eficiência, que superam a abrangência da simples legalidade formal. A análise do próprio art. 37, *caput*, da Lei Maior permite deduzir que as considerações a respeito da moralidade e eficiência das condutas administrativas extrapolam, em muito, as ponderações em torno de sua legalidade, o que, na prática, aperfeiçoou o nosso sistema de controle da atividade discricionária.

Portanto, a barreira relativa ao controle do mérito administrativo que antes parecia inexpurgável, pouco a pouco começa a tornar-se mais transponível, posto que a legalidade, moralidade e eficiência dos atos administrativos devem ser controladas. E este controle pode ser interno ou externo, a depender do órgão que o realiza e ainda, prévio,

concomitante ou subsequente, segundo o momento em que é ou será realizado.

O controle interno é o efetuado no âmbito da própria Administração. Destarte, qualquer controle efetivado pela entidade ou órgão responsável pela atividade sobre seus serviços ou agentes é considerado interno. A Constituição Federal de 1988 estabelece que os três poderes de Estado possuam sistema de controle interno de forma integrada. Este é o primeiro momento para a fiscalização dos limites da discricionariedade dos atos.

Desta feita, as irregularidades observadas ainda na esfera interna devem ser, de pronto, corrigidas pelo próprio responsável e, inclusive, levadas ao conhecimento do Tribunal de Contas da União², que é um dos órgãos que exerce o controle externo do ato.

Além disso, o Poder Judiciário, quando provocado, igualmente poderá aferir a solução adotada pelo administrador na prática do ato administrativo discricionário, de acordo com as balizas legais.

Há que se ressaltar que a *Lex Fundamentalis* inovou ao criar novas formas deveras eficientes de controles institucionais dos atos administrativos, conforme apregoa Alice Gonzalez Borges³:

Temos o aperfeiçoamento dos controles efetuados pelos Tribunais de Contas em dimensão nunca dantes alcançada. Temos o extraordinário papel conferido ao Legislativo para o exercício permanente da vigilância sobre os atos da Administração, expressa na atuação soberana das comissões parlamentares de inquérito dotadas de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (art. 58, §3º). Temos as inusitadas atribuições conferidas à comissão mista permanente, prevista no art. 166, para examinar o próprio mérito das diretrizes orçamentárias e dos planos e programas do Governo. Temos, ainda, o aperfeiçoamento e a criação de novos e mais eficazes remédios judiciais em defesa dos direitos e garantias dos cidadãos.

2 Sob pena de responsabilidade solidária, conforme letra expressa dos artigos 74, *caput*, e 1º da Constituição da República de 1988.

3 BORGES, Alice Gonzalez. **O controle jurisdicional da Administração Pública**. Revista de Direito Administrativo, n.162, Rio de Janeiro: FGV, abril-junho, 1993, p. 49-60

Como instrumentos impulsionadores de toda essa indispensável ação dos poderes estatais, a Constituição institucionalizou, de várias formas, e perante os três poderes, o controle participativo dos cidadãos, de um lado; de outro, as novas exclusivas funções do Ministério Público, como *custos legis* e porta-voz atuante e independente dos interesses da sociedade civil.

Mas de nada valerão a Constituição e as leis, nem os mais nobres e esclarecidos propósitos de todos os setores convocados para tão nobre missão, se não tiverem a respaldá-los a atuação efetiva de um Poder Judiciário forte, independente, e, sobretudo, eficiente.

Que é imprescindível à plena realização dos ideais do estado de Direito, o aperfeiçoamento dos controles judiciais sobre os atos da Administração Pública, sempre assim se entendeu (Borges, 1993, p. 50).

4 CONTROLE DO ATO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

A maior parte da doutrina defende a impossibilidade de qualquer espécie de controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Para tanto é comumente levantado como obstáculo a impossibilidade de ingerência de um poder sobre o outro.

Nesse sentido, temos o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes” E está de todo acertado esse fundamento; se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.” (CARVALHO, 2005, p. 101)

[Na mesma linha, já ponderou o Superior Tribunal de Justiça:]

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO

DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA.

I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes.

Segurança denegada.

(STJ-MS 12.629/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2007, DJ 24/09/2007 p. 244)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO
DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO.
ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

- Recurso ordinário desprovido. (STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272)

Em regra, somente o administrador, em contato com a realidade, poderá identificar casos de finalidade e utilidade públicas ou de bem comum, e escolher excelentemente qual deve ser a *priori* atendido.

Entretanto, pode o ato discricionário sofrer controle judicial, haja vista a necessidade de controle quanto ao fim público que deve alcançar. Por conta do próprio princípio da legalidade, a autoridade judiciária poderá concluir que, a despeito de fazer uso de competência discricionária, a decisão tomada não foi a que melhor se ajustava ao escopo legal.

Assim, os atos emanados da competência discricionária devem

estar atrelados a uma escoreita e indubitável motivação, considerando a liberdade inerente à sua prática. Esta motivação precisa atender aos princípios basilares do Direito Administrativo, dentre os quais a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Desta feita, enaltecendo os princípios constitucionais é de se defender a corrente atual da jurisprudência que permite ao magistrado a perquirição da motivação, da causa e mesmo da finalidade do ato administrativo atacado em juízo. Isso não significa afirmar que o Poder Judiciário usurpará da Administração Pública a análise sobre a conveniência e oportunidade da medida. Mas essa conveniência e oportunidade devem sujeitar-se à legalidade, considerada em seu sentido mais amplo.

No mesmo sentido, conclui o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (MELLO, 2004, p. 389).

Atento às novas tendências doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça tem dado nova face aos julgados que tratam do tema. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido. (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). Grifamos.

O supramencionado julgado é um marco que anunciou o rompimento de paradigmas que antes eram tomados como verdade absoluta. A Ministra Eliana Calmon em um lampejo da genialidade que lhe é peculiar, assim se pronunciou:

Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço este gerado pela discricionariedade, chamada de “Cavalo de Tróia”, pelo alemão Huber, transcrito em “Direito Administrativo em Evolução”, de Odete Medauar.

Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-los. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área do controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública.

Insta salientar que, a despeito da amplitude grandiosa conferida pela nobre julgadora à possibilidade de controle do ato administrativo,

a ideia de fundo posta no julgado não pode ser afastada. Ora, é cediço que dentro da margem de discricionariedade da Administração Pública podem ocorrer atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Nessa perspectiva, é importantíssima a análise dos motivos, em cada caso concreto, que poderá permitir a verificação da correspondência do ato atacado com os princípios que regem a atividade administrativa.

Portanto, correta a nosso ver é a tendência atual que prevê a possibilidade de abertura de brecha, ainda que tênue, para a análise da discricionariedade do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Haja vista que a oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser concebidos de modo afastado dos princípios constitucionais, que funcionam como critérios objetivos da legalidade do ato e devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público. O poder discricionário encontra limites não apenas na finalidade legal da norma que o instituiu, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais.

Trazemos à baila, por fim, um interessante precedente jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, textualmente:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

(STF, Primeira Turma, RMS 24699 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 01-07-2005 PP-00056, EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183)

O nobre Ministro Eros Roberto Grau, no voto prolatado, traz a lume brilhantes linhas. Vejamos os seguintes excertos:

3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, xxxv, CB/88)

5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a

ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado (Meu “O direito posto e o direito pressuposto”, 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, págs. 191 e ss.), a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão *à* margem da lei, porque *à* lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos hão de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. Nesse sentido, excerto da ementa constante do MS 20.999/DF, Celso de Mello, DJ de 25/5/90:

“O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar

legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar.”

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. “*Indeterminado*” o termo do conceito — e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma*, entre *várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada*.

11. Como a atividade da Administração é *infralegal administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes —, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se o *ato é correto*. Não, note-se bem — e desejo deixar isso bem vincado —, *qual o ato correto*.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem “conceitos indeterminados” [*vale dizer, noções*], inexistente *uma interpretação verdadeira [única correta]*; a única interpretação correta - que haveria, então, de ser *exata - é objetivamente incognoscível (é, in concreto, incognoscível)*. Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o *ato é correto*; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato, porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo. (grifos no original).

5 CONCLUSÃO

Após a análise da atual posição da jurisprudência pátria, arraigada no brilhantismo dos supracitados votos, não há mais espaço para a defesa de corrente outra que não aquela que apoia a liberdade regrada do ato administrativo discricionário, face à necessidade de observância, dentre outros, dos princípios constitucionais da proporcionalidade,

razoabilidade, moralidade e eficiência que devem encontrar lugar na motivação do ato pelo administrador.

Ulisses Fernandes Silva

Advogado da União/Assessor Jurídico

Cristiane Souza Fernandes Curto

Advogada da União

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. Limites ao Controle Judicial da Administração: A discricionariedade administrativa e o controle judicial. *In: Direito Processual Público*. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II, São Paulo: Renovar, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. O controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, n.162, Rio de Janeiro: FGV, abril-junho, 1993, p. 49-60

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder, *apud* **Judiciários**, Rio de Janeiro: Forense, 1979,

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2.ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993,

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

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração**. São Paulo: Dialética, 1999.

PRINCÍPIO DA MORALIDADE E CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Victor Ximenes Nogueira
Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza
Advogado da União
Assessor Jurídico

Sumário: 1 Introdução. 2 O controle jurisdicional.
3 A ofensa à moralidade como fundamento
autônomo para anulação de atos administrativos.
4 Conclusão.

RESUMO: Os princípios representam os alicerces em que se funda a ordem jurídica. Nesta senda, violar um princípio importa lesão mais grave do que eventual violação de norma. O princípio da moralidade está entre aqueles que norteiam a atuação da Administração Pública e, a partir de sua positivação pela Constituição Federal de 1988, a não observância dos preceitos da probidade administrativa é capaz, por si só, de ensejar a declaração de nulidade do ato pelo Poder Judiciário, independente de haver violação de expressa disposição legal. Neste passo, ao contrário do que ocorre no Direito Privado, no âmbito do Direito Público a moralidade está inserta no conceito de legalidade, de modo que, para estar em conformidade com o direito, o ato administrativo, além de respeitar os dispositivos legais, deverá apresentar conteúdo que esteja em plena sintonia com o princípio da moralidade, podendo até ser amoral, todavia, jamais imoral. O desrespeito somente ao princípio da moralidade representa fundamento autônomo e suficiente para implicar a declaração de nulidade de atos administrativos, não significando intromissão no exame de matérias afetas ao mérito administrativo, pois os valores éticos, a razoabilidade e a proporcionalidade não estão imersos na análise discricionária de conveniência e oportunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Moralidade. Controle jurisdicional dos atos administrativos. Nulidade.

1 INTRODUÇÃO

Os princípios são os núcleos do ordenamento jurídico, no sentido de que, a partir de seu conteúdo, são elaboradas as normas jurídicas. Analogicamente, os princípios são o alicerce que dá sustento ao edifício da ordem jurídica, sendo as vigas de onde decorre o sistema, de modo que as normas que os contrariarem estão condenadas à declaração de inconstitucionalidade por afrontarem sua própria gênese, assim como um prédio construído em desconformidade com sua fundação está condenado à demolição.

Não por outra razão, Celso Antônio Bandeira de Melo consignou em sua obra **Curso de Direito Administrativo**, que afrontar um princípio é mais suscetível de consequências nefastas do que não observar uma norma jurídica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada. (ANO, p.842).

No âmbito do Direito Administrativo, ramo classicamente enquadrado no Direito Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, delimita os princípios que regem a Administração Pública, sem prejuízo de outros decorrentes do espírito do sistema: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Em complemento, a Lei n.º 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, assim determina:

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

No que diz respeito especificamente ao princípio da moralidade, é entendimento já sedimentado que os atos administrativos, além de

serem regidos pelo preceito da legalidade, devem conter, no elemento objeto, conteúdo que não contrarie o senso comum do conceito de moralidade adotado pela sociedade.

Por outro lado, observa-se que o princípio da legalidade no âmbito do Direito Público possui conotação diversa daquela adotada pelo Direito Privado. Como é cediço, nas relações jurídicas particulares é permitido tudo o que não for expressamente vedado por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, já nas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, apenas é permitido aquilo que for expressamente autorizado por lei, até mesmo porque, conforme art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas no sentido de assegurar a fiel execução da legislação.

Diante do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, afere-se que é garantia fundamental do cidadão que nenhuma lesão ou ameaça ao seu direito poderá ser excluída da apreciação pelo Poder Judiciário. Nestes termos, os atos administrativos também estão sujeitos ao controle jurisdicional, até mesmo porque devem observar o Princípio Constitucional da Legalidade e da Moralidade, sob pena de declaração de nulidade.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL

A própria Administração Pública pode declarar a nulidade de seus atos (Súmula n.º 346/STF). Tal posicionamento decorre do Princípio da Autotutela, merecendo reprodução as lições de José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra **Manual de Direito Administrativo**.

A Administração Pública comete equívocos no exercício de sua atividade, o que é nem um pouco estranhável em vista das múltiplas tarefas a seu cargo. Defrontando-se com esses erros, no entanto, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Não se trata apenas de uma faculdade, mas também de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada. Na verdade, só restaurando a situação da regularidade é que a Administração observa o princípio da legalidade, do qual a autotutela é um dos mais importantes corolários. (ANO, p.27).

Como vemos, o dever da Administração Pública de declarar a nulidade de seus próprios atos decorre do Princípio Constitucional da Legalidade. Na verdade, a República Federativa do Brasil, ao se denominar Estado Democrático de Direito no art. 1º da Constituição Federal de 1988, impõe que não só os cidadãos, mas também o Estado deve se sujeitar à autoridade das normas jurídicas, cabendo-lhe zelar pela perfeita conformação dos atos administrativos à lei que lhe serve de fundamento.

O próprio Supremo Tribunal Federal já possui entendimento sumulado acerca da matéria:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (Súmula n.º 473)

Ao regulamentar o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, o art. 53 da Lei n.º 9.784/99 foi mais adiante do que a Súmula n.º 473/STF, posto que prevê que os atos administrativos eivados de vício de legalidade devem (e não somente podem) ser anulados pela própria Administração Pública, sendo certo que o espírito da norma revela que a própria lei está procurando enfatizar sua autoridade, submetendo o administrador ao poder-dever, e não à mera faculdade de corrigir eventuais ilegalidades:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Além da Administração Pública, o Poder Judiciário, respeitando o princípio da inércia e as implicações decorrentes do atributo da presunção relativa de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, também pode ser acionado para fins de aferir a legalidade dos atos administrativos, tudo em prol do sistema de freios e contrapesos inerentes à manutenção da harmonia e independência dos Poderes que compõem a República.

Ademais, não faria qualquer sentido a Constituição Federal assegurar direitos fundamentais aos cidadãos e determinar que a

Administração Pública deve se submeter ao princípio da legalidade, se, ao mesmo tempo, não permitisse que ao Poder Judiciário fossem levados os litígios envolvendo atos administrativos que extrapolassem os limites delineados pela legislação.

Na realidade, ao se qualificar como Estado de Direito, a República Federativa do Brasil submete-se ao império da lei e reconhece soberanamente que a ordem jurídica é instrumento fundamental para o alcance dos ideais democráticos.

Assim, dentro do sistema de freios e contrapesos construído pela Constituição Federal de 1988, a função de executar as normas, aplicando-as ao caso concreto, deve ser temperada com a função jurisdicional, a qual deverá examinar a conformação das atividades administrativas aos termos da lei, até mesmo porque, como já destacado, segundo art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, cabe ao Poder Executivo expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis.

3 A OFENSA À MORALIDADE COMO FUNDAMENTO AUTÔNOMO PARA ANULAÇÃO DE ATOS ADMINISTRATIVOS

Pois bem, comprovado que os princípios são as vigas que sustentam o ordenamento jurídico, bem como estabelecido que é plenamente admissível o controle de legalidade da atividade administrativa pelos órgãos jurisdicionais, resta avaliar se a ofensa ao princípio da moralidade, por si só, é requisito suficiente para ensejar a anulação de atos administrativos, mesmo que estes aparentem conformidade com a legislação.

Como é cediço, os elementos que compõem o ato administrativo são competência, finalidade, forma, objeto e motivo. Tradicionalmente, os três primeiros elementos citados são destacados como requisitos vinculados em qualquer ato, sendo certo que, nos atos discricionários, apenas o objeto e o motivo podem ser alvo do juízo de conveniência e oportunidade do administrador.

O conteúdo do ato está delimitado no âmbito do elemento objeto, o que implica concluir que, caso o ato seja vinculado, seu teor material estará plenamente regulamentado na lei, não havendo margem para avaliação de mérito pela Administração. Entretanto, caso o ato seja

discricionário, sua substância estará sujeita às balizas da conveniência e oportunidade da Administração Pública.

A Constituição Federal de 1988 ao determinar, em seu art. 37, que a Administração Pública deve respeitar os preceitos da moralidade, está regrando justamente o elemento objeto do ato administrativo, demonstrando a *mens legis* no sentido de que, além de formalmente legal, os atos administrativos devem ser materialmente ajustados ao senso comum do conceito de moralidade adotado pela sociedade.

É entendido que o controle jurisdicional dos atos administrativos se restringe aos aspectos legais, não enfrentando questões técnicas inerentes ao exame de mérito administrativo, tanto é assim, que ao Poder Judiciário não é permitido revogar os atos administrativos, podendo tão somente declará-los nulos por ofensa à lei.

Como também é cediço, nos atos administrativos vinculados, todos os seus elementos estão sujeitos ao controle judicial, o que não sucede com os atos discricionários. É certo que estes também se sujeitam ao controle jurisdicional, mas tal controle se resume aos elementos competência, forma e finalidade, posto serem sempre vinculados, até porque os elementos objeto e motivo estão sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, e eventual intervenção do Poder Judiciário nesta esfera representaria afronta à harmonia e independência dos Poderes.

Em resumo, os atos administrativos são conformados com os elementos competência, forma, finalidade, objeto e motivo. Naqueles atos definidos como vinculados, todos os seus elementos estão sujeitos ao controle jurisdicional, posto serem integralmente regrados por lei. Os atos discricionários também estão sujeitos ao controle jurisdicional, mas apenas no que concerne aos elementos competência, finalidade e forma, cabendo ao administrador o exame de mérito nos elementos objeto e motivo.

Ademais, deve ser ressaltado que a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de restringir os limites do mérito administrativo, ampliando o âmbito do controle jurisdicional com esteio na aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da Teoria dos Motivos Determinantes.

Pois bem, feitas estas breves constatações e considerando que a moralidade está relacionada ao elemento objeto do ato administrativo, apressadamente se poderia concluir que tal componente do ato discricionário não estaria sujeito ao controle judicial.

Entretanto, não é este o entendimento que deve prevalecer diante dos preceitos estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio. Na verdade, como a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 37 que a Administração Pública deve respeitar o princípio da moralidade e da legalidade, o poder constituinte originário positivou o princípio da moralidade, de modo que este passou a integrar a legalidade.

Como já salientado, no âmbito do Direito Público, a conotação do princípio da legalidade difere daquela estabelecida no âmbito do Direito Privado, posto que a atividade administrativa se restringe à fiel execução da lei, apenas sendo permitido à Administração fazer aquilo que for expressamente autorizado pela legislação. Acerca da matéria, Celso Antônio Bandeira de Melo, *op.cit.*, p.314, lecionou:

Ressalte-se que, dispondo o art. 5º, II, da Constituição que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’, com isto firmou o princípio da garantia da liberdade como regra, segundo o qual ‘o que não está proibido aos particulares, *ipso facto*, permitido’. Ante os termos do preceptivo, entende-se ‘o que não está por lei proibido, está juridicamente permitido’. De outro lado, conjugando-se o disposto no artigo citado com o estabelecido no art. 84, IV, que só prevê regulamentos para ‘fiel execução de leis’, e com o próprio art. 37, que submete a Administração ao princípio da legalidade, resulta que vige, na esfera do Direito Público, um cânone basilar – oposto ao da autonomia da vontade –, segundo o qual: o que, por lei, não está antecipadamente permitido à Administração está, *ipso facto*, proibido, de tal sorte que a Administração, para agir, depende integralmente de uma anterior previsão legal que lhe faculte ou imponha o dever de atuar.

Neste diapasão, a Constituição de 1988 destacou, ao lado do princípio da legalidade e no mesmo dispositivo, o princípio da moralidade, o que implica necessariamente a conclusão de que para o ato administrativo ser considerado válido, além de se conformar formalmente aos termos da lei, deverá apresentar conteúdo materialmente adequado ao conceito de moralidade adotado pelo senso comum da sociedade.

Desta forma, deve ser assegurado ao Poder Judiciário confrontar o objeto do ato administrativo, seja ele discricionário ou vinculado, com o princípio da moralidade, posto que eventual ilação em contrário seria o mesmo que revogar tal princípio do art. 37 da CF, já que de nada adianta obrigar a Administração Pública a obedecer tal preceito se não houver instrumentos que assegurem sua efetiva aplicação, como a possibilidade de garantir sua efetiva vigência através da prestação da tutela jurisdicional que garanta sua aplicação.

Como para todo direito há a respectiva ação, todo princípio desrespeitado também deve ser restabelecido pela força cogente das decisões judiciais. Na realidade, a própria CF assegura a todos os cidadãos a proposição de ação popular contra ato que ofenda o princípio da moralidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, **à moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

(destaque apostos)

O próprio Supremo Tribunal Federal já destacou a relevância do princípio da moralidade, conceituando-a como patrimônio da sociedade:

Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade. CF, art. 5º, LXXIII. (RE 206.889, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 25-3-97, DJ de 13-6-97)

Em outros precedentes jurisprudenciais, o Supremo Tribunal Federal vem corroborando a tese advogada, no sentido de o princípio da moralidade ser devidamente respeitado, cabendo ação popular com o visio de resguardar sua aplicação:

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, § 1º, da CF. Notório saber — Incisos III, art. 235 e III, § 1º, art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. Ação popular. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la à correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo à moralidade administrativa. (RE 167.137, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 18-10-94, DJ de 25-11-94)

Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (CF, art. 37, caput). (RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-10-96, DJ de 16-4-99)

A ação direta de inconstitucionalidade não constitui sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativa (CF, art. 5º, LXXXIII). (ADI 769-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-4-93, DJ de 8-4-94)

Nesta senda, além de se conformar com o princípio da legalidade, os atos administrativos devem guardar sintonia com os preceitos da ética e da probidade, sob pena de declaração de nulidade pelo Poder Judiciário, independentemente de tratar-se de ato vinculado ou discricionário, até mesmo porque a Constituição, ao positivar o princípio da moralidade, elevou-a ao patamar do princípio da legalidade, de modo que não é admissível que ato imoral seja declarado legal.

É certo que, no ramo do Direito Privado, a ordem jurídica, implicitamente, admite a existência de atos formalmente legais e que, ao mesmo tempo, contrariem o senso comum da moralidade. Entretanto, diante da interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais já reproduzidos e os precedentes jurisprudências catalogados, nas relações jurídicas de Direito Público não é possível tal situação, de modo que, didaticamente, se imaginarmos a legalidade, a moralidade e a imoralidade como sendo três circunferências distintas, certamente, no âmbito do Direito Público, o círculo referente à moralidade estará completamente compreendido naquele referente à legalidade, e não haverá espaço para interseção entre este e o círculo da imoralidade.

Assim, os atos administrativos válidos ou são conformes com o princípio da moralidade, ou são amorais, entretanto, jamais poderá haver conformação entre atos administrativos formalmente legais que apresentem objeto ou conteúdo imoral, diante da inexistência de ponto de interseção entre as circunferências da legalidade e da imoralidade.

Não se diga que, por estar compreendida no âmbito do objeto do ato administrativo, a moralidade não seria passível de controle jurisdicional nos casos dos atos discricionários, até porque, como já disposto, a moralidade foi positivada pelo Poder Constituinte Originário, passando a ter o mesmo *status* da legalidade. Assim, como para ser legal o ato necessariamente não poderá ofender a moralidade, pode o Poder Judiciário apreciar e declarar nulos atos administrativos imorais, pois nada mais estará fazendo do que aplicar Lei Maior, sem ofender a harmonia e independência dos Poderes.

A moralidade não está compreendida, sujeita nem subordinada ao juízo de mérito administrativo ou às balizas da conveniência e oportunidade, já que, ao enquadrá-la como um dos princípios basilares da Administração Pública, o Poder Constituinte Originário a elevou ao patamar de requisito de validade dos atos administrativos, devendo nortear a atuação do administrador no sentido de que são vedados atos que contrariem os preceitos da probidade administrativa, tanto é verdade que assim dispõe o art. 11 da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os **deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**, e notadamente:

[...] (destaque apostos)

Corroborando o entendimento advogado, entendemos ser relevante a transcrição de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, os quais também fundamentam a invalidade de atos administrativos por afrontarem tão somente o princípio da moralidade, podendo ser utilizado como fundamento autônomo capaz de ensejar a declaração de nulidade:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO POPULAR. MORALIDADE. PROCEDÊNCIA.

I. É de se homenagear decisão que, por reconhecer prática de negócio jurídico atentatório à moralidade pública, julga procedente pedido formulado, em sede de ação popular, para anular a transação com determinação por parte dos responsáveis para que reponham ao Estado as perdas e danos a serem apurados.

II – Transferência do controle acionário do Banco Agrimisa S/A, Estado de Minas Gerais, com negócio consumado provocando vantagem desmedida à pessoa jurídica privada e, em sentido contrário, significativos danos para a Administração Pública.

III – Legitimidade passiva do Governador da época da consumação da transação que se reconhece, por ter se portado omissivo em repelir a lesividade ao patrimônio público, não obstante ser o Estado o maior acionista da instituição bancária.

IV – Impossibilidade de, em sede de embargos de declaração, afastar-se o demandado da relação jurídico-processual quando, por decisão de primeiro grau transitada em julgado, a sua legitimidade passiva para integrar a lide foi reconhecida.

V – Recursos especiais não conhecidos por ausência de prequestionamento e não demonstração das divergências jurisprudenciais apontadas.

VI – Sublimação ao princípio da moralidade administrativa assumida pelo acórdão de segundo grau que não deve ser abalada por questiúnculas de natureza processual.

VII – Recursos do Ministério Público e dos autores da ação popular providos para que o Chefe do Executivo do período em que ocorreu o negócio jurídico integre a lide como sujeito passivo.

VIII – Demais recursos improvidos e não conhecidos.

(REsp 295.604/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21.03.2002, DJ 22.04.2002 p. 163)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO POPULAR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.

1. O julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória. (Precedentes)

2. O art. 131, do CPC consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual.

3. O influxo do princípio da moralidade administrativa, consagrado no art. 37 da Constituição Federal, traduz-se como fundamento autônomo para o exercício da Ação Popular, não obstante estar implícito no art. 5º, LXXIII da Lex Magna. Aliás, o atual microssistema constitucional de tutela dos interesses difusos, hoje compostos pela Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular, o Mandado de Segurança Coletivo, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Criança e do Adolescente, revela normas que se interpenetram, nada justificando que a moralidade administrativa não possa ser veiculada por meio de Ação Popular.

[...]

7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

(REsp 474.475/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA

TURMA, julgado em 16.12.2003, DJ 25.02.2004 p. 102) (destaque apostos)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de que o exame acerca do atendimento ou não ao princípio da moralidade não se encontra entre as matérias inerentes à análise de mérito administrativo:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE. SERVIDOR. DEMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO JUDICIÁRIO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.

Inviável discutirem-se questões que demandam dilação probatória em autos de mandado de segurança. No que diz respeito ao controle de atos administrativos, o Poder Judiciário está limitado a examinar somente os aspectos inerentes à legalidade e à moralidade, sendo-lhe vedada a incursão na questão meritória.

Observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Ordem denegada.

(MS 10.362/DF, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10.08.2005, DJ 14.09.2005 p. 190)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. REMOÇÃO EX-OFFÍCIO. PODER JUDICIÁRIO. CONTROLE DA LEGALIDADE. (REPRESÁLIA). DESVIO DE FINALIDADE. SÚMULA Nº 07/STJ.

I. A atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos limita-se aos aspectos da legalidade e moralidade, obstaculizado o adentrar do âmbito do mérito administrativo, da sua conveniência e oportunidade.

II. Se o Tribunal a quo, com base na análise do acervo probatório produzido nos autos, reconheceu que a remoção do servidor ocorreu como represália, com desvio de finalidade, infirmar tal entendimento

ensejaria o reexame de provas, o que encontra óbice no verbete da Súmula nº 07 deste Tribunal.

Recurso não conhecido.

(REsp 616.771/CE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19.05.2005, DJ 01.07.2005 p. 599)

Demonstrado, portanto, que a não ofensa aos preceitos da moralidade constitui requisito de validade dos atos administrativos, sendo que eventual burla a tal princípio poderá ensejar a declaração de nulidade do ato administrativo por decorrência do exercício do controle jurisdicional.

4 O NEPOTISMO E A FORÇA COGENTE DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

A Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional n.º 45, passou a admitir a edição de enunciados vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, os quais obrigam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, por outro lado, é estabelecido que para assegurar a autoridade do entendimento sumulado caberá reclamação ao STF para aplicar ou afastar a aplicação do enunciado:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (destaque apostos)

No uso das competências acima alinhavadas, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n.º 13, homenageando a força cogente dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a moralidade, a impessoalidade e a eficiência, prescrevendo que se trata de postulados autoaplicáveis, independente de lei que os regulamentem:

SÚMULA VINCULANTE Nº 13

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Desta forma, ato que contrarie a Súmula Vinculante n.º 13 do Supremo Tribunal Federal, em tese, é passível de anulação e, por violar princípios de patamar constitucional, pode ser enquadrado como improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

De fato, como se lê da redação conferida ao enunciado de jurisprudência acima reproduzido em sua literalidade, constitui violação à Constituição Federal a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendendo, inclusive, o ajuste mediante designações recíprocas.

O núcleo da Súmula impede a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes em cargos de confiança da mesma pessoa jurídica em que já se encontra lotada a autoridade nomeante ou servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, entretanto, sua parte final delimita que também são vedados expedientes similares ou acordos que viabilizem o denominado “nepotismo cruzado”.

Portanto, o “nepotismo cruzado”, caracterizado por conspirações que visem possibilitar a troca de “favores”, também é vedado pela Constituição Federal. De fato, busca-se preservar o princípio da impessoalidade, assegurando que as nomeações para cargos de confiança ou função gratificada não sejam motivadas por atos eivados de desvios de finalidade. O Supremo Tribunal Federal confirmou que a nomeação dá ensejo à posse “no cargo”, e não “do cargo”, ressaltando que um dos maiores desafios será o combate efetivo ao chamado “nepotismo cruzado”.

Confirmando a tese advogada, extrai-se do Informativo n.º 516 do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, que tem por objeto a Resolução n.º 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, os Ministros da Corte Maior delimitaram que o nepotismo representa burla a princípios de envergadura constitucional, como a moralidade, impessoalidade e eficiência:

No mérito, entendeu-se que a Resolução 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Vencidos, no ponto relativo à interpretação conforme, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, reputá-la desnecessária. ADC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, 20.8.2008. (ADC-12)

Em igual sentido, depreende-se de referido Informativo que no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 579651, que os princípios constitucionais prescindem de leis para serem aplicados, pois são regras jurídicas de caráter prescriptivo, hierarquicamente superior às demais, dotados de eficácia, cuja materialização pode ser postulada pela via judicial:

O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais. Ressaltou-se que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significaria que somente leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais, que não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescriptivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial. Assim, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da CF, concluiu-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta. Ressaltou-se, ademais, que admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo fosse dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, implicaria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Carta Magna, subvertendo-se a hierarquia entre esta e a ordem jurídica em geral. RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008. (RE-579951)

Neste sentido, a vedação ao nepotismo, incluindo o nepotismo cruzado, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, não decorre da Súmula vinculante n.º 13, e é o exemplo mais recente da confirmação do caráter prescriptivo e autoaplicável do princípio da moralidade, posto que o referido enunciado apenas verbalizou preceito que decorre diretamente da Constituição Federal, da carga axiológica dos postulados da moralidade administrativa, da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.

Por mais que a natureza do cargo exija confiança, e que ordinariamente não há cônjuge que não deposite fideducía em seu consorte, os preceitos constitucionais que regram o regime jurídico da Administração Pública reprovam que o interesse público seja subordinado a expectativas ou anseios decorrentes de meras ambições ou proveitos de ordem eminentemente particular. Não se questiona as qualidades ou habilidades pessoais do cônjuge, companheiro ou parente, mas sim a forma de sua seleção, em detrimento de outros cidadãos com igual ou mais capacidade. Cumpre reproduzir interessante trecho do Recurso Extraordinário n.º 579951, relator Ministro Ricardo Lewandowski:

Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.

Assim, o argumento, *data venia* falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar; pois totalmente apartada do ethos que permeia a “Constituição-cidadã” a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

De repelir-se, também, a artificiosa alegativa constante do acórdão recorrido segundo o qual “*não há nos autos qualquer particularidade que desqualifique os servidores ocupantes dos cargos apontados, ou mesmo referência de que os nomeados não estejam desempenhando suas funções de forma correta e capacitada, o que gera uma presunção de que o princípio da eficiência está sendo respeitado*” (fl. 341).

É que o que está em causa não é o trabalho desempenhado por esses “servidores-parentes”, mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. **O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.** (destaque apostos)

Na Administração Pública, as aspirações particulares devem ceder espaço para o alcance do bem comum e os atos administrativos devem ser motivados pelo interesse público, não por desideratos eivados por desvios de finalidade. Neste diapasão, em respeito aos princípios que regem a Administração Pública, editou-se a Súmula Vinculante n.º 13, cabendo reclamação junto ao STF para declaração de nulidade de ato administrativo que a contrarie.

Especificamente acerca da correta interpretação que deve ser dada à Súmula, merece transcrição integral notícia editada no sítio do Supremo Tribunal Federal, na rede mundial de computadores, oportunidade em que são reproduzidas opiniões de alguns dos ilustres Ministros acerca do tema:

Quarta-feira, 20 de Agosto de 2008

Súmula vinculante sobre nepotismo deve ser editada nesta quinta-feira (21)

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira (20) que no início da sessão plenária de amanhã editará uma Súmula Vinculante proibindo o nepotismo nas três esferas do Poder Público. A decisão foi tomada no início da noite, após o tema ter sido discutido durante toda a tarde.

Com a publicação da súmula, será possível contestar no próprio STF, por meio de reclamação, a contratação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta no Judiciário, no Executivo e no Legislativo de todos os níveis da federação.

No início da sessão, os ministros declararam, em definitivo, a constitucionalidade da Resolução 7, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veda o nepotismo no Judiciário.

Depois, ao analisar um Recurso Extraordinário (RE 579951) interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte contra a contratação de parentes no município de Água Nova, os ministros reafirmaram que a Constituição Federal veda o nepotismo. Ou seja, não é necessária a edição de lei para que a regra seja respeitada por todos os Poderes da União.

Ao julgar o recurso, os ministros disseram que o artigo 37 da Constituição Federal, que determina a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência na administração pública, é auto-aplicável.

“Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade”, disse o ministro Menezes Direito. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, afirmou que é “falacioso” o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita. Segundo ele, esse argumento está “totalmente apartado do ethos que permeia a Constituição cidadã”.

No entanto, os nove ministros que participaram do julgamento fizeram uma diferenciação entre cargos administrativos, criados por lei, e cargos políticos, exercidos por agentes políticos. No primeiro caso, a contratação de parentes é absolutamente vedada. No segundo, ela pode ocorrer, a não ser que fique configurado o nepotismo cruzado.

Ao fazer a ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, lembrou a parceria entre John F. Kennedy, presidente dos Estados Unidos na década de 60, e seu irmão, conhecido como Bobby Kennedy. “Irmãos podem estabelecer um plano eventual de cooperação, sem que haja qualquer conotação de nepotismo”, exemplificou Mendes.

“Somente os cargos e funções singelamente administrativos são alcançados pelo artigo 37 da Constituição Federal”, disse o ministro Carlos Ayres Britto. Mas ele acentuou que isso não significa que os princípios da moralidade e da impessoalidade não se aplicam aos dirigentes políticos.

Caso concreto

No recurso, o Ministério Público do Rio Grande do Norte contestava a contratação de Elias Raimundo de Souza, parente do vereador Antonio Raimundo de Souza, de Água Nova, para o cargo de secretário de Saúde do município. Também queria que fosse

anulada a contratação de Francisco Souza do Nascimento, irmão do vice-prefeito do município, Antonio Sezanildo do Nascimento, como motorista da prefeitura.

Na decisão tomada no recurso, que vale somente para o caso concreto discutido no processo, os ministros determinaram que a contratação de um irmão de vice-prefeito como motorista da prefeitura configura nepotismo e fere a Constituição. Com isso, a Prefeitura de Água Nova fica obrigada a demitir o motorista.

Já a contratação do parente do vereador para o cargo de secretário municipal foi mantida, já que é um posto político, e o secretário é um agente político. A mesma interpretação se estende, portanto, para ministros de Estado e secretários estaduais e do Distrito Federal.

A decisão nesse recurso soma-se a outras tomadas pelo STF, como a ação sobre a resolução do CNJ, que embasarão a Súmula Vinculante que a Corte deverá editar amanhã.

Esclareça-se, pois, que a partir do *leading case* tratado pelo STF, a vedação ao nepotismo não alcança os agentes políticos, mas apenas “os cargos e funções singelamente administrativos”. Nesta ordem de idéias, cada caso concreto deve ser avaliado com cautela, devendo ser investigado se há “nepotismo cruzado” e se a natureza do cargo é eminentemente política, hipótese em que não há vedação, consoante entenderam os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Para ilustrar a matéria, transcreve-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho acerca do conceito de agentes políticos, op.cit., p. 512:

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.¹

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas.² Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.³ Não interferem diretamente nos objetivos políticos, como o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza estes últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos, como veremos adiante.⁴

1. São de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO as palavras: "*incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade*" ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. II, p. 287).

2. HELY LOPES MEIRELLES, ob. cit., p. 74.

3. Com o mesmo entendimento, MARIA SYLVIA DI PIETRO (ob. cit., p. 305). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também não os inclui entre os agentes políticos, a quem caracteriza como *formadores de vontade superior do Estado* (ob. cit., p. 123).

4. O art. 39, XI, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluem entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas *fins remuneratórias* , não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, *o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público*.

5 CONCLUSÃO

Os princípios são os pilares que sustentam a ordem jurídica, possuindo força cogente e servindo de inspiração para elaboração e execução das normas, respectivamente. Neste sentido, eventual ofensa a um princípio é muito mais danosa do que um descumprimento da norma, posto que afrontar um princípio implica desrespeitar a ordem jurídica em sua gênese.

Considerando as razões aduzidas, os dispositivos constitucionais e legais reproduzidos, bem como os precedentes jurisprudenciais colacionados, assenta-se que a ofensa ao princípio da moralidade constitui fundamento autônomo, necessário e suficiente para implicar a declaração de nulidade dos atos administrativos. De fato, os princípios de ordem constitucional são regras jurídicas autoaplicáveis, hierarquicamente superiores às demais, independentemente de leis formais para seu correto emprego.

Depreende-se, igualmente, que análise quanto ao atendimento ao princípio da moralidade pelo Poder Judiciário não representa exame de matéria inerente ao mérito administrativo, nem tampouco ofensa ao sistema de freios e contrapesos que regem a harmonia e independência dos Poderes que compõem a República, pelo contrário, o exame da moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário representa a garantia de um efetivo equilíbrio entre a discricionariedade conferida à Administração Pública, a legalidade e a manutenção da ordem pública.

Neste sentido, atos ou contratos administrativos devem ser anulados quando possuírem conteúdo que represente afronta ao senso comum da probidade administrativa, posto que, mesmo quando não ofenda dispositivo legal expresso, diante do art. 37 da Constituição Federal e a positivação do princípio da moralidade, a Administração Pública deve zelar para que todos os seus atos guardem plena sintonia com a ética e a equidade.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

ADVOGADO DA UNIÃO

Assessor Jurídico

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº437. Disponível em:
<www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/>.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**.
17.ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, [19-].

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.
17.ed. São Paulo: Editora Malheiros, [19-].

<www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/frame>.

**MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA
ATO NORMATIVO PRATICADO PELO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO
NACIONAL DE TRÂNSITO - DENATRAN E
PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL
DE TRÂNSITO - CONTRAN**

*Fernando José Vazzola De Migueli
Advogado da União*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº

/2007

Mandado de Segurança contra ato normativo praticado pelo Diretor do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN e Presidente do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN. Prestação de informações conforme o art.7º, I da Lei nº1.533/51, com a alteração introduzida pela Lei nº4.348/64. Anulação de ato administrativo de conteúdo normativo. Resolução nº 232/2007 do CONTRAN e Portaria nº 29/2007 do DENATRAN.

(Proc. nº 80001.034197/2007-94)

1. Cuida-se de subsidiar a manifestação do Diretor do Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, nas informações a serem prestadas nos autos do Mandado de Segurança Individual nº 2007.34.00040309-4, impetrado por ITAFORT Instituto Técnico Automotivo Formação em Segurança Veicular, em trâmite no Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, em atenção ao mandado de notificação recebido em 26/11/2007.
2. Com efeito, versa a impetração sobre a pretensa nulidade de dispositivos da Resolução nº 232/2007 do CONTRAN e da Portaria nº 29/2007 do DENATRAN.
3. A Impetrante informa que é Instituição de Inspeção de Segurança e Técnica Veicular - ITL devidamente credenciada pelo IMETRO para emitir certificado de segurança veicular, conforme determina o art. 106 do Código de Trânsito Brasileiro – CTB.
4. Alega, em síntese, que o CONTRAN ao regulamentar o art. 106 do CTB, editou a Resolução nº 232/07 criando novas obrigações às ITLs sem que houvesse previsão legal e que, com isso, teria violado o Princípio da Legalidade e a hierarquia das leis, afrontando a Constituição Federal.

5. Sustenta que as atribuições do CONTRAN se restringem à regulamentação da emissão do Certificado de Segurança Veicular–CSV pelas instituições credenciadas pelo INMETRO, sendo ilegal e abusivo o ato normativo que determina que as empresas sejam licenciadas pelo DENATRAN.
6. Defende, também, que a Portaria nº 29/07 do DENATRAN conferiu graves riscos ao cumprimento das disposições do art. 106 do CTB, tendo em vista que suas estipulações representam prejuízo à prestação de serviços de inspeção veicular e, até mesmo, desvio de finalidade e o objetivo implícito de beneficiar determinadas empresas.
7. Dentre as irregularidades, a impetrante aponta as prorrogações sucessivas de licenciamentos em caráter precário pelo DENATRAN, o que criaria uma situação de descontrole e desorganização e a transferência de atribuições do DENATRAN a instituições privadas sem o devido processo licitatório, com possibilidade de direcionamento e desvio de finalidade.
8. O juízo monocrático decidiu apreciar a medida liminar solicitada após o decurso do prazo de resposta.
9. Em nota técnica (Nota Técnica nº 440/2007/CGIJF/DENATRAN), o DENATRAN defende a legalidade do ato impugnado.
10. Este o relatório.

DA FUNDAMENTAÇÃO

11. Compete a esta Consultoria, portanto, fornecer ao Sr. Diretor do DENATRAN o substrato jurídico para apresentação das informações requisitadas.
12. Preliminarmente, impende tecer algumas considerações de ordem processual.

I– INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

13. A tutela da pretensão, na hipótese, não se viabiliza com o manejo do writ.
14. Como se sabe, o mandado de segurança não é idôneo para deflagração de controle de constitucionalidade de ato normativo abstrato, o que, após consolidado entendimento do E. Supremo Tribunal Federal, rendeu ensejo à edição da **Súmula 266**, segundo a qual não cabe mandado de segurança contra lei em tese.
15. A razão do entendimento sumulado é que a lei em tese é insuscetível, por si só, de causar lesão a direito, além de o ordenamento jurídico oferecer os meios pelos quais se promove o controle de constitucionalidade de lei em sentido material.
16. O que se tem, no entanto, no presente caso, é a pretensa substituição da ação direta de inconstitucionalidade – para a qual a Impetrante não possui legitimidade – pelo mandado de segurança individual.
17. Sustenta a Impetrante a inconstitucionalidade da RES nº 232/2007 do CONTRAN com fundamento na violação do princípio da Legalidade Administrativa, e da Hierarquia das Leis, na medida em que o Administrador não pode agir sem previsão expressa da Lei. Ao regulamentar o art. 106 do Código de Trânsito Brasileiro, o ato normativo impugnado estaria acrescentando uma obrigação de fazer – obter a licença junto ao DENATRAN – sem previsão legal e contra ato normativo hierarquicamente superior.
18. Não há como negar o inequívoco caráter normativo e, portanto, abstrato dos atos ora impugnados. O que se pretende dizer é que, enquanto não realizada a hipótese fática de incidência, não é idônea a produzir efeitos jurídicos lesivos ao patrimônio da Impetrante.
19. Destarte, a hipótese é de mandado de segurança preventivo em que se pretende impugnar dispositivo desprovido de operatividade imediata, o que, consoante entendimento do

STF, não é possível. Por oportuno, traz-se à colação o seguinte aresto:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. LEI EM TESE: NÃO-CABIMENTO. SÚMULA 266-STF

I – Se o ato normativo consubstancia ato administrativo, assim de efeitos concretos, cabe contra ele o mandado de segurança. Todavia, se o ato, lei, medida provisória, regulamento tem efeito normativo, genérico, por isso mesmo sem operatividade imediata, necessitando, para sua individualização, da expedição de ato administrativo, então contra ele não cabe mandado de segurança, já que, admiti-lo implicaria admitir a segurança contra lei em tese: Súmula 266-STF.

II – Segurança não conhecida.

(RMS nº 24.266/DF, Rel. Min. Carlos Veloso, 2ªTurma, DJ de 24.10.2003) GRIFADO

20. Cumpre, ainda, observar a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹ sobre mandado de segurança preventivo:

“O mandado de segurança preventivo visa a evitar a lesão ao direito líquido e certo. No caso, o ato ainda não foi praticado, mas já há elementos certos de que o será. O interessado, por outro lado, se sente seriamente ameaçado pelo advento do ato. Presentes tais pressupostos, cabe o mandado de segurança preventivo.” GRIFADO

21. Os fundamentos ora expendidos aplicam-se, igualmente, para sustentar a impossibilidade de manejo do *writ* visando a anulação dos dispositivos da Portaria nº 29/2007 do DENATRAN.

II – DO TRANSCURSO DO PRAZO

22. *Ad argumentandum tantum*, acaso cabível o writ, o que não se espera, mister assentar que os atos normativos atacados (Resolução nº 232/2007 do CONTRAN e Portaria nº 29/2007 do DENATRAN) foram editadas respectivamente em 30 de março de 2007 e 30 de maio de 2007, o que revela

¹ Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, pág.856, Lumen Iuris.

notório transcurso do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para fins de utilização da via mandamental, porquanto o presente mandado de segurança foi impetrado em 08 de outubro de 2007. Nesse sentido vale transcrever o seguinte julgado:

MANDADO DE SEGURANÇA. RESOLUÇÃO 399 DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 266/STF. DESCA BIMENTO DE MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE.

1. Mandado de segurança impetrado contra a Resolução 399, que alterou a forma de pagamento de precatórios e requisições de pequeno valor, determinando que o recebimento dos valores devidos deverá ser feito por meio de conta individualizada em nome do autor da ação, independentemente de alvará .

2. É incabível mandado de segurança contra a lei em tese (Súmula 266 do STF).

3. Norma de caráter geral e abstrato, afasta a possibilidade de ação mandamental, tendo em vista o teor da Súmula 266 do E.STF.

4. Precedentes da Corte: MS 8190/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 02/08/2004; MS 8870/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Felix Fischer, DJ 16/06/2003.

5. Destarte, ad argumentandum tantum, acaso cabível o writ, mister assentar que a Resolução 399, do Conselho Federal de Justiça, ora inquinada como ilegal, foi editada em 26 de outubro de 2004, o que revela notório transcurso do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para fins de utilização da via mandamental, porquanto o presente mandado de segurança foi impetrado em 15/03/2005.

6. Indeferimento da inicial (art. 212 do RISTJ), ressalvado o acesso às vias ordinárias.

7. Agravo regimental desprovido.

III– DO MÉRITO

23. Na hipótese de o Juízo superar as alegações acima, entendendo cabível o presente *mandamus*, cumpre abordar as questões referentes ao mérito da impetração.

24. O art. 106 do Código de Trânsito Brasileiro assim determina:

“Art. 106. No caso de fabricação artesanal ou de modificação de veículo ou, ainda, quando ocorrer substituição de equipamento de segurança especificado pelo fabricante, será exigido, para licenciamento e registro, certificado de segurança expedido por instituição técnica credenciada por órgão ou entidade de metrologia legal, conforme norma elaborada pelo CONTRAN.”(g.n.)

25. Analisando o dispositivo supracitado, observa-se que, nos casos ali previstos, para obter-se o licenciamento e registro do veículo, será exigido certificado de segurança expedido por instituição técnica que deverá ser credenciada por órgão ou entidade de metrologia, conforme regulamentação do CONTRAN.

26. Com o intuito de regulamentar o art. 106 do CTB, editou o CONTRAN a Resolução nº 78, de 19 de novembro de 1998 determinando que *“as normas e requisitos de identificação e segurança para a fabricação, montagem e transformação de veículos, consoante sua destinação, de acordo com os incisos XXV e XXVI, do art. 19, do Código de Trânsito Brasileiro-CTB serão consolidados e estabelecidos, mediante portaria do órgão máximo executivo de trânsito da União.”*

27. Diante disso, foi elaborada a Portaria Conjunta DENATRAN e INMETRO nº 01, de 26 de novembro de 2002, que atribuiu ao INMETRO a função de credenciar os Organismos de Inspeção, atuais Instituições Técnicas Licenciadas – ITLs, para realizarem as inspeções de segurança veicular.

28. Ocorre que, no dia 31/08/2004, foi publicada decisão em antecipação de tutela (cópia em anexo), nos autos da Ação Ordinária nº 2004.61.00.019878-5, proferida pela mm. Juíza Substituta da 21ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, suspendendo a eficácia da Resolução nº 78/98 e

da Portaria Conjunta DENATRAN e INMETRO nº 01/02 e determinando que o INMETRO não efetuasse novos credenciamentos de entidades interessadas em realizar inspeções em veículos com histórico diferenciado até final decisão de mérito.

29. Em suma, concluiu-se que, com a Resolução nº 78/98, houve delegação da competência do CONTRAN para o DENATRAN para normatizar a matéria relativa aos veículos transformados. Entretanto, o art. 19, inciso XXV do CTB apenas prevê a autorização legal do DENATRAN para elaboração de normas e requisitos de segurança veicular para fabricação e montagem, nada prevendo no tocante à transformação de veículos.
30. Assim, buscando o CONTRAN realizar a regulamentação do art. 106 do CTB, editou a Resolução nº 185, de 04 de novembro de 2005, que estabeleceu os procedimentos para a prestação de serviços por Instituição Técnica Licenciada – ITL e emissão do Certificado de Segurança veicular – CSV, atribuindo ao DENATRAN a competência para licenciar as ITLs.
31. Posteriormente, a Resolução nº 185/05 foi revogada pela Resolução nº 232, de 30 de março de 2007, do CONTRAN que, da mesma forma que a Resolução nº 185/05, estabeleceu os procedimentos para a prestação de serviços pelas ITLs, para emissão do CSV, de que trata o art. 106 do CTB.
32. Note-se que o art. 106 do CTB traz a exigência de que a instituição técnica seja credenciada por órgão ou entidade de metrologia legal. Traz, ainda, a previsão de que esse credenciamento será regulamentado pelo CONTRAN.
33. E foi exatamente o que ocorreu com a edição da Resolução nº 232/07. A empresa interessada em realizar a inspeção técnica veicular é inspecionada e, após, credenciada ou acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO. Veja que o credenciamento, conforme previsto no art. 106 do CTB, permanece a cargo do INMETRO.

34. Após ser credenciada pelo INMETRO, prevê a Resolução nº 232/07 que a ITL deverá requerer a licença junto ao DENATRAN que é o responsável por concedê-la.
35. Em suas razões, alegou a impetrante que o CONTRAN, ao editar a Resolução nº 232/07, teria criado novas obrigações para as ITLs sem que houvesse previsão legal, violando o Princípio da Legalidade, a hierarquia das leis e afrontando a Constituição Federal.
36. Ora, a referida previsão legal está contida no próprio art. 106 do CTB ao prever a competência do CONTRAN para regular o procedimento de expedição do CSV e de credenciamento da ITL. Assim, não há que se falar em violação ao Princípio da Legalidade nem em criação de novas obrigações para as ITLs, posto que o CONTRAN realizou, tão somente, a regulamentação do art. 106 do CTB, em consonância com o disposto no art. 12, I do CTB que prevê sua competência para estabelecer as normas regulamentares do Código de Trânsito.
37. No que tange à Portaria nº 29, de 30 de maio de 2007, do DENATRAN, sustentou a impetrante que suas estipulações representam prejuízo à prestação de serviços de inspeção veicular, desvio de finalidade e o objetivo de beneficiar determinadas empresas.
38. Mais uma vez não assiste razão à empresa autora. A Portaria nº 29/07 foi editada pelo DENATRAN com o intuito de estabelecer as instruções necessárias ao pleno funcionamento do disposto na Resolução nº 232/07 no que se refere ao modelo, registro e controle da emissão do CSV, registro dos dados resultantes das inspeções e registro eletrônico do CSV no sistema RENAVAM.
39. O art. 1º da referida Portaria determinou que as ITLs, para a utilização do Sistema Nacional de Controle Eletrônico e Emissão do Certificado de Segurança Veicular – SISCSV, deverão estar cadastradas junto ao DENATRAN.

40. Já o art. 2º da Portaria nº 29/07 prevê que a emissão do CSV será realizada, exclusivamente, por meio eletrônico e só terá validade se registrado no SISCSV do DENATRAN.
41. Como se vê, com as determinações previstas na Portaria nº 29/07, pretendeu o DENATRAN conferir maior segurança ao procedimento de emissão do CSV pelas ITLs, exigindo a efetuação do registro no SISCV do DENATRAN e, com isso, aumentar o controle do DENATRAN sobre tais empresas e acabar com as fraudes e irregularidades que vinham ocorrendo.
42. O DENATRAN, na qualidade de órgão máximo executivo de trânsito, constitui o principal interessado no licenciamento do maior número de empresas para atuarem como ITLs e, com isso, agilizar a emissão de CSVs, garantindo, assim, o pleno funcionamento do Sistema Nacional de Trânsito.
43. A primeira licença de atuação como ITL foi concedida às empresas, em caráter excepcional e precário, por meio da Portaria nº 36, de 11 de maio de 2006, do DENATRAN, pelo prazo de noventa dias.
44. Contudo, ao verificar que as empresas interessadas em atuar como ITL não conseguiriam apresentar toda a documentação necessária para a concessão da licença definitiva no prazo previsto e, considerando a intenção do DENATRAN em licenciar o maior número de empresas, decidiu-se pela prorrogação das licenças precárias para que as ITLs mantivessem suas atividades.
45. Por isso, revelam-se incabíveis as alegações de prejuízo às ITLs, desvio de finalidade e benefício a determinadas empresas.
46. Insta mencionar que a empresa ITAFORT, por meio da Portaria nº 235 (cópia em anexo), de 27 de novembro de 2007, do DENATRAN, obteve a licença de funcionamento, por quatro anos, para atuar como Instituição Técnica Licenciada.

47. Ante o exposto, resta demonstrado que a Resolução nº 232/07 e a Portaria nº 29/07 foram editadas em consonância com o art. 106 do CTB e demais dispositivos legais, não havendo qualquer afronta ao Princípio da Legalidade, á hierarquia das normas ou à Constituição Federal, motivo pelo qual não deverá ser concedida a segurança.
48. Estas as informações que, no momento, cumpre apresentar.
49. À consideração superior, com proposta de encaminhamento ao Senhor Diretor do Departamento Nacional de Trânsito para que adote este pronunciamento como informações a serem prestadas ao Juízo, registrando-se a necessidade de observância do **prazo que expira em .12.2007.**

Brasília, dezembro de 2007.

Fernando José Vazzola De Migueli
Advogado da União

De acordo.

De acordo, encaminhe-se ao Diretor do DENATRAN.

Brasília, dezembro de 2007.

Cleucio Santos Nunes
Consultor Jurídico

**CONSULTA SOBRE A REPRESENTAÇÃO
DA CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE
MUNICÍPIOS NO CONSELHO NACIONAL
DAS CIDADES**

*Flavia Natario Coimbra
Advogada da União*

PARECER CONJUR/MCIDADES Nº

/2008

CONSULTA SOBRE A REPRESENTAÇÃO DA
CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS NO
CONSELHO NACIONAL DAS CIDADES.

PROCESSO Nº 80000.013208/2008-93

Cuidam os presentes autos, conforme delineado em epígrafe, de consulta elaborada pela Confederação Nacional de Municípios – CNM, a respeito de sua representação no Conselho Nacional das Cidades – ConCidades (fl. 1), nos seguintes termos:

Reza o § 1º do artigo 4º do Decreto n.º 5.790, de 25 de maio de 2006, que dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do Conselho das Cidades, que integram este colegiado os **órgãos e entidades** mencionados nos incisos do referido artigo 4º e aqueles eleitos durante a conferência das cidades.

O inciso III, do mencionado artigo, estabelece que o segmento Poder Público Municipal terá “doze representantes do Poder Público Municipal ou de entidades civis de representação do Poder Público Municipal”. Esta redação criou sérias controvérsias durante a 3ª Conferência das Cidades, culminando com a eleição de pessoas (e não de entidades), de modo que, as pessoas eleitas para representar a CNM não possuem qualquer vínculo com a entidade.

O fato é que a CNM, embora reconheça o direito legítimo dos delegados eleitos nas conferências estaduais em pleitear vaga no conselho nacional, não se sente representada por estas pessoas, principalmente, diante da evidente possibilidade delas defenderem interesses diferentes daqueles apregoados pela entidade, motivo que, por si só, justifica a prerrogativa da CNM indicar seus representantes no CONCIDADES.

Assim, considerando o teor do Decreto n.º 5.790/06, encaminhamos a este conselho as seguintes consultas:

a) A eleição ocorrida na 3ª Conferência das Cidades tinha como

objetivo eleger entidades ou pessoas?

b) Considerando o fato de que, no seguimento Poder Público Municipal, foram eleitas pessoas (delegados), a entidade está obrigada a indicá-las como suas representantes? É válida esta eleição?

c) Tendo em vista a norma que rege a matéria, é garantida a CNM prerrogativa de indicar seus representantes?

(grifo do original)

2. A Secretaria Executiva do ConCidades – SECONCID elaborou a Nota Técnica n.º 15/2008/SECONCID/GABIN/MCIDADES (fls. 66/67), descrevendo a motivação do questionamento elaborado pela CNM, entidade eleita como membro do ConCidades nas 1ª, 2ª e 3ª Conferências Nacionais das Cidades. No Memorando de fl. 65, aquela Secretaria solicitou o exame com urgência, tendo em vista que a indicação dos conselheiros da 3ª Gestão do ConCidades deve ser efetuada ainda no corrente mês, anterior à reunião de posse, agendada para a primeira quinzena do mês de julho/2008.
3. É o relatório.
4. O Decreto n.º 5.790, de 25/5/2006, dispõe sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do ConCidades. Seu artigo 4º estabelece os membros que o compõem, organizados por seguimentos, dentre os quais estão previstos **doze representantes do Poder Público Municipal ou de entidades civis de representação do Poder Público Municipal**, conforme seu inciso III. Transcrevo a seguir o disposto nos §§ 1º, 4º e 5º do artigo 4º e no artigo 19 do Decreto:

Art. 4º (...)

§ 1º **Consideram-se membros titulares e respectivos suplentes do ConCidades os órgãos e entidades** indicados neste artigo e aqueles eleitos durante a Conferência Nacional das Cidades, nos termos do disposto no art. 19.

(...)

§ 4º Os membros referidos nos incisos I a VIII deverão indicar seus respectivos representantes por meio de ofício ao Ministro de Estado das Cidades, que os designará.

§ 5º Os membros do ConCidades terão mandato de três anos, podendo ser reconduzidos, com exceção do mandato 2006/2007, que terá a duração de dois anos.

Art. 19. Compete à Conferência Nacional das Cidades eleger os membros titulares e respectivos suplentes do ConCidades indicados nos incisos II a VIII do art. 4º, respeitada a representação estabelecida para os diversos segmentos.

§ 1º A eleição de que trata o caput será realizada durante a Conferência Nacional das Cidades, em assembléia de cada segmento convocada pelo Presidente do ConCidades especialmente para essa finalidade.

§ 2º Resolução do ConCidades disciplinará as normas e os procedimentos de eleição de seus membros.

(grifos nossos)

5. A Resolução Normativa n.º 2, de 8/6/2006, do ConCidades, aprovou novo texto do Regimento Interno daquele Conselho. Seu artigo 9º, com a redação determinada pela Resolução Normativa n.º 7, de 2/4/2008, do ConCidades, prevê o seguinte:

Art. 9º O mandato do órgão ou entidade será de três anos, ficando a critério dos mesmos a indicação, substituição ou a manutenção dos seus respectivos representantes.

§ 1º Na ausência do representante previsto nos incisos do artigo 8º deste regimento, o mesmo não poderá indicar substituto de sua própria entidade ou órgão que representa.

§ 2º Após a segunda ausência consecutiva do conselheiro, a Secretaria Executiva do ConCidades deverá enviar comunicado à entidade ou

órgão que o mesmo representa, advertindo sobre a ocorrência das ausências.

§ 3º A entidade ou órgão será comunicada pela Secretaria Executiva do ConCidades a fim de que providencie a indicação de novo representante, após a terceira ausência consecutiva e injustificada do conselheiro.

§ 4º Nos casos em que a Conferência Nacional das Cidades eleger uma **entidade suplente**, diferente da **entidade titular**, no mesmo segmento, a entidade titular que faltar três reuniões sem justificativa, no período de 12 meses, será substituída pela entidade suplente respectiva, ficando a referida suplência vaga até a próxima eleição.

(grifos nossos)

6. A Resolução Normativa n.º 4, de 6/12/2006, do ConCidades, por sua vez, aprovou o Regimento da 3ª Conferência Nacional das Cidades. Seu artigo 2º, IV, estabeleceu, dentre as finalidades da referida Conferência, a eleição das **entidades membros** do ConCidades.
7. Já a Resolução Normativa n.º 6, de 6/9/2007, do ConCidades, disciplina normas e procedimentos relativos à eleição de membros daquele Conselho. Assim dispõem seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º. **São elegíveis**, na qualidade de membros titulares e suplentes do Conselho das Cidades, os órgãos e entidades pertencentes aos segmentos referidos nos incisos II a VIII, do art. 4º, do Decreto n.º 5.790/06.

§ 1º **Cada um dos segmentos mencionados no caput deste artigo definirá os critérios de eleição de seus representantes**, observada a forma de representação estabelecida no art. 4º do Decreto n.º 5.790/06.

§ 2º As entidades mencionadas nos incisos de III a VIII, do art. 4º, do Decreto n.º 5.790/06, deverão ser reconhecidas pelos respectivos segmentos como organismos com representação de caráter nacional, ou pertencentes a fóruns ou redes nacionais.

§ 3º **Caberá ao segmento** relacionado no inciso II, do art. 4º, do Decreto n.º 5.790/06 – **Poderes Públicos Estadual e do Distrito Federal – definir os critérios de participação de seus representantes ou de entidades civis que os representam**, titulares e suplentes, observado a forma de rodízio, previsto neste inciso e no § 2º, do art. 4º, do referido Decreto.

§ 4º **Os órgãos e entidades membros do Conselho das Cidades deverão indicar**, até 30 de abril de 2008, **seus representantes**, por meio de ofício dirigido **ao Ministro de Estado das Cidades, que os designará**.

Art. 4º Os casos omissos e eventuais dúvidas surgidas durante processo eletivo serão dirimidas pela Coordenação Executiva da Conferência Nacional das Cidades.

(grifos nossos)

8. O Regulamento da 3ª Conferência Nacional das Cidades também foi expreso ao tratar, em seu artigo 25, da eleição para o ConCidades:

Art. 25. **A eleição das entidades da sociedade civil e do Poder Público** Estadual, do Distrito Federal e Municipal **ou de suas entidades civis de representação**, para o Conselho das Cidades, será realizada no dia 28 de novembro, às 11hs, por assembléia dos segmentos, nos termos da Resolução Normativa n.º 6, de 6 de setembro de 2007, do Conselho das Cidades.

(grifos nossos)

9. A questão dos membros do Conselho já foi tratada no Parecer CONJUR/MCIDADES/N.º 230/2006, proferido nos autos do processo de n.º 80000.006965/2006-49, que analisou minuta de alteração do Decreto n.º 5.031, de 2/4/2004, que dispunha sobre a composição, estruturação, competências e funcionamento do ConCidades. Transcrevo, a seguir, o trecho do referido Parecer pertinente ao caso:

20. No que tange ao disposto no §2º do art.4º da minuta, há **errônea remissão ao art.15, pois observa-se conexão ao disposto**

no art.19. De qualquer forma, impende esclarecer que, diversamente do que aparenta, os membros do Conselho são os órgãos e entidades, e não as pessoas físicas que as apresentam. É dizer, são membros do Conselho a Caixa Econômica Federal, não o seu Presidente, ou o Ministério do Turismo, não o titular da Pasta, por exemplo. Para evidenciar esta interpretação, é necessário alterar o art.4º, convindo suprimir a referência ao número de representantes no *caput*, eliminando, assim, dúvidas sobre a indicação dos membros.

21. Sugere-se a seguinte redação:

“Art.4º O Conselho Nacional das Cidades terá a seguinte composição:

I – membros do Governo Federal, sendo:

a) Ministério das Cidades – três representantes;

[...]”

22. De se entender que, na forma sugerida acima, foi traçada a diferenciação entre membros do Conselho e os representantes destes membros, o que na redação original da minuta não foi possível identificar. Ou seja, o Ministério das Cidades, por exemplo, é **um** membro, embora tenha três representantes. Assim, recomenda-se que o **§2º do art.4º mencione a eleição dos membros titulares e suplentes, e não eleição dos órgãos e entidades, o que confere maior clareza ao texto.**

23. Quanto ao §3º do art.4º, a expressão “*Os órgãos e entidades referidos nos incisos I a VIII*” deve ser substituída pela referência aos membros do Conselho, ficando assim a redação:

“§3º Os membros do Conselho Nacional das Cidades deverão indicar seus respectivos representantes através de ofício ao Ministro das Cidades, que os designará”.

24. Destarte, mais uma vez apresenta-se a preocupação em estabelecer a distinção entre membros do Conselho e representantes destes membros. No mais, trata-se de norma que confere homogeneidade ao procedimento de nomeação dos representantes

dos membros do Conselho, não confrontando, pois, com o disposto no art.11 da Medida Provisória nº2.220/01.

(nosso o sublinhado, negritos do original)

10. Resta, portanto, evidente que a Conferência Nacional das Cidades deveria eleger como membros do ConCidades, titulares e suplentes, órgãos e entidades, e não pessoas. Esses membros, por sua vez, devem indicar seus respectivos representantes ao Ministro das Cidades, que os designará.
11. Assim sendo, se a CNM foi eleita como membro do ConCidades na última Conferência Nacional das Cidades, segundo informa a SECONCID em fl. 66, deve indicar seu representante ao Ministro das Cidades, que o designará. Deve ficar claro que o mandato pertence ao órgão ou entidade membro (no caso, a CNM), ficando a seu critério a indicação, substituição ou a manutenção dos seus respectivos representantes.
12. Importante ressaltar, por fim, que não se pode confundir os membros do ConCidades, eleitos na Conferência Nacional das Cidades, com os delegados que integraram a Conferência. Esses delegados, que tinham direito a voz e voto na Conferência Nacional, eram os representantes eleitos nas Conferências Estaduais e os indicados pelos diversos segmentos, na forma do Regimento da Conferência (Resolução Normativa n.º 4/2006, do ConCidades.
13. É o parecer. À consideração superior, com proposta de restituição dos autos à Secretaria Executiva do Conselho das Cidades.

Brasília, junho de 2008.

FLAVIA NATARIO COIMBRA

Advogada da União

De acordo.

De acordo. Restituam-se estes autos à Secretaria Executiva do Conselho das Cidades.

Brasília, junho de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**CONSULTA EFETUADA PELA CAIXA.
CONTRATOS DE REPASSE EXTINTOS EM
RAZÃO DO NÃO ATENDIMENTOS ÀS
EXIGÊNCIAS DA LRF**

*Flavia Natario Coimbra
Advogada da União*

PARECER CONJUR/MCIDADES N°

/2007

CONSULTA EFETUADA PELA CAIXA. CONTRATOS DE REPASSE EXTINTOS EM RAZÃO DO NÃO ATENDIMENTO ÀS EXIGÊNCIAS DA LRF. IN STN N.º 1/1997, ART. 3º, COM ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA IN STN N.º 4/2007 E PELA IN STN N.º 7/2007.

PROCESSO N° 80000.041120/2007-81

Cuidam os presentes autos de consulta efetuada pela Caixa Econômica Federal – CAIXA, a respeito das conseqüências, para os contratos de repasse, das alterações promovidas no artigo 3º da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional – IN/STN n.º 1, de 15/1/1997, pela IN/STN n.º 4, de 17/5/2007, e pela IN/STN n.º 7, de 21/11/2007.

2. A CAIXA relata que, em função dessas alterações, é necessário verificar a situação de regularidade dos contratados perante os órgãos ou entidades públicas federais, bem como o atendimento às exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF na celebração dos contratos de repasse, em qualquer modificação contratual e nas liberações de parcelas de recursos federais.
3. Aduz a CAIXA que a medida estaria provocando o encerramento de centenas de operações com obras/serviços em andamento, sendo que em muitos casos as etapas executadas não apresentariam qualquer funcionalidade, o que inviabilizaria a redução de quantitativo ou a apresentação da prestação de contas final.
4. Afirma que a alternativa que se apresenta até o momento é o cancelamento da operação, a solicitação de devolução integral dos recursos creditados e/ou a competente instauração de tomada de contas especial para apuração do prejuízo causado ao erário e a identificação dos responsáveis.

5. Acrescenta que, por força do artigo 5º da IN/STN n.º 1/1997, essa exigência se aplica também às entidades privadas contratadas beneficiárias de recursos federais.
6. Informa que o assunto já foi submetido a várias instâncias decisórias, inclusive à STN, sem que a CAIXA tenha obtido amparo específico para entendimento diverso do estabelecido até então.
7. A respeito do atual § 2º do artigo 3º da IN/STN n.º 1/1997, a CAIXA questiona a ausência de critérios para a restrição da verificação de regularidade fiscal.
8. Por fim, a CAIXA requer manifestação até o dia 11/12/2007, diante da relevância do assunto e da aproximação do encerramento do ano civil, e comunica que, caso não haja retorno até essa data, entenderá que os empenhos poderão ser cancelados no SIAFI e adotados os procedimentos decorrentes para o encerramento contratual.
9. Através do despacho de fl. 10, a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração – SPOA solicitou a manifestação desta Consultoria Jurídica.
10. É o relatório.
11. Após a publicação da IN/STN n.º 7/2007, o artigo 3º da IN/STN n.º 1/1997 passou a ter a seguinte redação:

Art. 3º A obrigação de os entes federativos e respectivos órgãos ou entidades vinculados comprovarem sua situação de regularidade, perante os órgãos ou entidades públicos federais, e o atendimento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal será procedida mediante apresentação da devida documentação impressa ou, alternativamente, conforme previsto na lei federal de diretrizes orçamentárias, via consulta ao Cadastro Único de Convênio (Cauc), de que trata a Instrução Normativa nº 1, de 17 de outubro de 2005, desta Secretaria.

§1º A comprovação de que trata o “caput” deste artigo deve ser realizada no ato de celebração (assinatura) do convênio ou

respectivos aditamentos, se houver, e quando da liberação de cada parcela de recursos envolvidos.

§2º Quando o aditamento ao convênio não implicar liberação, pelo concedente, de recursos adicionais aos previstos no Termo de Convênio, a comprovação de que trata o “caput” deste artigo poderá, a critério do concedente, mediante despacho formal apensado ao processo administrativo relativo ao convênio, ser limitada à verificação da regularidade fiscal de que tratam os incisos III, neste caso, especificamente quanto à regularidade perante a Fazenda Pública federal, e IV do art. 29 de Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

12. Sendo assim, toda vez que for celebrado um convênio (ou contrato de repasse), ou respectivos aditamentos, e quando da liberação de cada parcela de recursos, o contratado deve comprovar sua situação de regularidade perante os órgãos ou entidades públicos federais, e o atendimento às exigências da LRF.
13. O § 2º do artigo 3º prevê que, quando o aditamento não implicar liberação, pelo concedente, de recursos adicionais aos previstos no Termo de Convênio, a referida comprovação poderá, a critério do concedente, mediante despacho formal apensado ao processo administrativo, ser mais restrita, conforme especifica o próprio dispositivo. Nesse caso, a IN não pré-estabeleceu critérios. Conforme o próprio dispositivo determina, essa limitação ficará a critério do concedente.
14. Em todo caso, seja de forma ampla, consoante determina o caput do artigo 3º, ou mais restrita, nos termos do § 2º, o contratado deve comprovar sua situação de regularidade perante os órgãos ou entidades públicos federais e o atendimento às exigências da LRF toda vez que for celebrado um convênio, contrato de repasse, ou respectivos aditamentos, e quando da liberação de cada parcela de recursos.
15. Não se pode fugir à aplicação da IN. Caso o contratado não consiga cumprir o requisito de regularidade fiscal, não poderá receber recursos, celebrar contrato de repasse, ou aditá-lo. Se o convênio estiver ainda dentro do prazo de vigência, o

repassse de recursos deve ser suspenso enquanto permanecer a irregularidade. Contudo, se o prazo do convênio expirar, sem que tenha sido possível assinar antes o aditivo, o convênio estará definitivamente encerrado, não podendo ser reativado, mesmo que a situação do contratado se regularize posteriormente. Nesse sentido é o disposto no artigo 15 da IN/STN n.º 1/1997.

16. De qualquer forma, devem ser apresentadas as devidas prestações de contas parciais, bem como a prestação de contas final, quando se encerrar o contrato, tudo nos termos da IN/STN n.º 1/1997.
17. Por fim, conforme dispõe o artigo 38 da IN/STN n.º 1/1997, incisos I, II e III, deve ser instaurada a tomada de contas especial nos seguintes casos:

Art. 38. Será instaurada a competente Tomada de Contas Especial, visando a apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, pelos órgãos encarregados da contabilidade analítica do concedente, por solicitação do respectivo ordenador de despesas ou, na sua omissão, por determinação do Controle Interno ou TCU, quando:

I - Não for apresentada a prestação de contas no prazo de até 30 dias concedido em notificação pelo concedente;

II - não for aprovada a prestação de contas, apesar de eventuais justificativas apresentadas pelo conveniente, em decorrência de:

- a) não execução total do objeto pactuado;
- b) atingimento parcial dos objetivos avençados;
- c) desvio de finalidade;
- d) impugnação de despesas;
- e) não cumprimento dos recursos da contrapartida;

f) não aplicação de rendimentos de aplicações financeiras no objeto pactuado.

III - ocorrer qualquer outro fato do qual resulte prejuízo ao erário.

18. É o parecer. À Consideração superior, com proposta de restituição dos autos à SPOA..

Brasília, dezembro de 2007.

FLAVIA NATARIO COIMBRA

Advogada da União

De acordo.

De acordo. Restituam-se estes autos à SPOA.

Brasília, dezembro de 2007.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**CONSULTA DO MUNICÍPIO DE
GOIÂNIA. FUNÇÃO DO FMHIS.
NOTA TÉCNICA DA SNH**

*Flavia Natario Coimbra
Advogada da União*

PARECER CONJUR / MCIDADES Nº

/2007

FNHIS. LEI N.º 11.124/2005. CONSULTA DO MUNICÍPIO DE GOIÂNIA. FUNÇÃO DO FMHIS. NOTA TÉCNICA DA SNH.

Processo nº 80000.033507/2007-63

1. Trata-se de consulta, efetuada pelo Município de Goiânia, a respeito das funções do Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social – FMHIS, nos seguintes termos (fls. 1/3):

1) A leitura do disposto no Manual de Instruções para Contratação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades – Exercício 2006 e 2007 impede que a abertura de conta específica para movimentação dos recursos oriundos do OGU seja em nome do Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social?

2) No caso dos Termos Aditivos anexos, contrato de repasse n.º 0198514-77/2006 e 0198513/2006 há impedimento de se constar como Interveniente Executor o fundo Municipal de Habitação de Interesse Social, sendo a Conta Bancária Específica aberta em nome do referido Fundo Municipal?

3) O disposto no Manual de Instruções para Contratação e Execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades – Exercício 2006 e 2007 não está em desconformidade com a Política instituída pelo Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que prevê a criação nos Estados, Distrito Federal e Municípios do Fundo Local de Habitação de Interesse Social, por não contemplar a abertura da Conta Bancária Específica em nome do Fundo?

4) Pode a CAIXA abrir a conta específica em nome do Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social, que se encontra devidamente instituído, com CNPJ próprio, e devidamente regulamentado por lei?

5) Os recursos do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento poderão ser contratados pelo FMHIS – Fundo Municipal de Habitação de Interesse Social, ou pela Secretaria Municipal de Habitação com a interveniência deste Fundo, considerando que

os Manuais de Contratação prevêm até mesmo a contratação com entidades privadas? Se não em que caso o Fundo criado tem aplicabilidade?

6) Os recursos destinados ao Município de Goiânia, para a área de habitação, que venham do FNHIS passarão pelo FMHIS? Outros recursos federais destinados ao Município, por meio de transferências da União, bem como o Pró-Moradia, poderão ser contratados pelo FMHIS, ou pela Secretaria Municipal de Habitação com a interveniência deste fundo, considerando que os Manuais de Contratação prevêm até mesmo a contratação com entidades privadas?

2. A Secretaria Nacional de Habitação – SNH manifestou-se através da Nota Técnica n.º 31/2007/GFIN/DUAP/SNH (fls. 46/55), concluindo que, do ponto de vista da gestão dos recursos do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS, bem como em relação aos princípios inerentes à Lei n.º 11.124, de 16/6/2005, não vê impedimentos para a adoção dos procedimentos propostos pelo Município para a gestão dos recursos do FMHIS.
3. É o relatório.
4. O FMHIS é instituído por determinação da Lei n.º 11.124/2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Essa Lei determina, no inciso I de seu art. 12, que os recursos do FNHIS serão aplicados de forma descentralizada, por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios, que deverão constituir fundo, com dotação orçamentária própria, destinado a implementar Política de Habitação de Interesse Social e receber os recursos do FNHIS.
5. Em obediência ao referido dispositivo, o Município de Goiânia criou seu FMHIS, através da Lei Municipal n.º 8.487, de 6/12/2006 (fls. 16/19), como um fundo “de natureza contábil, com o objetivo de gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do Município de Goiânia, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda” (art. 7º), possui um Conselho Gestor (art. 9º).

6. Aqui, cabe analisar a natureza jurídica dos fundos. O Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins, de Osvaldo Maldonado Sanches, apresenta a seguinte definição:

Os fundos são afetações (vinculações) de recursos a determinados objetivos que integram o elenco de instrumentos de ação de certos entes da estrutura organizacional do setor público. Nessa condição, não possuem estrutura organizacional nem personalidade jurídica própria, operam com recursos humanos, materiais e institucionais do órgão/entidade a que se vinculam, contando apenas com devida particularização no sistema de contabilidade desse. Portanto, não podem ser confundidos com os entes da administração direta ou indireta e, muito menos, caracterizados como instituições financeiras. (...)¹

6. Verifica-se que um fundo é meramente uma afetação de recursos a determinada finalidade – no caso, habitação de interesse social. Não se trata de um órgão da Administração Pública. Assim, é desprovido de personalidade jurídica, bem como de estrutura organizacional própria. Não por outras razões, o FMHIS de Goiânia está vinculado à Secretaria Municipal de Obras, que é o órgão operador desse Fundo, conforme o art. 13 da Lei Municipal n.º 8.487/2006.
7. Dessa forma, foge à natureza do fundo atuar como contratante, contratado, conveniente, ou sequer interveniente. **No ato de celebração dos contratos de repasse, compete ao Município, que detém personalidade jurídica própria, atuar como contratado, podendo fazê-lo por intermédio de suas Secretarias Municipais, se houver autorização legal para tanto.**
8. Tal afirmação se confirma ao se examinar a Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional – IN/STN n.º 1, de 15/1/1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos. De acordo com o parágrafo único do art. 39 dessa IN, suas disposições aplicam-se ao contrato de repasse a que se refere o Decreto n.º 1.819, de 16/2/1996, que se equipara à figura do convênio. Esse

1 2ª ed. Brasília: Prisma/OMS, 2004, p.168.

Decreto disciplina as transferências de recursos da União por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais federais, como é o caso da Caixa Econômica Federal.

9. Nos termos da IN/STN n.º 1/1997 (art. 1º, § 1º, III e IV), seriam as seguintes as definições de conveniente e interveniente, as quais não abrangem a figura de fundo, como é o caso do FMHIS:

Art. 1º (...)

§ 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:

(...)

III – conveniente – órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular com a qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio;

IV – interveniente – órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular que participa do convênio para manifestar consentimento ou assumir obrigações em nome próprio.

(...)

10. Compulsando-se o Manual de Instruções para Contratação e execução dos Programas e Ações do Ministério das Cidades – Exercício 2006, constante dos autos em fls. 30/44, depara-se com seu item II, que trata dos participantes e atribuições gerais. Seu subitem 2.3 elenca como possíveis proponentes/contratados os Municípios, Estados, Distrito Federal e entidades privadas sem fins lucrativos.
11. Verifica-se, portanto, em todos esses dispositivos, que não consta a figura do FMHIS (ou de qualquer fundo) como parte dos contratos.
12. Passo, então, à questão da abertura de conta em nome do FMHIS e repasse de recursos da União a esse fundo.

Conforme a própria Lei que criou o FMHIS (Lei Municipal n.º 8.487/2006, art. 13, I, a), compete à Secretaria Municipal de Obras, na qualidade de órgão operador do FMHIS, abrir uma conta corrente em instituição financeira oficial para manter os recursos do FMHIS, bem como movimentar essa conta.

13. Remeto-me, mais uma vez, à IN/STN n.º 1/1997. O inciso XIX do seu art. 7º e o *caput* do seu art. 20, os quais transcrevo a seguir, determinam a obrigatoriedade de movimentação dos recursos repassados pela União em conta bancária específica:

Art. 7º O convênio conterá, expressa e obrigatoriamente, cláusulas estabelecendo: (...)

XIX – o compromisso do conveniente de movimentar os recursos em conta bancária específica, quando não integrante da conta única do Governo Federal;

(...)

Art. 20. **Os recursos serão mantidos em conta bancária específica** somente permitidos saques para pagamento de despesas constantes do Programa de Trabalho ou para aplicação no mercado financeiro, nas hipóteses previstas em lei ou nesta Instrução Normativa, devendo sua movimentação realizar-se, exclusivamente, mediante cheque nominativo, ordem bancária, transferência eletrônica disponível ou outra modalidade de saque autorizada pelo Banco Central do Brasil, em que fiquem identificados sua destinação e, no caso de pagamento, o credor.

(grifos nossos)

14. Segundo o disposto na IN, o conveniente deve movimentar os recursos em conta bancária específica. A já mencionada Lei n.º 11.124/2005, em seu art. 12, I o FMHIS destina-se, além de implementar Política de Habitação de

Interesse Social, a receber os recursos do FNMHIS. Harmonizando-se esses dispositivos, conclui-se que poderia ser aberta conta bancária específica em nome do FMHIS para movimentar

os recursos repassados pela União através do contrato de repasse ou convênio. Contudo, é importante ressaltar que esses recursos não podem ser misturados aos demais recursos do FMHIS, os quais podem, tão somente, servir como fonte de recursos para que o Município contratado possa oferecer sua contrapartida.

15. A razão de ser da exigência de conta bancária específica é justamente evitar que haja mistura entre os recursos do convênio, ou contrato de repasse, e outros recursos, preservando-se os primeiros. Essa exigência perderia completamente sua finalidade se os recursos afetados ao convênio, ou contrato de repasse, passassem pela conta comum do FMHIS, pois então eles se confundiriam com os demais recursos componentes desse fundo. Os recursos repassados pela União através de convênios ou contratos de repasse estão afetados a determinados projetos específicos, não podendo confundir-se com os demais.
16. À consideração superior, propondo-se a restituição dos autos à SNH.

Brasília, novembro de 2007.

Flavia Natario Coimbra

Advogada da União

De acordo:

De acordo. Restitua-se à SNH.

Brasília, novembro de 2007.

Jorge Cesar Silveira Baldassare Gonçalves

Consultor Jurídico Substituto

**EMENTA: ADMISTRATIVO.
DIREITO AUTORAL.
CONTROVÉRSIA GERADA PELA
PUBLICAÇÃO DA SÉRIE COMO ANDAM
AS REGIÕES METROPOLITANAS**

*Julio Cesar Fereira Pereira
Assistente Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº /2008

EMENTA: Administrativo. Direito Autoral. Controvérsia gerada pela publicação da Série Como Andam as Regiões Metropolitanas. Obra coletiva de encomenda. Direitos patrimoniais do Organizador. Alegada apropriação indébita do Ministério das Cidades. Inocorrência. Atendimento das Normas relativas a Direitos do Autor. Aplicação do art. 111 da Lei nº 8.666/93. Impossibilidade jurídico-contratual da aplicação, in casu, do disposto art. 15, § 2º, da Lei nº 9.610/98. Ausência de ilegalidade nos atos do Ministério das Cidades.

PROCESSO nº 80000.017710/2008-73

1. Tratam os autos do Procedimento Administrativo em epígrafe de divergência instalada em face da publicação da Série Como Andam as Regiões Metropolitanas.
2. De fato, por intermédio da mensagem eletrônica juntada a fl. 105 encaminhada, em tese, a Senhora Chefe de Gabinete do Ministro de Estado das Cidades, o Senhor _____ formula a seguinte reclamação e pedido:

“Escrevo-lhe para exigir a imperiosa suspensão da circulação dos 11 volumes do trabalho realizado pelo Observatório das Metrôpoles, cujo título genérico é ‘Como Andam as Metrôpoles’. Além de vários erros, como a omissão dos nomes dos autores dos capítulos, a autoria do conjunto dos livros foi indevidamente apropriada por funcionários do Ministério destacados para acompanhar a operacionalização da edição, já que eles colocam-se como autores na ficha catalográfica, conforme reproduzido abaixo. Isso quer dizer que para todos os efeitos de direitos autorais, nenhum dos pesquisadores do Observatório poderá incluir em seus respectivos sistemas de avaliação da programação científica estes documentos. Configura-se um grave ato de apropriação indébita, cuja gravidade exige ação reparadora imediata. A única possível é o recolhimento do conjunto da obra”.

3. A matéria foi encaminhada à Secretaria Executiva do Ministério das Cidades que, por intermédio da Diretoria de Desenvolvimento Institucional, ofereceu a sua manifestação consubstanciada na **NOTA TÉCNICA DDI/SE/MCIDADES 49-2008**, exarada as fls. 02 usque 08, por intermédio da qual, após o relato fático da origem do Projeto, afirma, em exame de mérito:

“(…)

4.....omissis.....

c) Antes do seminário internacional, em julho de 2004, instituiu-se o Projeto Sistema Nacional de Informações das Cidades, denominado BRA/04/022, firmado sob a égide do Acordo Básico de Assistência Técnica entre o Governo do Brasil e as Agências da Organização das Nações Unidas – ONU, tendo como instituições participantes a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores – ABC/MRE, como órgão responsável pelo acompanhamento e avaliação das ações decorrentes do Projeto; o Ministério das Cidades, como órgão responsável pela execução das ações decorrentes do Projeto; o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, como organismo responsável pelo desenvolvimento das ações decorrentes do Projeto. O BRA/04/022 tem como objeto o ‘desenvolvimento de um sistema integrado de informações que, além de permitir um melhor planejamento e controle das ações por parte do Ministério das Cidades, disponibilize informações às administrações municipais e aos cidadãos, viabilizando o planejamento urbano local e o controle da aplicação do recurso público’. Os (macro) produtos previstos pelo BRA/04/022 são: (i) banco de metodologias e indicadores urbanos disponíveis em banco de dados geo-referenciado, para consulta de toda sociedade; (ii) sistema nacional de informações das cidades – SNIC desenvolvido e disponibilizado; (iii) disponibilização do novo sítio/porta do Ministério das Cidades; (iv) sistema de monitoramento e avaliação de programas e projetos, integrado ao SNIC.

d) Em setembro, no âmbito do BRA/04/22, o MCidades (Agência Executora), o PNUD e o Observatório das Metrópoles/FASE (Agência Implementadora), firmaram a Carta Acordo nº 4700001202, com o objetivo de atender ao macro produto banco

de metodologias e indicadores urbanos disponíveis em banco de dados geo-referenciado, para consulta de toda a sociedade. Para isso, duas atividades estavam previstas e pautadas pelo Ministério das Cidades, por meio do Termo de Referência apresentado e anexo à Carta: (a) elaboração de indicadores para cinco regiões metropolitanas (RM's) dentre aquelas prioritárias para intervenção do Ministério das Cidades; (b) elaboração de indicadores para demais seis RM's dentre aquelas prioritárias para intervenção do Ministério das Cidades.

5. Para a realização das atividades previstas na Carta Acordo nº 4700001202, o Ministério das Cidades aportou o montante de R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) para o Observatório das Metrópoles, representado pela FASE – Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional elaborar o estudo.

6. O Termo de Referência constante na Carta Acordo pautava e conduzia a Agência Implementadora para a elaboração de um estudo para identificar e caracterizar os espaços urbanos metropolitanos brasileiros, em sua dimensão socioterritorial e em seu desempenho institucional. Visava ainda à construção de uma classificação (tipologia) de cidades brasileiras, inclusive fora das regiões metropolitanas, a partir da identificação e aplicação de indicadores consistentes.

7. Os produtos previstos no Termo de Referência foram entregues e aprovados por esta Diretoria em outubro de 2006, passando, assim, ao Ministério das Cidades, conforme as normas de contratação de prestação de serviços do PNUD, a propriedade intelectual e demais direitos de propriedade, inclusive qualquer privilégio, reserva e exclusividade deles decorrente, nos termos descritos no item 16, a seguir”.

4. No que pertine aos fatos relacionados à instalação da divergência in casu, relata a Diretoria de Desenvolvimento Institucional em sua **NOTA TÉCNICA DDI/SE/MCIDADES 49-2008**:

“9. Por meio do Projeto de Apoio à Implementação do Programa Habitar Brasil – BID, Projeto BRA/00/019, sub-programa Desenvolvimento Institucional do Ministério das Cidades, ação

Apoiar a realização de estudos sobre regiões metropolitanas e de estudos de casos de consórcios municipais, de modo a subsidiar o delineamento da política nacional, **o PNUD contratou a Gráfica Capital LTDA para a prestação de serviços gráficos, editoração eletrônica, diagramação, arte final de 11 (onze) volumes da Série Como Andam as Regiões Metropolitanas.**

10. Para a organização e coordenação da publicação, esta Diretoria designou a Gerente de Capacitação, Egláisa Cunha e o servidor Roberto Pedreira, que por meio de uma análise crítica minuciosa dos textos entregues, com correção de conteúdo, e de uma avaliação qualitativa, colocaram os relatórios entregues dentro dos padrões requeridos para uma publicação institucional de cunho Ministerial. **Além disso, foram responsáveis por atividades administrativas, tais como a disponibilização dos produtos finais, acompanhamento e avaliação dos trabalhos da empresa contratada para a editoração gráfica e impressão das publicações. Documentos analisados e criticados e mensagens transmitidas à empresa comprovam a realização da atividade. Diferentemente do que fora divulgado no sítio e disseminado pela rede do Observatório das Metrópoles, reduzindo o trabalho que fora empreendido pelos servidores do MCidades e acusando-os de omissão das autoria e apropriação indébita (sic), conforme descrito a partir do item 14, a seguir.**

11. A organização da publicação providenciou o registro do ISBN dos volumes da Série, sob a autoria do Ministério das Cidades (...) haja vista a obtenção da titularidade da propriedade do produto, como prevê o Documento do Projeto BRA/04/022.

.....

13. No dia 08 de junho de 2008, na reunião do Conselho das Cidades, a DDI fez o lançamento da Série, distribuindo para todos os conselheiros (titulares e suplentes) os onze volumes. Concomitantemente, a Gerência de Capacitação disponibilizou os volumes no sítio do Ministério, na biblioteca do Programa Nacional de Capacitação das Cidades – PNCC.

14. A distribuição dos volumes gerou um desentendimento por parte de alguns acadêmicos do Observatório das Metrópoles, indagou-se

que foram omitidos os nomes dos autores dos capítulos e que a autoria do conjunto do relatório publicado foi ‘indevidamente apropriada por funcionários do Ministério destacados para acompanhar a operacionalização da edição’(sic).

15. Isto é, alguns professores do Observatório das Metrópoles acusam servidores deste MCidades de ‘apropriação indébita’ (sic); de prejudicar os acadêmicos quanto aos direitos autorais. Como medida emergencial, exigiram a suspensão da distribuição e divulgação no sítio e o recolhimento da obra”.

5. In *meritum causae*, a Diretoria de Desenvolvimento Institucional analisa a controvérsia à luz do Projeto BRA/04/022 e da Carta Acordo nº 4700001202, ao que afirma:

“16. Diante do exposto, e para subsidiar os esclarecimentos a seguir, cabe apontar alguns artigos do Projeto BRA/04/022, que rege a Carta Acordo nº 4700001202, na Seção IV, Título XIII – Da Publicação, da Divulgação das Atividades e dos Produtos Gerados:

‘Art. 24: Fica terminantemente proibido incluir, ou de qualquer forma fazer constar na reprodução, na publicação, na divulgação das ações e atividades realizadas ao amparo deste Documento de Projeto, nomes, marcas, símbolos, logotipos, logomarcas, combinações de cores ou de sinais, ou imagens que caracterizem ou posam caracterizar promoção de índole individual, política, partidária, religiosa ou de caráter comercial’.

‘Art. 25: Os produtos gerados em decorrência da execução do Projeto serão de propriedade do MCidades, observado o devido crédito à participação do PNUD’.

17. Cabe assinalar que a utilização do instrumento denominado Carta Acordo se deu porque o PNUD considerava o Observatório das Metrópoles como agência implementadora já cadastrada no BRA/04/022 e, por conseguinte, já referenciada pelo próprio Documento do Projeto, como explicita a Assessoria Jurídica do PNUD, em ofício enviado ao MCidades, em agosto de 2004, conforme apresentado em anexo.

18. A interpretação que se tem desses artigos é que os direitos autorais ou quaisquer outros direitos, de qualquer natureza, sobre documentos produzidos no âmbito da Carta Acordo, devem reverter exclusivamente para o Ministério das Cidades (e ao PNUD), sendo necessária autorização dessas instituições para sua reprodução total ou parcial.

19. A Carta Acordo também chama a atenção desse assunto, no item VII – Bens Adquiridos, no qual se prevê que ‘os bens adquiridos com recursos financeiros constantes deste instrumento são de propriedade do PNUD até serem transferidos à Agência Executora durante a vigência do Projeto BRA/04/022 – Sistema Nacional de Informações das Cidades’. E, se não for suficiente para entendimento, o item IX – Das Questões Omissas aplica os dispositivos do Documento de Projeto BRA/04/022, como por exemplo, os artigos 24 e 25 supracitados no item 16.

20. Observamos, ainda, que o produto entregue faz parte de um Projeto que se rege sob a égide de um Acordo de Cooperação Técnica Internacional que prevê como condição geral a transferência da titularidade dos direitos de propriedade intelectual e demais direitos de propriedade às agências executoras, como é o caso do Ministério das Cidades.

21. Sobre isso a ABC – Agência Brasileira de Cooperação do MRE e o PNUD, instituições participantes do Documento de Projeto BRA/04/022, caso necessário, poderiam se pronunciar, assinalando o que trata a norma que rege Acordos de Cooperação Técnica Internacional.

22. Como exemplo de que essas instituições podem contribuir para a solução dessa controvérsia, vale frisar que, de acordo com o documento oficial do PNUD intitulado ‘Condições Gerais do PNUD para Contratos de Serviços Profissionais’, no item 11 – Direitos Autorais, Patentes e Outros Direitos do Proprietário, prevê-se que:

‘O PNUD será o titular de todos os direitos de propriedade intelectual e demais direitos de propriedade, inclusive qualquer privilégio, reserva de exclusividade deles decorrentes, incluindo, mas não se limitando, os de marcas de comércio, patentes, direitos autorais, inclusive patrimoniais e conexos, em relação aos produtos,

documentos e outros materiais produzidos e preparados no âmbito do presente contrato ou que com o contrato tenha uma vinculação direta. Mediante solicitação do PNUD, a Contratada deverá tomar todas as medidas necessárias e, caso necessário, firmar todos os documentos ou praticar qualquer outro ato para que se assegure ao PNUD a titularidade sobre tais direitos, transferindo-os ao PNUD de acordo com as exigências e formalizações aplicáveis’.

23. É importante assinalar também que, dos quatorze relatórios entregues ao MCidades, apenas quatro indicam os nomes dos autores dos capítulos. E, por isso, a organização decidiu por manter um padrão na publicação, apresentando no final de cada volume a ficha técnica com o nome dos autores. (Destaques da transcrição).

24. Ademais, boa parte dos nomes dos pesquisadores que assinam os relatórios não consta na listas dos que deveriam fazer parte do projeto. Naquela lista, anexa ao Termo de Referência da Carta Acordo, os professores citados fazem parte de instituições de ensino superior privada, mas quase todos os acadêmicos que assinaram os relatórios entregues ao MCidades são de universidades públicas, indo ao (sic) encontro do Decreto 5.151, de 22 de julho de 2004 que, em seu artigo 7º ressalta: ‘é vedada a contratação, a qualquer título, de servidores ativos da Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal, direta e indireta, bem como de empregados de suas subsidiárias e controladas, no âmbito dos projetos de cooperação técnica internacional”.

6. Exposta, destarte, a matéria fática e a base normativa sobre a qual lastreia o seu entendimento, conclui a Diretoria de Desenvolvimento Institucional:

“25. A apropriação indébita observada foi do Observatório das Metrópoles que publicou alguns relatórios, sem a prévia (ou posterior) autorização do Ministério das Cidades, proprietário dos direitos autorais e de publicação das obras (...). Esta Diretoria entende que se faz necessário, após a resolução do impasse provocado por alguns pesquisadores sobre a autoria da publicação, procurar as soluções jurídicas para a publicação indevida.

26. Em momento algum, o MCidades, ou mesmo os servidores designados para organizar a obra, ensejou a autoria da obra. Na apresentação do Ministro de Estado das Cidades Marcio Fortes de Almeida, há referências ao corpo acadêmico que elaborou o estudo: ‘Pretende-se, por meio de publicação sistemática, oferecer e compartilhar, com o público em geral, estudos e pesquisas elaborados por especialistas renomados, selecionados mediante parcerias, pelo Ministério das Cidades...’; e também: ‘O trabalho desenvolvido sob a responsabilidade do Observatório das Metrôpoles – que reúne pesquisadores de diversas universidades brasileiras, os quais cumprimento pelo trabalho realizado – apresenta um olhar analítico sobre onze Regiões Metropolitanas (São Paulo, Salvador, Fortaleza, Natal, Recife, Curitiba, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Belém e Goiânia) e um aglomerado urbano (Maringá), traçando suas características geofísicas, socioocupacionais e socioespaciais’.

(Destques da transcrição).

7. Pelo despacho exarado a fl. 185, vieram os autos à análise e manifestação desta Consultoria Jurídica.
8. É o relatório. Passo a opinar.
9. Á vista do que consta da manifestação da Diretoria de Desenvolvimento Institucional, devidamente arrimada pelos documentos que carrearou aos autos, o deslinde da *quaestio iuris* ora apresentada passa, necessariamente, pela conceituação da obra *in casu* em face da natureza da iniciativa de sua produção, à luz do que determina a Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências e da Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.
10. Neste sentido, sob qualquer prisma que seja analisado o tema, não prospera a irresignação apresentada pelo Senhor _____, materializada na peça juntada a fl. 106, que motiva o presente estudo, assistindo inteira razão à Diretoria de Desenvolvimento Institucional no que pertine ao seu entendimento sobre a matéria no âmbito da legislação de Direito Autoral.

11. Pela narrativa da Diretoria de Desenvolvimento Institucional, recebida com presunção de exatidão e veracidade, tem-se, **ab initio**, que a obra em questão se classifica como obra coletiva, de encomenda, devendo a relação jurídica dela decorrente ser resolvida de acordo com os termos estabelecidos para a sua produção.
12. De fato, como reconhece a doutrina, a obra de encomenda é aquela produzida por solicitação de outra pessoa, sendo que nesse tipo de obra a autoria será definida no contrato estabelecido entre as partes. Neste sentido, a autoria poderá ser reconhecida apenas ao criador intelectual da obra, ou poderá criar-se uma espécie de co-autoria onde tanto o autor intelectual quanto o terceiro que a encomendou serão titulares. Se não houver acordo a obra pertencerá a ambos, em regime de co-autoria.
13. Por outra vertente, a obra coletiva, como a própria designação indica, é aquela realizada por mais de uma pessoa, tendo como apanágio diferenciador, a de ter sido originada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa, física ou jurídica, sendo divulgada em seu nome.
14. A obra coletiva é, pois, por excelência, o resultado de um empreendimento pessoal ou empresarial, conduzindo com que a produção dos diferentes autores venham a se fundir, originando uma criação nova e autônoma, levando, **ipso facto**, a que o direito originário de autor seja de quem a empreendeu. Destarte, pode-se entender, **a fortiori**, que a designação da autoria da obra coletiva indica quem a propiciou e não quem a produziu. É neste sentido que se direciona a Lei nº 9.610/1998, ao determinar:

“Art. 5º Para efeitos desta Lei, considera-se:

I -omissis.....

VII – obra:

a).....omissis.....

h) coletiva – a criada por iniciativa, organização e responsabilidade de uma pessoa física ou jurídica, que a publica sob seu nome ou marca e que é constituída pela participação de diferentes autores, cujas contribuições se fundem numa criação autônoma;

i).....omissis.....

15. No que pertine aos direitos resultantes da obra coletiva, a Lei nº 9.610/98 é clara e precisa ao resumir:

“Art. 17. É assegurada a proteção às participações individuais em obras coletivas.

§ 1º Qualquer dos participantes, no exercício de seus direitos morais, poderá proibir que se indique ou anuncie seu nome na obra coletiva, sem prejuízo do direito de haver a remuneração contratada.

§ 2º Cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva. (Destaque da transcrição).

§ 3º O contrato com o organizador especificará a contribuição do participante, o prazo para a entrega ou realização, a remuneração e demais condições para sua execução. (Destques da transcrição).

Art. 18.....omissis.....

Art. 23. Os co-autores da obra intelectual exercerão, de comum acordo, os seus direitos, salvo convenção em contrário.

Art. 24.....omissis.....

Art. 88. Ao publicar a obra coletiva, o organizador mencionará em cada exemplar:

I – o título da obra;

II – a relação de todos os participantes, em ordem alfabética, se outra não houver sido convencionada; (Destaque da transcrição)

III – o ano da publicação;

IV – o nome ou marca que o identifique.

Parágrafo único. Para valer-se do disposto no § 1º do art. 17, deverá o participante notificar o organizador, por escrito, até a entrega de sua participação”.

16. Exposta, assim, a base legal incidente, para que seja demonstrada a plena adequação do caso concreto às normas suso transcritas necessário se faz trazer à colação o instrumento pactual que disciplinou a relação jurídico-obrigacional das partes para a elaboração da obra em questão, a teor do que determina o 17, § 3º, da Lei de Direitos Autorais.
17. De fato, como informou a Diretoria de Desenvolvimento Institucional, foi celebrado entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD; o Ministério das Cidades, designado como **Agência Executora**, e o Observatório das Metrópoles, representado pela Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional – FASE, designado como **Agência Implementadora**, a **Carta de Acordo nº 4700001202**, juntada por cópia as fls. 65 usque 67, por intermédio da qual restou pactuado:

“I – DO OBJETO

O objeto da presente Carta de Acordo é a implementação pela **Agência Implementadora** dos serviços descritos no Anexo I – Termo de Referência deste instrumento, na esteira do Produto 1.1 – Banco de Metodologias e indicadores urbanos disponíveis em bancos de dados geo-referenciado, para consulta de todos os interessados, bem como agentes multiplicadores capacitados; Atividade **1.1.2.** Elaboração de Indicadores para 5 Regiões Metropolitanas (RMs) dentre aquelas prioritárias para intervenção do Ministério das Cidades; Atividade **1.1.7.** Elaboração de indicadores para demais 6 RMs dentre aquelas prioritárias para intervenção do Ministério das Cidades.

II – DA IMPLEMENTAÇÃO

Referido objeto será implementado de acordo com os anexos que constituem parte integrante do presente instrumento, a saber:

Anexo I – Temo de Referência;

Anexo II – Cronograma de Execução e Desembolso;

Anexo III – Participantes do projeto.

III – DOS RECURSOS FINANCEIROS ALOCADOS

Para implementação do referido objeto, a Agência Executora, no âmbito do Projeto BRA/04/022 – Sistema Nacional de Informações das Cidades aportará recursos financeiros no montante de **R\$ 330.000,00** (trezentos e trinta mil reais).

IV – DAS OBRIGAÇÕES DA AGÊNCIA IMPLEMENTADORA

Caberá à Agência Implementadora:

a) receber os recurso financeiros transferidos para implementação das atividades descritas neste instrumento, ficando a critério da Agência Executora a exigência de abertura de conta corrente específica para tal finalidade;

b) apresentar relatório de gastos na forma prevista no Anexo II, mediante encaminhamento à Agência Executora da Prestação de contas, composta pelos documentos de despesa emitidos em nome do Projeto BRA/04/022 – Sistema Nacional de Informações das Cidades, sob pena de suspensão da execução do presente instrumento. O formato da referida prestação de contas seguirá o padrão da Agência Implementadora, exceto quando acordado de outra forma pelas partes.

Parágrafo Único. Não obstante a periodicidade estipulada no Anexo III deste instrumento, o coordenador do Projeto BRA/04/022 - Sistema Nacional de Informações das Cidades poderá solicitar a

qualquer tempo a apresentação pela Agência Implementadora dos relatórios previstos na alínea b acima.

V – DAS OBRIGAÇÕES DA AGÊNCIA EXECUTORA

Caberá a Agência Executora:

- a) comprometer os recursos para a implementação dos serviços objeto do presente instrumento;
- b) autorizar o PNUD a proceder aos respectivos desembolsos à Agência Implementadora de acordo com o Anexo II do presente instrumento;
- c) acompanhar e avaliar o desenvolvimento dos trabalhos;
- d) solicitar relatórios de progresso de gastos, quando necessário;
- e) analisar e aprovar os relatórios de gastos encaminhados;
- f) manter o PNUD devidamente informado de todas as ações empreendidas no âmbito da presente carta de acordo.

VI.....omissis.....

VII – DOS BENS ADQUIRIDOS

Os bens adquiridos com recursos financeiros constantes deste instrumento são de propriedade do PNUD até serem transferidos à Agência Executora durante a vigência do Projeto BRA/04/022 - Sistema Nacional de Informações das Cidades. (Destaques da transcrição).

VIII -omissis.....”

18. Por seu turno, o Termo de Referência juntado as fls. 68 usque 91, parte integrante da Carta Acordo nº 4700001202 como Anexo I, estabelece todas as diretrizes e condicionantes para a elaboração da obra.

19. Neste sentido, tendo presentes os termos da indigitada Carta Acordo, materializados pelas condições genérica de suas cláusulas e pelas condições específicas dos seus anexos, e o fato de o Observatório das Metrôpoles ter recebido os recursos financeiros necessários para a elaboração da obra, resta devidamente demonstrado que esta se insere no conceito de obra coletiva de encomenda devendo sua utilização ser regulada não apenas pelas normas da Lei nº 9.610/98, como também, e principalmente, pelo art. 111 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que determina cogentemente:

“A Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projetos ou serviços técnicos especializados desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento do concurso ou no ajuste para sua elaboração”.

20. Neste caso, há que ser aplicado e cumprido, sem restrições, com supedâneo nas normas de Direitos Autorais trazidas à colação e no suso transcrito art. 111 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o que restou pactuado na Cláusula VII da Carta de Acordo nº 4700001202, cuja literalidade de sua disposição é indubitável em garantir que **os bens adquiridos com recursos financeiros constantes [daquele] instrumento são de propriedade do PNUD até serem transferidos à Agência Executora [Ministério das Cidades] durante a vigência do Projeto BRA/04/022 - Sistema Nacional de Informações das Cidades**, relembrando-se que, para os fins da Lei nº 8.666/93, nos termos dispostos no parágrafo único do seu art. 2º, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.
21. Neste sentido, a publicação da obra se encontra em perfeita consonância com as norma legais inerentes a Direitos de Autor e em *stricto* cumprimento ao que determina o citado art. 111 da Lei nº 8.666/93.

22. No que pertine à alegação de apropriação indébita, adotando-se a informação constante do item 10 da Nota Técnica da Diretoria de Desenvolvimento Institucional, no sentido de que os servidores daquela Unidade Administrativa que constam das fichas técnicas efetivamente colaboraram com a produção da obra, na medida em que promoveram análise crítica dos textos, oferecendo correções de conteúdo, bem como realizaram avaliação qualitativa, colocando os relatórios entregues “dentro dos padrões para uma publicação Institucional do Ministério”, além de terem sido “responsáveis por atividades administrativas, tais como a disponibilização dos produtos finais, acompanhamento e avaliação dos trabalhos da empresa contratada para a editoração gráfica e impressão das publicações”, esta não se materializou, tendo presente principalmente a característica da obra coletiva que se forma a partir da somatória da efetiva colaboração de cada participante.
23. Neste caso, se, conforme afirma a Diretoria de Desenvolvimento Institucional, o trabalho dos seus Técnicos redundava, inclusive, em correções de texto e avaliação qualitativa dos relatórios apresentados e tais ações foram incorporadas na versão final do trabalho, resta clara a participação desses Técnicos, que merecem, por conseguinte, constar no rol dos participantes da elaboração da obra, consoante assim determina o disposto no art. 88, inciso II, da lei nº 9.610/98.
24. Com referência à alegação de omissão de autoria, esta também se mostra destituída de materialidade, posto que, de acordo com o que afirma a Diretoria de Desenvolvimento Institucional no item 23 da NOTA TÉCNICA DDI/SE/MCIDADES 49-2008, foi estabelecido um padrão na publicação da obra, apresentando no final de cada volume a ficha técnica com os nomes dos autores que foram indicados nos relatórios, dando cumprimento, assim, ao art. 88, **caput**, e inciso II, da Lei nº 9.610/98 que determinam que ao publicar a obra coletiva o organizador mencionará em cada exemplar a relação de todos os participantes.

25. Por outra vertente, a ausência de citação de outros participantes, dada a omissão de indicação de autoria nos respectivos relatórios, pode ser interpretada como legítimo exercício destes do direito assegurado no art. 17, § 1º, da Lei nº 9.610/98, de não terem os nomes indicados na obra coletiva da qual participaram.
26. Por derradeiro, no que tange ao fato de o Observatório das Metrópoles ter publicado alguns relatórios, sem autorização do Ministério das Cidades, como assevera a Diretoria de Desenvolvimento Institucional no item 25 da NOTA TÉCNICA DDI/SE/MCIDADES 49-2008, tal ação se mostra contrária as normas de regência, com destaque especial ao art. 17, § 2º, da Lei nº 9.610/98, não sendo de todo aplicável o disposto no art. 15, § 2º, da mesma Lei, que, isoladamente, possibilita ao co-autor, cuja contribuição possa ser utilizada separadamente, todas as faculdades inerentes à sua criação como obra individual, desde que a utilização não possa acarretar prejuízo à exploração da obra comum, tendo presente a existência do já reproduzido art. 111 da Lei nº 8.666/93, que, repita-se, determina que a **Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projetos ou serviços técnicos especializados desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento do concurso ou no ajuste para sua elaboração**, contrariando, igualmente o que restou pactuado na Cláusula VII – Dos Bens Adquiridos – da Carta de Acordo nº 4700001202, tendo, portanto, o Ministério das Cidades a titularidade e os direitos patrimoniais sobre a obra.
27. Em conclusão, sou de parecer pela absoluta improcedência da alegação do Senhor Luiz Cesar de Queiroz Ribeiro, formulada por intermédio do documento de fl. 106, não havendo qualquer subsídio legal que dê sustentáculo ao recolhimento da obra, suspensão de sua distribuição e retirada de sua veiculação no sítio do Ministério das Cidades, estando os atos deste Pasta absolutamente conformados às normas de regência, como demonstrado.

28. **Ex positis**, proponho o encaminhamento dos autos a consulente para conhecimento e providências que entender cabíveis.

À consideração superior.

Brasília, agosto de 2008.

JULIO CESAR FEREIRA PEREIRA

Assistente Jurídico

Matrícula 456879

OAB/DF 7.446

De acordo.

Encaminhem-se os autos do Procedimento Administrativo em epigrafe a Senhora Chefe de Gabinete do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado das Cidades, como proposto, atendida que resta a solicitação formulada no despacho encaminhatório exarado a fl. 185.

Brasília, agosto de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**CONTRATAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA DE ORÇAMENTO
PÚBLICO - ABOP PARA MINISTRAR
O CURSO DE ADMINISTRAÇÃO
ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA**

*Julio Cesar Ferreira Pereira
Assistente Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº /2008

EMENTA: Administrativo. Contratação da Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP para ministrar o Curso de Administração Orçamentária e Financeira – Gestão de Finanças Públicas – Fundamentos e Prática de Planejamento, Orçamento e Administração Financeira com Responsabilidade Fiscal para servidores do Ministério das Cidades. Cumprimento do disposto no art. 3º, inciso V, do Decreto nº 5.707, de 2006. Treinamento de interesse da Administração, no âmbito de Programa de Desenvolvimento de Recursos Humanos. Proposta originária de contratação com dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, não aprovada. Reexame pela Coordenação-Geral de Recursos Humanos da proposta. Reformulação da pretensão inicial para contratação com inexigibilidade de licitação, fundada no art. 25, inciso II, c/c o art. 13, inciso VI, da Lei nº 8.666/93. Possibilidade de materialização da pretensão com espeque na Decisão nº 439/1998/TCU-Plenário, recebida como orientação normativa ex vi do disposto no art. 3º da Lei nº 8.443, de 1992.

PROCESSO Nº 80000.020266/2008-73

1. Tratam os autos do Procedimento Administrativo em epígrafe de ações administrativas para a contratação da **Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP**, tendo como escopo a realização do **Curso de Administração Orçamentária e Financeira – Gestão de Finanças Públicas – Fundamentos e Prática de Planejamento, Orçamento e Administração Financeira com Responsabilidade Fiscal**, no âmbito do Programa de Capacitação de Recursos Humanos, para treinamento de 16 (dezesseis) servidores do Ministério das Cidades, ao custo unitário de R\$ 1.105,00 (mil cento e cinco reais).
2. O feito, cuja proposição originária, de acordo com o que consta da **NOTA TÉCNICA Nº 214/CGRH/SPOA/SE/MCIDADES**, exarada as fls. 59 usque 62, tinha como escopo a contratação com dispensa do procedimento licitatório, fundada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 1993, foi

objeto de exame e manifestação desta Consultoria Jurídica, materializados no **PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº 977/2008**, lavrado as fls.74 usque 76, anverso e verso, sendo encerrada a seguinte conclusão:

“10. Como exceção à regra geral, possibilidade estabelecida constitucionalmente, e que interessa para o deslinde da matéria *in casu*, a citada Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I -.....omissis.....

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, **desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;**”

11. De exegese literal, a suso reproduzida norma estabelece, como pressupostos para a sua incidência, que a futura contratada, além de ter como escopo regimental ou estatutário a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

12. Tais elementos, de constituição essencial para a plena eficácia do ato de dispensa de licitação fundada no citado dispositivo legal, não podem ter materialização apenas presumida, sendo de absoluta necessidade a sua plena demonstração e comprovação nos respectivos autos de contratação, o que exige, pelo menos, o exame dos estatutos ou atos constitutivos da entidade.

13. *In casu*, observa-se que a Coordenação-Geral de Recursos Humano, decerto por lapso não intencional, não se desincumbiu de tal mister, remetendo os autos, neste especialíssimo aspecto, inconclusos, tornando prejudicada a manifestação conclusiva desta Consultoria Jurídica.

14. Neste sentido, conluo, **em tese**, que a contratação pretendida somente será possível se, **e somente se**, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos lograr êxito em comprovar que a

Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP, além de ter como objeto regimental ou estatutário a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos, devendo promover, por necessário, a juntada dos Estatutos ou dos Atos Constitutivos da nominada entidade.

15. **Ex positis**, proponho a restituição dos autos a Coordenação-Geral de Recursos Humanos para conhecimento e demais providências para o saneamento e conclusão do feito”.

3. A título de saneamento do feito, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos promoveu a juntada de cópia do Estatuto da Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP, fls. 78 **usque** 101, e cópia de declarações e certidões, fls. 102 **usque** 105, restituindo os autos a esta Consultoria Jurídica pela quota de fl. 106 na qual afirma que as citadas peças demonstram que a nominada Associação é uma entidade civil sem fins lucrativos, que detém as funções de ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional, possuindo capacidade técnica para a execução do objeto do contrato pretendido.
4. Em nova análise da matéria, esta Consultoria Jurídica opinou por intermédio do **DESPACHO/CONJUR/MCIDADES/Nº 3658/208**, fl. 107, anverso e verso, no qual conclui que, a par da demonstração de ser a citada Associação Brasileira de Orçamento Público – ABOP entidade sem fins lucrativos, que tem como uma de suas funções estatutárias a promoção de cursos, conferências, congressos, seminários, estudos e publicações, não houve a cabal demonstração e comprovação de ser a entidade possuidora de **inquestionável reputação ético-profissional**, como assim exige a norma de regência, não podendo, **ipso facto**, ser aprovada a proposta de dispensa de licitação fundada no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, como pretendido.
5. Na mesma assentada, restou proposto o retorno dos autos a Coordenação-Geral de Recursos Humanos para, caso fosse conveniente, verificar a adequação do caso concreto à **Decisão nº 439/1998/TCU-Plenário** para o estudo da possibilidade do seu enquadramento ao disposto no art. 25, inciso II, c/c o

art. 13, inciso VI, da Lei nº 8.666/93, observada a necessidade de ser comprovada a singularidade do objeto e a notória especialização da contratada.

6. Destarte, o Órgão Setorial do Sistema de Pessoal Civil no Ministério das Cidades retornou aos autos com a **NOTA TÉCNICA Nº 235/CGRH/SPOA/SE/MCIDADES**, exarada as fls. 115, anverso e verso, na qual afirma, verbo ad verbum:

“(…).

2. Em pesquisa feita nos sítios eletrônicos das instituições levantadas para ministrarem o evento acima mencionado, verificou-se que as empresas ESAD – Escola de Administração e Negócios, IOC – Ione Cursos, Contrei – Consultoria e Treinamentos Ltda., às fls. 109/114, são entidades especializadas em treinamento e capacitação de recursos humanos nas diversas áreas do conhecimento, respectivamente; ou seja, não são especializadas em uma determinada temática.

No entanto, a ABOP – Associação Brasileira de Orçamento Público tem entre suas finalidades as de: atuar na criação, divulgação, aplicação e desenvolvimento de novas técnicas, conceitos, procedimentos e normas no campo **orçamentário**, promover eventos de aperfeiçoamento das **técnicas orçamentárias**, disponibilizando aos associados o instrumental adequado para análise e solução de questões específicas, bem como estimular a realização de estudos e pesquisas no campo teórico, conceitual e prático sobre problemas relativos ao **orçamento**. Assim, **infere-se que na temática de Orçamento e Finanças Públicas a instituição pode ser enquadrada no Art. 25 combinado com o Art. 13 da Lei nº 8.666/93**: (Destaques da transcrição).

(…)

4. O enquadramento ainda encontra justificativa no Parecer CONJUR nº 684/2008, no qual esta Consultoria manifesta-se favoravelmente na contratação de cursos abertos a terceiros por empresa ou profissional que possui notória especialização, especialmente nos itens 29 e 30, citados abaixo:

‘29. Enfim, de todo o arrazoado acima, parece-nos que, sedimentada na Decisão nº 439/1998 – Plenário do TCU, as contratações da espécie (inscrição de servidores para participação em cursos abertos a terceiros) embasam-se na hipótese de inexigibilidade de licitação), com espeque nos preceptivos do inciso II do art. 25, c/c o art. 13 da Lei nº 8.666, de 1993.

30. Além disso, a LLCA também exige que seja justificada a razão da escolha do fornecedor, bem como o preço a ser praticado, por força do seu art. 26 e Parágrafo único. (...). (Destakes do original).

7. É o relatório. Passo a opinar.
8. De fato, a matéria in casu, dada à diversidade de interpretações e conclusões, mereceu da Corte de Contas Federal, por suas Áreas Técnicas, com aprovação do Plenário do Colegiado, o necessário estudo para a decorrente orientação consolidada aos seus jurisdicionados, resultando na edição da **Decisão nº 439/1998 –TCU – Plenário**, deliberada na Seção de 15 de julho de 1998 e publicada no Diário Oficial da União do dia 23 subsequente, com a seguinte ementa:

“Ementa: Estudos desenvolvidos sobre a possibilidade do enquadramento na hipótese da inexigibilidade de licitação para a contratação de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, bem como inscrições de servidores para participação de cursos abertos a terceiros. Hipótese aceita. Arquivamento”.

9. Em seu voto condutor, o Ministro Relator ofereceu as seguintes judiciosas razões, fundadas na norma de regência e na doutrina pátria dominante:

“3. É notoriamente sabido que na maioria das vezes, no caso concreto, é difícil estabelecer padrões adequados de competição para escolher isentamente entre diferentes professores ou cursos, tornando-se complicado comparar o talento e a capacidade didática dos diversos mestres. 4. Aliás, essa realidade já foi reconhecida pela doutrina do direito administrativo. O mestre Ivan Barbosa Rigolin, ao discorrer sobre o enquadramento legal de natureza singular empregado pela

legislação ao treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ainda quanto à aplicação do art. 23, inciso II, do Dec.-lei nº 2.300/86, defendia que: “A metodologia empregada, o sistema pedagógico, o material e os recursos didáticos, os diferentes instrutores, o enfoque das matérias, a preocupação ideológica, assim como todas as demais questões fundamentais, relacionadas com a prestação final do serviço e com os seus resultados - que são o que afinal importa obter -, nada disso pode ser predeterminado ou adrede escolhido pela Administração contratante. Aí reside a marca inconfundível do autor dos serviços de natureza singular, que não executa projeto prévio e conhecido de todos mas desenvolve técnica apenas sua, que pode inclusive variar a cada novo trabalho, aperfeiçoando-se continuamente. Por todas essas razões entendeu a lei de licitações de classificar na categoria de serviço técnico profissional especializado, o trabalho de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal da Administração, por particulares (pessoas físicas ou jurídicas); sendo de natureza singular o serviço, será fatalmente diferente um treinamento de outro, ainda que sobre os mesmos temas, quando ministrado por particulares diversos. E, desse modo, sendo desiguais os produtos que os variados profissionais oferecem, torna-se inexigível a licitação por imperativo lógico que consta do art. 23, inciso II, do Dec.-lei nº 2.300/86.” (“Treinamento de Pessoal - Natureza da Contratação” “in” Boletim de Direito Administrativo - Março de 1993, págs. 176/79- grifo nosso) 5. Nessa mesma linha de raciocínio, destaco pensamento do administrativista Antônio Carlos Cintra do Amaral, que ao discorrer sobre a contratação de profissional para realização de treinamento de pessoal, assevera que: “Treinamento e aperfeiçoamento de pessoal é serviço técnico profissional especializado, previsto no art. 13, VI, da mesma Lei nº 8.666/93. Em princípio, é de natureza singular, porque é conduzido por uma ou mais pessoas físicas, mesmo quando a contratada é pessoa jurídica. A singularidade reside em que dessa ou dessas pessoas físicas (instrutores ou docentes) requer-se: a) experiência; b) domínio do assunto; c) didática; d) experiência e habilidade na condução de grupos, frequentemente heterogêneos inclusive no que se refere à formação profissional; e) capacidade de comunicação. Como não se pode dissociar o treinamento do instrutor ou docente, essa singularidade subjetiva é também objetiva. Vale dizer: também o serviço por ele prestado é singular...” (“Ato Administrativo, Licitações e Contratos Administrativos”, Malheiros Editores, 1995, pág. 110) 6. A doutrina é pacífica no sentido de que não se licitam coisas comprovadamente

desiguais. Lúcia Valle Figueiredo em seu parecer intitulado “Notória Especialização”(Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, número 44, 2º semestre de 1978, pág. 25/32) ressalta que no momento em que se passa a confrontar coisas que não são cotejáveis, a comparação se torna impossível, não havendo possibilidade de se falar em afronta ao princípio da isonomia nesses casos, pois só se pode falar em isonomia na medida em que se comparam coisas cotejáveis. Outro ponto que torna a licitação inviável diz respeito ao fato de que há que se ter critérios objetivos para realizar uma licitação, aspecto esse, como visto, prejudicado na contratação em exame. 7. A exceção à regra geral estabelecida pelo Prof. Rigolin, no parecer já mencionado, diz respeito à contratação de treinamentos concernentes a serviços braçais, ou mecanográficos, ou de trabalhos de índole física, que não exigem uma maior escolarização dos instrutores. Dá como exemplos: adestramento de guardas; datilografia; digitação; orientação para pesquisa. Mas, mesmo nesses casos, entendo defensável a contratação direta, alicerçado nos mesmos argumentos expendidos até aqui, pois a condução do treinamento continua sendo personalíssima e a experiência do instrutor contratado faz diferença quanto aos resultados alcançados. 8. Nesse ponto, destaco pesquisa empreendida pelo Instituto Sezerdello Correia e a Universidade de Brasília - UNB, que dentre as conclusões a que se chega, a partir da análise dos dados colhidos, é que no atual estágio de desenvolvimento da educação no Brasil, onde não há cultura de padronização, torna-se necessário garantir a qualidade didática a todos os níveis de treinamentos, despontando como diferencial significativo nos resultados de avaliação dos treinamentos estudados a intervenção do instrutor (Projeto Impact - Convênio ISC/TCU e FUB, Instituto de Psicologia, Departamento de Psicologia Social e do Trabalho). Ou seja, a realidade brasileira hoje vivencia que mesmo nos cursos que já atingiram certa padronização, a atuação do instrutor ainda faz diferença, afetando os bons resultados almejados no treinamento. Esse fato está estreitamente relacionado com as deficiências observadas na elaboração de manuais padronizados de ensino no Brasil. 9. A aplicação da lei deve ser compatível com a realidade em que está inserida, só assim o direito atinge seus fins de assegurar a justiça e a equidade social. Nesse sentido, defendo o posicionamento de que a inexigibilidade de licitação, na atual realidade brasileira, estende-se a todos os cursos de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, fato que pode e deve evoluir no ritmo das mudanças que certamente ocorrerão no mercado, com o

aperfeiçoamento das técnicas de elaboração de manuais padronizados de ensino. Essa evolução deve ser acompanhada tanto pelos gestores como pelos órgãos de controle, no âmbito de suas atuações. Assim, desponta, a meu ver, com clareza que a inexigibilidade de licitação para contratação de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, na atualidade, é regra geral, sendo a licitação exceção que deve ser averiguada caso a caso pelo administrador. 10. Destarte, partilho do entendimento esboçado pelo Ministro Carlos Átila no sentido do reconhecimento de que há necessidade de assegurar ao Administrador ampla margem de discricionariedade para escolher e contratar professores ou instrutores. Discricionariedade essa que deve aliar a necessidade administrativa à qualidade perseguida, nunca a simples vontade do administrador. Pois, as contratações devem ser, mais do que nunca, bem lastreadas, pois não haverá como imputar à legislação, a culpa pelo insucesso das ações de treinamento do órgão sob sua responsabilidade”.

10. Em face dos inegáveis e inafastáveis argumentos fático-jurídicos que embasaram o voto condutor, este mereceu o acolhimento e acompanhamento do Plenário da Corte de Contas da União, sendo aprovada e adotada a seguinte Decisão:

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. considerar que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem como a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93;

11. Consolidado o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a matéria, na forma suso transcrita, cabe a verificação do poder coercitivo e vinculativo da indigitada Decisão à luz da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que, dispor sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, assim tornada édita:

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

12. Neste sentido, tendo presente que a indigitada Decisão foi adotada em sede de estudo determinado e produzido no âmbito da Corte de Contas da União, tem ela efeito e eficácia, por analogia, de orientação normativa, incidindo para a sua aplicação vinculativa o disposto no art. 3º supra.
13. Assim, como remansosamente tem se manifestado esta Consultoria Jurídica, a exemplo do precedente trazido à colação pela consulente, i.e., o **PARECER CONJUR Nº 684/2008**, entendo a orientação do Tribunal de Contas da União, ser possível a inexigibilidade de licitação em casos que tais, tendo como fundamento o disposto no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei nº 8.666/93, na forma disciplinada pela **Decisão nº 439/1998 – TCU – Plenário**.
14. Em assim sendo, tendo presente as afirmações da Coordenação-Geral de Recursos Humanos, órgão técnico com responsabilidade e competência regimental para tanto, **recebidas com presunção de exatidão e veracidade**, no sentido do enquadramento do caso concreto ao disposto nas normas suso citadas, mormente no que pertine à singularidade do objeto e à notória especialização da entidade que promoverá o curso, sou de parecer que, dada a necessidade e o juízo de conveniência e oportunidade exclusivos da administração, a contratação **in caso** pode ser materializada com inexigibilidade de licitação, como proposto pela Unidade de Administração de Recursos Humanos.
15. Não obstante, deverá a Coordenação-Geral de Recursos Humanos dar pleno cumprimento ao disposto no art. 26 da Lei nº 8.666/93 e promover a instrução final dos autos de acordo com o que determina o Parágrafo único do citado artigo.

16. Ex positis, proponho a restituição dos autos a Coordenação-Geral de Recursos Humanos para conhecimento e demais providências.
17. É o Parecer que submeto à consideração superior.

Brasília, outubro de 2008.

JULIO CESAR FERREIRA PEREIRA

ASSISTENTE JURÍDICO

MATRÍCULA 456879

OAB/DF 7.446

De acordo.

À consideração do Senhor Consultor Jurídico.

Brasília, outubro de 2008

De acordo.

Encaminhem-se os autos do Procedimento Administrativo em epígrafe a Coordenação-Geral de Recursos Humanos como proposto.

Brasília, outubro de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**PRETENSÃO ADMINISTRATIVA DE
DISPENSA DO PROCEDIMENTO
LICITATÓRIO FUNDADO EM PERMISSIVO
DO MANUAL DE CONVERGÊNCIA DE
NORMAS LICITATÓRIAS DO PNUD**

*Julio Cesar Fereira Pereira
Assistente Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº

/2008

EMENTA: Administrativo. Contrato. Dispensa de licitação. Contratação de Consultoria no âmbito do PROJETO PNUD-BRA/00/019-PROGRAMA HABITAR BRASIL/BID. Pretensão administrativa de dispensa do procedimento licitatório fundado em permissivo do Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD. Alegada compatibilização com o disposto no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93. Possibilidade jurídica de dispensa de licitação fundada unicamente na norma de Convergência. Necessidade de demonstração da compatibilidade do preço proposto com o preço praticado no mercado.

PROCESSO Nº 80000.019051/2008-18

1. Tratam os autos do Procedimento Administrativo em epígrafe de proposição da Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, tendo como objeto, para a elaboração do estudo **Déficit Habitacional no Brasil – 2007**, a contratação da Fundação João Pinheiro para a execução de serviços de consultoria voltados à atualização de informações referentes à situação habitacional do Brasil, de modo a instrumentalizar a formulação de políticas e programas da habitação, no âmbito das instâncias federal, estadual e municipal de governo.
2. De acordo com o que consta do **DESPACHO Nº 04/2008/SNH/HBB/BRA/00/019**, exarado a s fls. 84 usque 85, o Projeto será executado no prazo de seis meses, ao custo estimado de R\$ 51.013,00 (cinquenta e um mil e treze reais), correndo a despesas à conta do **Projeto PNUD-BRA/00/019 – Programa Habitar Brasil/BID**, cabendo ao PNUD, em face de acordo internacional, a responsabilidade pelo apoio à implementação do citado Programa.
3. Pretende a sobredita Unidade Administrativa que a contratação da Fundação João Pinheiro seja materializada com dispensa do procedimento licitatório, tendo como fundamento o disposto no **Capítulo 5, item 5.2, alínea**

“g”, do **Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD**, que estaria coadunado com a excepcionalidade disposta no at. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666, de 23 de junho de 1993.

4. Como justificativa para a contratação in casu, afirma a consulente que os serviços de consultoria pretendidos têm como objetivo geral a atualização de informações referentes à situação habitacional do Brasil para a elaboração do estudo do **Déficit Habitacional no Brasil – 2007**, de modo a instrumentalizar a formulação de políticas e programas de habitação, no âmbito das instâncias federal, estadual e municipal.
5. Em defesa da escolha da Fundação João Pinheiro para a execução dos serviços de consultoria pretendidos, argüi a Secretaria Nacional de Habitação na peça de fls. 84 **usque** 85 que a nominada entidade realizou em 1991 o estudo *Déficit Habitacional no Brasil* para a extinta Secretaria de Política Urbana do Ministério do Planejamento/SEPURB, sendo que em 2000 efetuou a mesma pesquisa para a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República/SEDUR/PR, tendo posteriormente elaborado os estudos intitulados *Déficit Habitacional no Brasil: municípios selecionados e microrregiões geográficas*; *Déficit Habitacional no Brasil 2005* e *Déficit Habitacional no Brasil 2006*, fato este que possibilita, no entendimento da SNH, a inferência de que a entidade possui os atributos legais necessários, conforme o Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD, capítulo 5, item 5.2, letra g, e capacidade técnica para o desenvolvimento do trabalho.
6. Por outra vertente, a proposta de contratação com dispensa do procedimento licitatório tem como espeque a peça exarada as fls. 81 **usque** 83, da lavra da Senhora Diretora do Departamento de Desenvolvimento Institucional e Cooperação Técnica da Secretaria Nacional de Habitação, devidamente acolhida e adotada pela titular daquele Órgão, na qual são apresentados os seguintes argumentos fáticos:

“A Fundação João Pinheiro (FJP) realiza, desde 1995, estudos sobre o déficit habitacional, com divulgação sistemática de números sempre atualizados sobre as necessidades habitacionais no país. Em parceria inicialmente com a Secretaria de Política Urbana, do Ministério do Planejamento e Orçamento, em seguida com a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano, da Presidência da República, e atualmente com a Secretaria Nacional de Habitação, do Ministério das Cidades, foram publicados os seguintes estudos: *Déficit Habitacional no Brasil*, *Déficit Habitacional no Brasil 2000*, *Déficit Habitacional no Brasil 2005* e *Déficit Habitacional no Brasil 2006*. Os trabalhos foram realizados no âmbito do Projeto PNUD BRA/00/019 – Projeto de Apoio à Implementação do Programa Habitar Brasil/BID, objeto do Contrato de Empréstimo nº 1126/OC-BR.

Dando continuidade a essa série de estudos, faz-se necessária a contratação da Fundação João Pinheiro **para a atualização dos dados, a partir dos números da PNAD 2007, a serem divulgados no 2º semestre de 2008 pelo IBGE. A metodologia será a mesma utilizada nos [anos] anteriores, garantindo a confiabilidade dos resultados. Tal metodologia tornou-se referência entre os especialistas que tratam da questão habitacional no país.** (Destaques da transcrição).

É mister salientar que o objetivo dos estudos é conhecer a evolução do déficit habitacional no decorrer dos anos e, para que seja mantida a confiabilidade científica do levantamento, deve ser utilizada a mesma metodologia dos trabalhos anteriores. (Destaques da transcrição).

A Fundação João Pinheiro é uma entidade de direito público, vinculada ao Governo do Estado de Minas Gerais, sem fins lucrativos, com a função precípua de desenvolver pesquisa aplicada nos campos da economia, administração e da tecnologia básica e social, em regime de cooperação com os setores públicos e privados.

O trabalho desenvolvido pela Fundação conferiu-lhe alto nível de credibilidade técnica, junto às diversas esferas da administração pública, bem como às agências nacionais e multilaterais de fomento, tornando-a uma referência internacional para a formulação de políticas públicas e estudos na área habitacional.

Além disso, cabe ressaltar o elevado padrão de qualidade dos estudos já publicados sobre o déficit habitacional no Brasil, elaborado para as extintas SEPURB/MPO e SEDU/PR, em 1995 e 2002, respectivamente, e para o Ministério das Cidades, em 2005, 2006 e 2007. Neste sentido, cabe reiterar os excelentes resultados quando da realização dos estudos anteriores, acima citados, e do qual sua atualização se constitui em uma continuidade natural.

O estudo proposto é a atualização do cálculo das necessidades habitacionais utilizando os números da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) 2007, publicados pelo IBGE, e a metodologia desenvolvida pela Fundação João Pinheiro para quantificar e qualificar os números. O próximo estudo trará um aprimoramento metodológico em relação aos estudos anteriores. Pela primeira vez poderá ser feita uma melhor caracterização da coabitação familiar, componente do déficit habitacional, a partir de duas perguntas específicas sobre o assunto que foram incorporadas ao questionário da PNAD pelo IBGE. Essa inclusão só foi possível por meio de negociação da Secretaria Nacional de Habitação e da Fundação João Pinheiro junto ao IBGE, o que possibilitará melhoria qualitativa nas estimativas das carências habitacionais brasileiras. (Destaques da transcrição).

Vale ressaltar que o tema habitacional passou a receber destaque nas políticas públicas do Governo Federal com a implementação do PAC-Habitação. A liberação de recursos para o setor atinge, hoje, cerca de R\$ 106,3 bilhões, valor histórico direcionado pelo governo federal à habitação. A quantificação dos números que retratam fielmente a realidade das necessidades habitacionais é que possibilitará avaliar a eficácia das políticas públicas implementadas pelo Governo Federal com vistas à melhoria das condições de vida da população e uma melhor utilização dos recursos públicos.

A SNH tentou fazer levantamento do orçamento no mercado para garantir a razoabilidade do preço ofertado pela Fundação João Pinheiro, anexos fls. 64 a 69. Entretanto, devido à singularidade do tema, somente um licitante apresentou os custos para a realização do estudo, o CEBRAP, fl. 70, no valor superior ao valor da Fundação João Pinheiro, R\$ 51.013,00 (cinquenta e um mil e treze reais). Importante lembra que a

FJP ofereceu como contrapartida as despesas com vencimentos e encargos sociais sobre as horas de trabalho da sua equipe, no valor de 32.980,00 (trinta e dois mil, novecentos e oitenta reais), fl. 20.

(...).

Importante salientar, conforme o Decreto nº 43707/2003, do Estado de Minas Gerais, artigo 4º, fl. 45 do certame: 'A Fundação João Pinheiro tem por finalidade realizar estudos de pesquisa aplicada, consultoria, desenvolvimento de recursos humanos e ações de apoio técnico às instituições públicas e privadas, bem como articular o sistema estadual de estatística, observando as diretrizes formuladas pela Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão'.

O estudo ocorrerá às expensas do Projeto PNUD BRA/00/019 – 'Apoio à Implementação do Programa Habitar Brasil-BID', com recursos do Acordo de Empréstimo 1126/OC-BR, assinado entre o BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento e a República Federativa do Brasil. A Funcional Programática é a 15.482.1136.8873.0001 – Apoio à Modernização Institucional dos Municípios para atuação na Melhoria das Condições do Setor Habitacional no Segmento das Famílias de Baixa Renda (Habitar-Brasil).

A presente solicitação de dispensa de licitação se enquadra ao disposto no Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD, fls. 78 a 80, por meio do qual se deseja contratar a Fundação João Pinheiro, Capítulo 5, (Exceções ao Processo Licitatório) item 5.2, letra g – 'para aquisições de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração pública do país, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado'. Tal solicitação coaduna com a Lei de Licitações, inciso XIII, art. 24. O citado manual foi publicado no DOU de 23/07/2004".
(Destaques da transcrição).

7. A matéria teve trânsito nesta Consultoria Jurídica, oportunidade em que, pelo **DESPACHO/CONJUR/MCIDADES/Nº 2846/2008**, exarado as fls. 87 usque 88, anverso e verso, destacamos, à vista do que determinam as

Disposições Gerais do Capítulo 5 – Exceções ao Processo Licitatório – do Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD, a impossibilidade de aprovação da pretensão, sendo afirmado naquela oportunidade:

“7. In casu, com as **venias** de estilo, entendo que as justificativas apresentadas pela Secretaria Nacional de Habitação não são suficientes para demonstrar a perfeita adequação do caso concreto à norma de regência, especialmente no que tange aos pressupostos essenciais estabelecidos nas Disposições Gerais suso transcritas.

8. Nesta vertente, contrariamente ao que possa ser intuído do sentido das alegações da Secretaria Nacional de Habitação, os dados extraíveis dos autos levam ao preliminar entendimento de que o objeto a ser contratado pode ser executado por outra entidade interessada que não a Fundação João Pinheiro, bem como que existe no mercado possíveis interessados na contratação em questão, tanto assim que consultas foram encaminhadas para a formação da cotação de preços, fatos estes que impedem a materialização de dispensa de licitação e a conseqüente contratação direta.

9. Destarte, entendo que a atual instrução do feito, com ênfase especial às razões de justificativa oferecidas pela Secretaria Nacional de Habitação, **não permite** concluir pela possibilidade jurídica de ser dispensado o procedimento licitatório para a contratação da Fundação João Pinheiro, como proposto”.

8. Pelo **DESPACHO Nº 05/2008/SNH/HBB/BRA/00/019**, exarado as fl. 95 usque 97, a Secretaria Nacional de Habitação retornou aos autos para, em razão da manifestação preliminar desta Consultoria Jurídica, suso narrada, oferecer as seguintes razões complementares:

“(…).

2. Tal contratação ocorrerá no âmbito do projeto PNUD BRA/00/019 e a sustentação da aplicabilidade da Licitação Dispensável se enquadra nos termos do Manual de Convergências de Normas Licitatórias do PNUD, em seu item 5.2, segundo o qual “é dispensável a licitação: g) para aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por órgão que integre a Administração Pública

do País beneficiário, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado’.

3. A respeito da matéria, valem os ensinamentos do egrégio (sic) mestre J.U Jacoby Fernandes: ‘Quando o legislador estabeleceu a possibilidade de contratação direta, em princípio, reconheceu que era viável a competição, caso contrário, teria elencado como inexigibilidade – mas o administrador teria autorização para a não realização do certame, visando ao atendimento de outros princípios tutelados pela Constituição Federal.

4. O citado item 5.2 do Manual de Convergência do PNUD não se contrapõe à Lei de Licitações 8.666/93. Conforme o art. 24 da referida Lei, é dispensável a licitação:

‘XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos’.

5. A contratação direta que se enseja reúne as condições exigidas pelos normativos em vigor. A Fundação João Pinheiro – FJP é uma entidade de direito público, sem fins lucrativos, vinculada ao Governo do Estado de Minas Gerais. Tem como missão desenvolver pesquisa aplicada nos campos da economia, administração e da tecnologia básica e social, em regime de cooperação com os setores públicos e privados, conforme o Decreto 43707/2003, Art. 3º e 4º localizados às fls. 44 e 45 do certame (sic).

6. Pesquisa e cooperação são características que definem a relação entre a Fundação João Pinheiro e o Governo Federal. Em 1991, a FJP realizou o estudo Déficit Habitacional no Brasil para a extinta Secretaria de Política Urbana do Ministério do Planejamento/SEPURB; em 2000 efetuou a mesma pesquisa para a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República/SEDUR/PR; e no ano de 2004 elaborou o estudo intitulado *Déficit Habitacional no Brasil: municípios selecionados e microrregiões geográficas*; em seguida, o *Déficit Habitacional no Brasil 2005* e o *Déficit Habitacional no Brasil 2006*.

7. O reconhecimento da qualidade de tais trabalhos pelo poder público e pela comunidade acadêmica se traduz no alto grau de credibilidade técnica da FJP, inclusive entre as agências nacionais e multilaterais de fomento, o que confere à Fundação o status de referência internacional quanto à formulação de políticas públicas e ao desenvolvimento de estudos na área habitacional. Confere, ainda, **inquestionável reputação ético-profissional** no seu campo de atuação.

(...)

9. Para além das justificativas já apresentadas, é importante salientar que, ao optar pela contratação direta da Fundação em questão, a Secretaria Nacional de Habitação age não apenas em cumprimento ao art. 218 da Constituição Federal (que incumbe o Estado de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica), mas também em consonância com os princípios da legalidade, razoabilidade e economicidade dos atos administrativos.

10. Conforme já mencionado na solicitação de Justificativa para Dispensa anterior, fl. 81, o objetivo do estudo é conhecer a evolução do déficit habitacional no decorrer dos anos, e para que se possa ter uma confiabilidade científica, é necessário que seja utilizada a mesma metodologia dos trabalhos anteriores, motivo pelo qual a SNH solicita a contratação da Fundação João Pinheiro. (Destaques da transcrição).

11. A observância ao princípio da razoabilidade tem justificativa no fato de que, conforme se verifica às fls. 64-69, a estimativa de orçamento obtida pela SNH após solicitação a diversos institutos ligados à temática habitacional indica que o custo proposto pela Fundação para a atualização do estudo do *Déficit Habitacional no Brasil, 2007* (em valor de cinquenta e um mil e treze reais) encontra-se abaixo daquele ofertado no mercado e coerente com o valor dos últimos estudos contratados.

12. A economicidade, por sua vez, é arrazoada na medida em que deixam de ser realizados procedimentos que apenas conferem morosidade ao processo de contratação e que acabam por tornar a seleção do fornecedor ainda mais cara ao Erário”.

9. É o relatório do indispensável para esta manifestação. Passo a opinar.
10. Como fato notório, tem-se que a Constituição Federal determina, estabelecendo regra geral, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório para a escolha de proposta mais vantajosa para a Administração, por um lado, e por outro, para resguardar o respeito ao princípio da isonomia entre os agentes econômicos que concorrem em mercado relevante, quando dispõe:

Art. 37.omissis.....

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

11. Por seu turno, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, regulamentando a suso transcrita norma constitucional, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, determina:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, **ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.**

12. Como exceção à regra geral, possibilidade estabelecida constitucionalmente, e que interessa para o deslinde da matéria *in casu*, por indicação da Secretaria Nacional de Habitação, a citada Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

I -omissis.....

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, **desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;**”

13. De exegese literal, a suso reproduzida norma estabelece, como pressupostos para a sua incidência, que a futura contratada, além de ter como escopo regimental ou estatutário a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.
14. Tais elementos, de constituição essencial para a plena eficácia do ato de dispensa de licitação fundada no citado dispositivo legal, não podem ter materialização apenas presumida, sendo de absoluta necessidade a sua plena demonstração e comprovação nos respectivos autos de contratação.
15. *In casu*, observa-se que, a par do que consta do Estatuto juntado as fls. 44 **usque** 63, no qual se constata ser a Fundação João Pinheiro entidade de pesquisa aplicada e sem fins lucrativos, não há a cabal demonstração e comprovação de ter **inquestionável reputação ético-profissional**, como assim exige a norma de regência, fato este que impediria a aprovação da proposta de dispensa de licitação se fosse fundada, pura e simplesmente, no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93.
16. Ocorre, todavia, com as **venias** de estilo, que a Secretaria Nacional de Habitação percorre caminho inverso ao do procedimento de convergência de normas. Neste caso, não há aplicabilidade a tentativa de demonstrar a existência de norma brasileira compatível com as normas do PNUD, posto que são as normas da entidade internacional, já compatibilizadas com as normas brasileiras, que deverão presidir e disciplinar a contratação pretendida, com ou sem procedimento licitatório.

17. De fato, inquestionavelmente, o deslinde da questão deve estar adstrito ao Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD, especialmente no que tange ao seu capítulo 5, compêndio este devidamente aprovado pelo Tribunal de Contas da União, como assim consta do Acórdão nº 946/2004-TCU-Plenário.
18. Resultado de longas tratativas havidas com o Ministério das Relações Exteriores, ao julgar o feito a Corte de Contas Federal, pelo voto condutor do Ministro Relator, Adylson Motta, assim se manifestou sobre o citado Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD:

“Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Acompanhamento, instaurado por força do disposto no item 8.5 da Decisão nº 178/2001 - Plenário - TCU (Ata nº 12/2001), mediante o qual se verifica o cumprimento das determinações proferidas pelo Tribunal na auditoria realizada na Agência Brasileira de Cooperação - ABC do Ministério das Relações Exteriores - MRE, tendo por objetivo examinar procedimentos licitatórios e avaliar a participação de organismos internacionais no desenvolvimento do país, especialmente do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD (TC 005.289/1999-8),

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 considerar que a versão final do “Manual de Convergência de Normas Licitatórias” elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD atende à determinação firmada pelo Tribunal no subitem 8.4.1 da Decisão nº 178/2001 - Plenário, estando, de conseguinte, em condição de ser aplicado por aquele organismo internacional no âmbito dos acordos ou projetos de cooperação técnica firmados com a União em que haja repasse de recursos nacionais;

9.2 (...).

9.4 encaminhar cópia deste Acórdão, acompanhado de seu Relatório e Voto, ao Ministro das Relações Exteriores e ao representante do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD no Brasil”.

19. Destarte, repita-se, a proposta de dispensa de licitação, considerando-se a natureza dos recursos e o fato de que o contratante, a exemplo do que consta da cópia de contrato juntada as fls. 89 **usque** 94 será o PNUD, deverá ser analisada unicamente sob a ótica do Manual de Convergência de Normas Licitatórias daquela entidade.
20. Neste sentido, despiciendo não é que se traga à colação o disposto no Capítulo 5 do citado Manual, que disciplina as exceções ao processo licitatório, juntado por cópia as fls. 78 **usque** 80, assim vigorando para o que importa a esta análise:

5.1 Disposições Gerais

a) A livre concorrência é o princípio fundamental dos procedimentos de aquisições do PNUD. Um dos desvios mais graves que um oficial de aquisições pode cometer é deixar de aplicar este princípio. Assim sendo, foram estabelecidos rigorosos procedimentos de exame e aprovação para prevenir abusos.

b) É recomendável inclusive que se examine a adequação quanto à publicação de Manifestação de Interesse anteriormente á abertura de processo para contratação direta.

c) Toda solicitação de contratação direta deve ser precedida de exposição de motivos, fazendo-se constar do correspondente processo de formalização as devidas justificativas para a não realização de licitação.

d) Devem-se priorizar os motivos que justifiquem a impraticabilidade de obtenção de outras propostas e não se deter em questões secundárias, tais como a reputação ou experiência do possível fornecedor. Além disso, é preciso fornecer elementos que demonstrem que o preço é justo, razoável e compatível com o mercado.

e) A aquisição será sempre precedida de regular ratificação pelo Comitê Local de Contratos e publicação em veículo de divulgação oficial.

5.2 Dispensa de Licitação.

É dispensável a Licitação:

a)omissis.....

g) para aquisições de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública do país do beneficiário, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

h).....omissis.....

21. Em vista do que consta da norma suso transcrita, resta patente que o caso concreto pode, em tese, ser objeto do permissivo disposto na alínea “g”supra. Contudo, há que ser verificado o pleno atendimento dos seus pressupostos, i.e., a impraticabilidade de obtenção de outras propostas e a compatibilidade do preço proposto com o preço praticado no mercado.
22. No que pertine a primeira condicionante, a Secretaria Nacional de Habitação, na pena de sua titular, reitera na peça de fls. 95 usque 97, interalias, que o objetivo do estudo é conhecer a evolução do déficit habitacional no decorrer dos anos, e **para que se possa ter uma confiabilidade científica, é necessário que seja utilizada a mesma metodologia dos trabalhos anteriores, motivo pelo qual solicita a contratação da Fundação João Pinheiro.** Neste caso, se, de fato, a metodologia citada for de domínio exclusivo da nominada Fundação ou na hipótese de ser de difícil utilização por outras entidades, **restará** atendida a primeira exigência disposta na alínea “d” do subitem 5.1 do **Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD.**
23. No que tange à compatibilidade do preço, à vista da única proposta colhida e da discrepância materializada entre esta

e o valor proposto pela Fundação João Pinheiro, entendendo que o atendimento da segunda condicionante não se encontra devidamente comprovado, cabendo à Secretaria Nacional de Habitação promover as diligências necessárias para tanto.

24. **Ex positis**, concluo que a proposição **in casu** deve ser analisada à luz das disposições do Manual de Convergência de Normas Licitatórias do PNUD, podendo ser enquadrada no disposto no Subitem 5.2, alínea “g”, desde que a Secretaria Nacional de Habitação promova a adequada demonstração da compatibilidade do preço pretendido com o preço praticado no mercado relevante dos serviços pretendidos.
25. Em assim sendo, proponho a restituição dos autos a Secretaria Nacional de Habitação para conhecimento e demais providências para a conclusão do feito.
26. É o Parecer que submeto à consideração superior.

Brasília, outubro de 2008.

JULIO CESAR FERREIRA PEREIRA

ASSISTENTE JURÍDICO

MATRÍCULA 456879

OAB/DF 7.446

De acordo.

Encaminhem-se os autos do Procedimento Administrativo em epígrafe a Secretaria Nacional de Habitação, como proposto.

Brasília, outubro de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE
DE LICITAÇÃO DEFLAGRADO COM
VISTAS A CONTRATAR A UNIVERSIDADE
CATÓLICA DE BRASÍLIA**

*Paulo Cesar Soares Cabral Filho
Advogado da União
Assessor Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº

/2008

Procedimento de inexigibilidade de licitação deflagrado com vistas a contratar a Universidade Católica de Brasília. Inscrição de servidor público em curso de especialização *lato sensu*. MBA em tecnologia da informação. Ausência dos pressupostos autorizadores da contratação direta. Não-caracterização da natureza singular do serviço. Existência de outras entidades aptas a prestar o serviço pretendido, inclusive com menor preço. Entendimento que preserva o caráter excepcional das contratações diretas. Princípios da legalidade, isonomia e moralidade. Recomendação contrária.

Proc. nº 80000.00890/2008-54

1. Cuida-se de exame atinente a verificar a legalidade do procedimento de inexigibilidade de licitação para contratação de instituição de ensino visando a oferecer a servidor deste Ministério das Cidades curso de especialização *lato sensu*, a saber, *MBA* em tecnologia da informação.
2. O servidor , agente administrativo na Coordenação-Geral de Modernização e Informática deste órgão, foi indicado para participar de pós-graduação em tecnologia da informação, nos termos do memorando que inaugura os autos.
3. Em seguida, juntou os formulários exigidos pela norma interna de capacitação do Ministério das Cidades (fls. 3/18) e apontou a Universidade Católica de Brasília para prestação dos serviços.
4. Em exame preliminar, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos exortou o servidor quanto à correta instrução do feito, consoante memorando à fl. 32, merecendo destaque a orientação para fundamentação da escolha da Universidade Católica de Brasília ante a constatação de que havia outras instituições de ensino habilitadas a oferecer o curso pretendido.

5. Após o atendimento das providências requestadas, inclusive com apresentação de novos formulários pelo servidor, foi elaborado o projeto básico (fls. 40/46).
6. Na seqüência, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos expendeu considerações técnicas favoráveis ao pleito e apresentou mapa comparativo dos preços praticados por outras instituições de ensino. Destaca-se da manifestação técnica, às fls. 47/52, o quanto se segue:

9. A escolha da instituição estabeleceu-se pelo fato de ser a que melhor atende aos anseios da CGMI e do servidor. A Universidade Católica de Brasília, além de possuir o estatuto de Universidade, possui cursos de Pós-graduação na área de Tecnologia recomendado pelo Instituto Nacional de Educação e Pesquisa Anísio Teixeira (Inep), e este curso em específico, ainda foi eleito entre os 10 melhores MBA's em Tecnologia da Informação pela revista *Você S/A*, o que justifica e fundamenta a escolha do servidor. [...]

7. Recebidos os autos nesta Consultoria Jurídica em 30.1.08, foi exarado o despacho nº 294/2008 na mesma data, questionando a justificativa quanto à escolha da Universidade Católica de Brasília e antecipando, à primeira vista, a ausência dos pressupostos legitimadores da inexigibilidade de licitação na espécie. Antes do pronunciamento conclusivo, no entanto, requereram-se da Coordenação-Geral de Recursos Humanos subsídios complementares em ordem a evidenciar as diferenças substanciais entre o conteúdo do curso oferecido pela Universidade Católica de Brasília e os demais.
8. A diligência foi atendida pela nota técnica nº 25/CGRH/SPOA/SE/MCIDADES, às fls. 59/61, pela qual, em síntese, a Coordenação-Geral de Recursos Humanos propugna a correção do procedimento de inexigibilidade de licitação e pondera que a eleição da Universidade Católica de Brasília se deveu a critérios pedagógicos e metodológicos, ao tempo em que teceu críticas ao curso de possível concorrente e indicou haver óbice jurídico à sua contratação, invocando, por fim, precedente do Tribunal de Contas da União que autorizaria a contratação direta na hipótese.

9. É o que havia a relatar.
10. Compete à Consultoria Jurídica, por força do art. 11, inciso VI, “b”, da Lei Complementar nº 73, de 10.02.1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), o controle prévio dos atos que reconhecem a inexigibilidade de licitação no âmbito dos órgãos da administração pública direta federal.
11. Como se vê, a pretendida contratação tem por objeto a prestação de serviço pela Universidade Católica de Brasília, visando a ministrar curso de pós-graduação em tecnologia da informação a servidor do quadro funcional deste Ministério das Cidades.
12. A Constituição da República de 1988, no art. 37, inciso XXI, consagra a licitação como regra a ser observada por toda a Administração Pública para contratação de obras, serviços, compras e alienações, o que é consectário dos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade.
13. Excepcionalmente, a lei pode definir situações em que se revela possível a contratação direta, e, nesses casos, a interpretação é forçosamente restritiva.
14. O Estatuto das Licitações e Contratos disciplina a inexigibilidade de licitação no art. 25, tendo por pressuposto a **inviabilidade de competição**. Essa impossibilidade pode derivar de qualquer situação fática ou jurídica, enunciando a Lei nº 8.666/93, exemplificativamente, a ausência de pluralidade de soluções (art. 25, inciso I) e a natureza singular do serviço técnico especializado (art. 25, inciso II).
15. Nesta senda, o instituto da inexigibilidade de licitação estrema-se do da dispensa, pois só o primeiro tem por fundamento a inviabilidade de competição, que, ademais, não encerra hipóteses taxativamente definidas na lei. Confira-se, a propósito, o escólio de José dos Santos Carvalho Filho¹, *verbis*:

1 Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, págs. 222/223.

Além dos casos de dispensa, o Estatuto contempla, ainda, os casos de **inexigibilidade**. Não custa repetir a diferença: na dispensa, a licitação é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição. Diz o art. 25 do Estatuto: **É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição**.

No mesmo dispositivo, o legislador, depois de afirmar o sentido da inexigibilidade, acrescenta a locução “**em especial**”. A interpretação que nos parece correta é a de que, firmada a regra pela qual na inexigibilidade é inviável a competição, a lei tenha enumerado situações especiais nos incisos I a III de caráter meramente exemplificativo, não sendo de se excluir, portanto, outras situações que se enquadrem no conceito básico.” (Grifado no original)

16. No caso sob apreciação, capitulou-se a contratação no art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/93, isto é, inexigibilidade de licitação para fornecer serviços técnicos descritos no art. 13 da lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. O art. 13, inciso VI, da Lei de Licitações, por seu turno, qualifica o treinamento e aperfeiçoamento de pessoal como serviço técnico especializado.
17. Pois bem, é equívoco comum enquadrar-se na hipótese de inexigibilidade de licitação a contratação de serviço técnico especializado. Isso porque o art. 25, inciso II, do Estatuto das Licitações e Contratos exige, além da especialização técnica, a **natureza singular do serviço**.
18. Destarte, não é suficiente para configurar a inexigibilidade o fato de o serviço constar do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93. Mais que isso, impõe-se a demonstração de que ostenta o predicado da **singularidade**. No ponto, é oportuno trazer à colação lição de Marçal Justen Filho², *verbis*:

No universo dos serviços, aqueles referidos no art. 13 se diferenciam porque seu desempenho envolve conhecimentos específicos e peculiares, que exigem não apenas a profissionalidade, mas também uma especialização. **Isso não significa que a contratação direta**

² Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11ª edição, págs. 282/283.

possa ser realizada simplesmente em face de sua caracterização, eis que o art. 25, inc. II, exige a natureza singular.

[...]

Ou seja, a fórmula “natureza singular” destina-se a evitar a generalização da contratação direta para todos os casos enquadráveis no art. 13. É imperioso verificar se a atividade necessária à satisfação do interesse sob tutela estatal é complexa ou simples, se pode ser reputada como atuação padrão e comum ou não. A natureza singular caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por todo e qualquer profissional “especializado”. Envolvem os casos que demandam mais do que a simples especialização, pois apresentam complexidades que impedem obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado).

[...]

A identificação de um “caso anômalo” depende da conjugação da natureza própria do objeto a ser executado com as habilidades titularizadas por um profissional-padrão que atua no mercado. Ou seja, não basta reconhecer que o objeto é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração. É necessário examinar se um profissional qualquer de qualificação média enfrenta e resolve problemas dessa ordem, na atividade profissional comum.

Ou seja, a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. **Portanto, a viabilidade de competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação de mercado.**

19. A contratação direta pela via da inexigibilidade reclama, por conseguinte, que o serviço seja técnico, especializado e singular, sendo impositiva a comprovação da situação excepcional que o distingue. É como diz Lucas Rocha Furtado³:

3 Curso de Licitações e Contratos Administrativos, 1ª edição, pág. 102.

Lembramos, mais uma vez, que a regra é a obrigatoriedade de licitação; a exceção, a contratação sem licitação. Assim, a contratação de qualquer serviço, inclusive dos indicados no art. 13, deve ser precedida da devida licitação. **Situações excepcionais, e muito bem motivadas**, permitem, no entanto, em caráter excepcional, a contratação sem licitação, conforme examinamos acima. **Havendo dúvida acerca da efetiva necessidade de ser contratada empresa ou profissional, sem licitação, sob o fundamento da notória especialização, é de todo aconselhável que se elabore o edital e que se proceda à licitação.** (GRIFADO)

20. A exegese do art. 25, inciso II, da Lei de Licitações conduz a que se tenha por serviço singular aquele que se torna único devido à sua complexidade e relevância⁴.
21. Assentadas estas premissas, não se tem por atendidos os pressupostos legitimadores da inexigibilidade de licitação na hipótese dos autos.
22. Com efeito, além da Universidade Católica de Brasília, oferecem o curso de pós-graduação em tecnologia da informação no Distrito Federal as Faculdades Integradas UPIS e o Centro Universitário UNIEURO. Dentre os três, evidentemente, há diferenças no conteúdo programático, **mas não restou demonstrado que o curso oferecido pela Universidade Católica de Brasília é singular em relação aos demais.**
23. A nota técnica nº 25/08, por exemplo, não justifica as razões que levaram a Coordenação-Geral de Recursos Humanos a concluir que somente o conteúdo programático do curso oferecido pela Universidade Católica atende a demanda do Ministério das Cidades e do servidor interessado. Demais disso, as considerações lançadas a respeito do curso ministrado pelas Faculdades Integradas UPIS só vêm corroborar o que se sustenta, à medida que realiza juízo de valor sobre determinadas matérias da grade curricular e rechaça a

⁴ Nesse sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp 704.108/MG, extraindo-se o seguinte excerto do voto do Ministro Gilson Dipp, relator: "A contratação de serviços técnicos (caso dos autos) sem licitação, depende, portanto, de três condições: 1) a enumeração do serviço no dispositivo legal supracitado (art. 13); 2) sua natureza singular, isto é, não basta estar enumerado no art. 13 da Lei 8.666/93, sendo necessário que o serviço se torne único devido à sua complexidade e relevância; e 3) a notória especialização do profissional (conforme disposto no § 1º do art. 25 acima transcrito)."

possibilidade de sua contratação – **a despeito do preço bem inferior se comparado ao da universidade eleita** – em virtude de haver aula à distância e o servidor não ter acesso à internet em seu domicílio.

24. Noutras palavras, não se comprovou a natureza singular do curso, ordinariamente prestado por instituições de ensino superior, em que pese seja inegável que se trata de serviço técnico especializado.
25. Na melhor das hipóteses, a dúvida suscitada, ressalte-se, pela própria Coordenação-Geral de Recursos Humanos, conforme documento de fl. 32, e reforçada pelo projeto básico, desautoriza a contratação por inexigibilidade de licitação na espécie, porquanto à situação excepcional empresta-se interpretação restritiva.
26. Quanto ao invocado precedente do TCU⁵, segundo o qual a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros é típica situação de inexigibilidade de licitação, ex vi do art. 25, inciso II c/c art. 13, inciso VI, **não se deve adotá-lo sem a indispensável cautela de aferir, no caso concreto, se estão reunidos os requisitos legais da inexigibilidade.**
27. Na presente hipótese, isso não ocorre, como se asseverou. De mais a mais, a Corte de Contas já teve oportunidade de decidir que a Administração Pública se abstivesse de *contratar cursos de capacitação e aperfeiçoamento com inexigibilidade de licitação, por notória especialização, uma vez que tais serviços não possuem natureza singular, podendo ser realizados por diversas empresas ou profissionais capacitados para tal, observado o disposto no art. 25 da Lei nº 8.666/93, restringindo as contratações por inexigibilidade de licitação estritamente aos casos em que seja inviável a competição* (Acórdão nº 3.249/2006 – 1ª Câmara).
28. Sem embargo do que se defende, ainda que fosse hipótese de inexigibilidade de licitação, o dever legal de justificar o preço mesmo nas contratações diretas (art. 26, parágrafo único, inciso III, do Estatuto) constituiria óbice intransponível para contratação com a universidade escolhida.

5 Decisão nº 439/98 – Plenário.

29. Diante do exposto, por não se vislumbrar a singularidade do objeto que se pretende contratar, e, por conseguinte, não se divisar inviabilidade de competição na espécie, afirma-se a ausência dos pressupostos para inexigibilidade de licitação, devendo a eventual participação do servidor no curso de pós-graduação ser precedida do regular procedimento licitatório, em homenagem aos princípios da legalidade, isonomia e moralidade, salvo se configurada hipótese de dispensa tipificada no art. 24, inciso II, da Lei nº 8.666/93.

À consideração superior.

Brasília, fevereiro de 2008.

PAULO CESAR SOARES CABRAL FILHO

Advogado da União

Assessor Jurídico

De acordo. Restitua-se para a Coordenação-Geral de Recursos Humanos.

Brasília, fevereiro de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**ORIENTAÇÃO JURÍDICA.
SUPERVISÃO MINISTRAL.
DECRETO-LEI Nº 200/67.
DÍVIDA DA COMPANHIA BRASILEIRA
DE TRENS URBANOS - CBTU DE QUE É
CREDORA A FUNDAÇÃO REDE FERROVIÁRIA
DE SEGURIDADE SOCIAL - REFER**

*Paulo Cesar Soares Cabral Filho
Advogado da União, Assessor Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº /2008

Orientação jurídica. Supervisão ministerial. Decreto-lei nº 200/67. Dívida da Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU de que é credora a Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER. Execução de título extrajudicial não-embargada. Recomendações. Indisponibilidade do interesse público. Impossibilidade jurídica quanto à análise dos acordos que se pretende formalizar nas esferas judicial e extrajudicial, cujo exame discrepa das atribuições de que a CONJUR foi investida pela Lei Complementar nº 73/93.

Processo nº 80000.038329/2007-67

1. Vêm a exame os autos do processo administrativo em epígrafe, após o atendimento das providências alvitadas no Parecer CONJUR nº 216/2008 (fls. 258/260).
2. Trata-se, em suma, de pedido de liberação de recursos financeiros encaminhado pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU visando a solver dívida objeto de ação de execução de título extrajudicial movida pela Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social – REFER, credora da estatal em razão do inadimplemento de obrigações assumidas pela executada quanto ao aporte de contribuição mensal, a título de custeio, do plano de previdência complementar dos seus empregados.
3. No citado parecer, esta Consultoria Jurídica asseverou que o pedido da CBTU restara prejudicando diante da comprovação do depósito integral da quantia executada – R\$ 16.360.583,54 (dezesesseis milhões trezentos e sessenta mil quinhentos e oitenta e três reais e cinquenta e quatro centavos) – no juízo da 22ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro – RJ (processo nº 2007.001120653-9).
4. Nada obstante, no exercício do controle de legalidade que emana da atividade de supervisão realizada sobre as estatais vinculadas a este Ministério das Cidades foram requeridos a CBTU os seguintes esclarecimentos:

- a) se foram oferecidos embargos à execução proposta pela REFER e que tramita na 22ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro – RJ (processo nº 2007.001120653-9), juntando, em caso positivo, cópia da inicial com comprovação de distribuição;
 - b) qual a natureza do depósito em juízo da quantia executada, isto é, se para efetivo pagamento e conseqüente extinção do processo executivo (art. 794, inciso I), se para suspender a execução (art. 739-A, §1º), ou qualquer outra finalidade;
 - c) se foi, ou não, acionado o escritório de advocacia que defende os interesses da CBTU em juízo, bem como se houve orientação no sentido da não-apresentação dos embargos à execução processada sob o nº 2007.001120653-9.
5. A resposta da CBTU consta das fls. 262/263, afirmando-se textualmente que não foram apresentados embargos, bem como o escritório de advocacia foi orientado a não fazê-lo, sendo o depósito, portanto, realizado com o fim de extinguir o processo de execução.
6. A propósito do tema do equacionamento da dívida da CBTU com a REFER foi carreada aos autos a documentação de fls. 273/386, destacando-se a CRT 44/2008-P, por meio da qual a estatal solicita autorização deste Ministério das Cidades para celebração de acordo judicial (referente ao processo de execução nº 2004.001.012106-3) e extrajudicial.
7. É o relatório.
8. A questão trazida à baila, qual seja, o não-oferecimento de embargos à execução de título extrajudicial pela CBTU, suscita algumas considerações que decorrem da supervisão ministerial exercida pelo Ministério das Cidades sobre as estatais vinculadas ao órgão.
9. Advirta-se, de logo, que não se tem a intenção de promover qualquer ação correicional sobre a CBTU, até porque isto escapa das atribuições de que esta Consultoria Jurídica foi investida pela Lei Complementar nº 73/93.

10. De fato, a supervisão ministerial é exercida através de orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados e um de seus objetivos é assegurar a observância da legislação federal, sem prejuízo de fiscalizar a aplicação e utilização de dinheiros, valores e bens públicos, e, no que se refere à administração indireta especificamente, tutelar o princípio da eficiência administrativa, tudo na forma do Decreto-lei nº 200/67 (art. 20, p.u., c/c art. 25, incisos I e VII e art. 26, inciso III). Nada obstante, as presentes considerações têm por escopo tão-somente exortar a CBTU a que observe, via de regra, a necessidade de resistir à pretensão deduzida em juízo em seu desfavor.
11. Com efeito, a CBTU, enquanto sociedade de economia mista, presta serviço público caracterizado no transporte coletivo de pessoas em trens urbanos, atuando em importantes cidades brasileiras.
12. Demais disso, a União detém quase a totalidade das ações que compõem o capital social da empresa, o que reforça a assertiva de que a CBTU atua diretamente na prestação de serviço público.
13. O que se pretende afirmar é que, sem prejuízo da sua natureza jurídica, que investe a CBTU de personalidade jurídica e patrimônio próprios, há interesse público nas demandas envolvendo a empresa, que, por vezes, podem até justificar a intervenção anômala da União em processos judiciais (embora não seja este o caso na hipótese dos autos).
14. Nesse sentido, é oportuno trazer à colação os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo, 11ª edição, pág. 22, Lumen Iuris) a respeito da indisponibilidade do interesse público, *verbis*:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. **A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros.** Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração.

O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (GRIFADO)

15. No campo do direito processual, a indisponibilidade do interesse público está refletida, por exemplo, nas prerrogativas outorgadas à Fazenda Pública no que se refere ao prazo diferenciado para contestar e recorrer. Igualmente, não se opera, quanto aos fatos alegados pelo autor, a presunção de veracidade decorrente da revelia¹.
16. Se é certo, porém, que sociedade de economia mista não integra o conceito de fazenda pública, não é menos correto sustentar que entidades desta natureza, sobretudo quando prestadoras de serviço público – como a CBTU –, também velam pela prevalência do interesse público, o que deve nortear sua atuação em juízo ou fora dele.
17. A despeito disso, comprovou-se na hipótese dos autos que a CBTU não apenas deixou de oferecer embargos à execução de título extrajudicial como procedeu ao depósito da quantia executada que, repise-se, é da ordem de R\$ 16.360.583,54 (dezesseis milhões trezentos e sessenta mil quinhentos e oitenta e três reais e cinquenta e quatro centavos), visando, assim, a extinguir a execução (art. 794, inciso I, do Código de Processo Civil).
18. Como se sabe, o processo de execução é vocacionado a satisfazer o crédito do exequente, desenvolvendo-se no interesse do

¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. 5ª edição, pág. 88, Dialética.

credor (art. 612 do CPC), razão pela qual o contraditório é eventual². Veja-se, no ponto, a lição de Luiz Fux³, *verbis*:

O processo de execução, conforme visto anteriormente, é de índole satisfativa e não normativa como o processo de conhecimento, posto que o título executivo elimina o grau de incerteza acerca do direito litigioso. Por esta razão, diz-se que o *contraditório no processo de execução tem incidência eventual* porquanto somente se instaura por iniciativa do próprio executado. O exequente, ao formular o seu pedido de tutela jurisdicional, o faz no sentido de citar o devedor para cumprir e não para se defender. Nesta espécie de processo executivo, os atos são praticados e sua legitimidade aferida *ex post facto*. **Isso não significa que o executado não possa opor-se ao crédito, ao título executivo, ou mesmo infirmar o processo por vícios formais.** Entretanto, a oportunidade para que essa oposição seja oferecida é criada pelo próprio devedor com a introdução no processo de execução de um processo de conhecimento, que se denomina “embargos”. (GRIFADO)

19. Impende esclarecer que após a última reforma realizada no Código de Processo Civil, há duas formas ordinárias de oposição do executado ao processo executivo, a saber, a impugnação, em se tratando de execução fundada em sentença (art. 475-L), e os embargos do executado, no caso de execução de título extrajudicial (art. 736).
20. Os embargos constituem, por conseguinte, o meio de defesa do executado por excelência, e, embora guardem autonomia no tocante ao processo executivo, há entre estes relação de prejudicialidade, consoante leciona Alexandre Freitas Câmara⁴, *verbis*:

Os embargos do executado são, pois, processo de conhecimento, autônomo em relação ao processo executivo fundado em título extrajudicial, embora a ele ligado por uma relação de prejudicialidade. **Fala-se aqui em relação de prejudicialidade porque os embargos do executado se apresentam como uma demanda que deverá,**

² FUX, Luiz. 3ª edição. vol. II, pág. 5, Forense.

³ Obra citada, pág. 245.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. 14ª edição. vol.

II, pág. 411, Lumen Iuris.

necessariamente, ser apreciada – ao menos como regra geral – antes do desfecho do processo executivo. Além de exigir julgamento prévio ao desfecho do processo executivo, os embargos do executado influirão naquele desfecho, já que – conforme o resultado do julgamento nele proferido – poderá levar à extinção anômala da execução ou a um corte em seus excessos (diminuindo-se, por exemplo, o valor do crédito exequendo). (GRIFADO)

21. Em que pese a excepcional admissibilidade de embargos do devedor em execução fundada em título judicial (assim na execução contra a Fazenda Pública e na execução por quantia certa contra devedor insolvente), é no processo executivo de título extrajudicial que a ação ganha maior abrangência, pois, nos termos do art. 745 do CPC (redação da Lei nº 11.382, de 7.12.2006), se permite a **alegação de qualquer matéria de defesa que seria lícito deduzir num processo de conhecimento**. Confira-se:

Art. 745. Nos embargos, poderá o executado alegar:

I – nulidade da execução, por não ser executivo o título apresentado;

II – penhora incorreta ou avaliação errônea;

III – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV – retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de título para entrega de coisa certa (art. 621);

V – qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

22. Destarte, em que pese a ausência de impugnação não encerrar vício de legalidade, eis que constitui mero ônus processual, é oportuno orientar a CBTU a não deixar de oferecer embargos nas execuções, mesmo em casos como o dos autos, quando manifesta a existência da dívida.

23. Quanto às propostas de acordo para pagamento da dívida da CBTU com a REFER, a matéria escapa das atribuições desta Consultoria Jurídica, a teor do art. 11 da Lei Complementar nº 73/93, máxime porque se revestem de conteúdo estritamente contábil, com aspectos de cunho financeiro e orçamentário que discrepam da apreciação jurídica.
24. Diante do exposto, recomenda-se que a CBTU não se abstenha de resistir à pretensão deduzida em juízo em seu desfavor, independente da natureza da ação e, especificamente nas execuções de título extrajudicial, que permitem, em sede de embargos, a alegação de qualquer matéria de defesa, não deixe de oferecê-los, sob pena de vulnerar o interesse público e ensejar a imputação de responsabilidade administrativa no caso de prejuízo ao erário.

À consideração superior.

Brasília, maio de 2008.

PAULO CESAR SOARES CABRAL FILHO

Advogado da União

Assessor Jurídico

De acordo. Encaminhe-se para a Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração, para ciência, notadamente quanto ao parágrafo 23. Após, oficie-se para a CBTU no sentido de observar a recomendação exarada neste parecer.

Brasília, maio de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**CONSULTA FORMULADA PELA SUBSECRETARIA
DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E
ADMINISTRAÇÃO DESTE MINISTÉRIO ACERCA
DE TERMO A SER UTILIZADO EM PORTARIA DE
SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR QUE COMPÕE O
ROL DE RESPONSÁVEIS PARA PRATICAR ATOS
DE GESTÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA**

Sidelcy Ludovico Alves Martins
Advogada da União

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº

/2008

CONSULTA FORMULADA PELA SUBSECRETARIA DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO DESTE MINISTÉRIO ACERCA DE TERMO A SER UTILIZADO EM PORTARIA DE SUBSTITUIÇÃO DE SERVIDOR QUE COMPÕE O ROL DE RESPONSÁVEIS PARA PRATICAR ATOS DE GESTÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA DO PROJETO TAL HABITAÇÃO/BIRD, ALÉM DE REQUERIMENTO DE MANIFESTAÇÃO COM RELAÇÃO À VALIDADE DAS PORTARIAS PUBLICADAS E A NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO TEXTO SUGERIDO ANTERIORMENTE.

ATO ADMINISTRATIVO PERFEITO, VÁLIDO E EFICAZ QUE SE EXTINGUE APENAS COM O CUMPRIMENTO DE SEUS EFEITOS.

MERA IRREGULARIDADE INCAPAZ DE PROVOCAR A RETIRADA DO ATO ADMINISTRATIVO.

PROCESSO. Nº 80000.039705/2007-31

01. Trata-se consulta formulada, através do documento de fls. 106/107, pelo Subsecretário de Planejamento, Orçamento e Administração, acerca de termo a ser utilizado na PORTARIA Nº 568, de 17 de novembro de 2008, publicada na Seção 2 do DOU de 19 de novembro de 2008, fls. 108, destinada a promover a substituição de servidor que compõe o rol de responsáveis para praticar atos de gestão orçamentária e financeira do Projeto Tal Habitação/BIRD, além de requerimento de manifestação com relação à validade das portarias publicadas e a necessidade de alteração do texto sugerido anteriormente.
02. Em síntese, a consulta funda-se sobre a validade, ou não, do ato administrativo supramencionado e da necessidade, ou não, de sua retificação, mediante nova publicação de seu texto no Diário Oficial da União, com a finalidade de adequar a

expressão “*Designar competência ao servidor abaixo indicado...*”, para a expressão “*Subdelega competência a servidores para praticarem atos de gestão orçamentária e financeira*”, nos seguintes termos:

(...)

1. Trata-se de consulta acerca de termo utilizado na minuta de portaria destinada a promover a substituição de servidor que compõe o rol de responsáveis para praticar atos de gestão orçamentária e financeira na Unidade Gestora 560017 – Tal Habitação/BIRD, publicada no DOU de 19.11.2008, Seção 2, pág. 38.

2. A portaria em referência traz em seu art. 1º “*Designar competência ao servidor abaixo indicado...*”. Sobre o assunto importa dizer que a SPOA, por meio de nota técnica, suscitou dúvidas relativas aos termos utilizados em minutas anteriores, nas quais àquela Unidade “subdelega competência a servidores para praticarem atos de gestão orçamentária e financeira”.

3. O tema foi apreciado pela Consultoria Jurídica do MCidades que exarou o Parecer nº 1653/2007, fls. 27/33, o que se segue:

(...)

22. Pois bem, é nesses termos que deve proceder a SPOA para efetivar a sua competência, ou seja, “**propiciando os meios às unidades integrantes do Ministério**”, e isto poderá fazer com a simples nomeação de servidores para o desempenho das atribuições indicadas, e não pela delegação ou subdelegação de competência.

23. Vale consignar que no mundo jurídico, o que mais importa é a natureza jurídica dos institutos, sendo irrelevantes, em dadas circunstâncias, os nomes dados a esses institutos. De todo modo, embora se diga “delegar” ou “subdelegar competência”, a natureza jurídica do ato vai ser de uma mera “atribuição de funções”, cujo mister é próprio da SPOA, não tendo tal ato o condão de transpassar a competência as SPOA para a SNH.

(...)

31. **Ante o exposto**, sugerimos o retorno dos autos à SPOA, para a devida retificação das Minutas de Portaria, substituindo-se, no caput do art.º, o vocábulo “SUBDELEGAR” por “DESIGNAR”, ou simplesmente “NOMEAR”, bem como para fazer constar a expressa revogação da portaria nº 606 (UG 560012) e da Portaria nº (UG 560015). Sugere-se também a retificação da unidade Gestora em cada uma das Minutas de Portaria, devendo retornar a esta Consultoria para emissão de parecer conclusivo”.

4. Assim, considerando que as minutas de portarias já publicadas, tiveram por base o disposto no parecer supramencionado, nas quais consta do texto “Designar competência aos servidores para praticarem atos de gestão orçamentária e financeira...”, e ainda, o fato de ter ocorrido solicitação para que fosse retificada a última portaria, em razão do termo “Designar”, sugiro remessa dos autos à Consultoria Jurídica para manifestação quanto a validade das portarias publicadas e a necessidade de alteração do texto sugerido anteriormente.

03. É o relatório.

04. A manifestação desta Consultoria Jurídica ocorre por força do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, porquanto lhe incumbe à análise da viabilidade jurídico-formal da minuta de resolução ora proposta e cinge-se a investigar se o agente que a editará tem atribuição para tal; se possui conteúdo próprio; se observa a forma adequada; se há motivo que justifique sua existência e, finalmente, se sua finalidade coaduna-se com o interesse público.

05. Funda-se toda controvérsia dos autos deste processo administrativo acerca da validade, ou não, do ato administrativo supramencionado e da necessidade, ou não, de sua retificação, mediante nova publicação de seu texto no Diário Oficial da União, com a finalidade de adequar a expressão “*Designar competência ao servidor abaixo indicado...*”, para a expressão “*Subdelega competência a servidores para praticarem atos de gestão orçamentária e financeira*”.

06. Com relação a específica controvérsia destes autos, cabe inicialmente lembrar que, em regra, o ato administrativo

inicia sua vigência após concluir todo o ciclo necessário para sua formação, encontrando-se, portanto, perfeito, válido e eficaz e extingue-se normalmente pelo simples exaurimento de seus efeitos.

07. Após a sua regular formação, na hipótese de constatação que o ato administrativo eficaz possui algum vício ou tornou-se inconveniente ou inoportuno a Administração Pública poderá extingui-lo, de forma excepcional, anulando-o ou revogando-o, a teor do art. 53 e 54 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e o Enunciado de Súmula nº 346 e nº 473 do Egrégio Supremo Tribunal Federal.
08. Entrementes, a Administração Pública para anular ou revogar qualquer ato administrativo eficaz deve motivar a decisão indicando os fatos e os fundamentos jurídicos com a finalidade de possibilitar o exercício pelo administrado das garantias constitucionais de inafastabilidade do Poder Judiciário, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme prevê o art. 5º, XXV, LIV e LIV, da Constituição da República, c/c o art. 50, VIII, da Lei nº 9.784/99.
09. Para motivar o ato que decreta a invalidade do ato administrativo eficaz a Administração Pública deve dispor de elementos consistentes e robustos. Ocorre que o precitado ato administrativo, com a finalidade de promover a substituição de servidor que compõe o rol de responsáveis para praticar atos de gestão orçamentária e financeira do Projeto Tal Habitação/BIRD, não se encontra em desconformidade com nenhuma norma atualmente em vigor a ensejar a sua invalidação ou nulidade.
10. É que não é qualquer irregularidade que permite à Administração Pública invalidar ou decretar a nulidade do ato administrativo eficaz. Todavia, a Administração Pública mesmo após detectar a existência de vícios no ato administrativo eficaz deve tentar manter os seus efeitos, nos casos em que esses vícios sejam sanáveis e não acarretem lesão ao interesse público ou prejuízo a terceiros, através da convalidação. Esse poder-dever da Administração Pública

deve-se a necessidade de observância dos princípios do informalismo e da segurança jurídica.

11. De acordo com o princípio do informalismo, previsto no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VIII e IX, da Lei nº 9.784/99, a Administração Pública não pode anular o ato administrativo por mera irregularidade, mormente que não deve ater-se a rigorismos formais. Ao revés, a Administração Pública deve adotar formas simples e suficientes para propiciar o adequado grau de certeza e segurança jurídica, haja vista que as formalidades são previstas para assegurar os direitos e garantias fundamentais dos administrados e não impedir o eficiente exercício da atividade administrativa.
12. Pelo princípio da segurança jurídica, previsto no art. 55 da Lei nº 9.784/99, a Administração Pública não deve desconstituir injustificadamente os atos ou situações jurídicas, mesmo que tenha ocorrido alguma inconformidade com o texto legal durante sua constituição. Sobre o tema traz-se a lume a lição de Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹, conforme se transcreve:

(...)

Certos vícios jurídicos configuram simples irregularidades, insuscetíveis de gerar a nulidade do ato administrativo praticado, o qual efetivamente, a despeito do vício, atinge plenamente o objetivo de interesse público almejado. A doutrina e a jurisprudência se foram dando conta de que, para gerar a nulidade, não bastava a ocorrência do vício, sendo essencial a concomitância de algum dano jurídico.

(...)

Enfim, a segurança das relações jurídicas, que é um superprincípio jurídico, determinante da existência do próprio sistema jurídico, não se coaduna com a instabilidade gratuita, decorrente de meras irregularidades irrelevantes. Muitas vezes o desfazimento do ato ou situação jurídica por ele criada pode ser mais prejudicial que sua manutenção, especialmente quanto a repercussões na ordem social.

¹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007. pp. 94/95.

Não há razão para invalidar ato que tenha atingido sua finalidade, sem causar dano algum, seja ao interesse público (que acabou sendo satisfeito), seja a direitos de terceiros.

(...)

13. Outrossim, não é qualquer fato ou situação capaz de motivar a extinção do ato administrativo eficaz pela revogação. É que a revogação somente justifica-se em casos extremos em que se configura a inconveniência e a inoportunidade do ato administrativo eficaz ao interesse público. Preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello² que:

(...)

O motivo da revogação é a inconveniência ou inoportunidade do ato ou da situação gerada por ele. É o resultado de uma reapreciação sobre certa situação administrativa que conclui por sua inadequação ao interesse público. É a consequência de um juízo feito “hoje” sobre o que foi produzido “ontem”, resultando no entendimento de que a solução tomada não convém agora aos interesses administrativos. Pouco importa que o agente entenda que a decisão anterior foi conveniente à Administração.

É irrelevante distinguir se a inconveniência foi contemporânea ou superveniente ao ato que se vai revogar.

(...)

14. Por isso importa dizer que a Administração Pública somente poderá revogar o ato administrativo eficaz em comento, elaborado com a finalidade de promover a substituição de servidor que compõe o rol de responsáveis para praticar atos de gestão orçamentária e financeira do Projeto Tal Habitação/ BIRD, se a designação do servidor tornar-se inconveniente ou inoportuna ao interesse público.
15. Aliás, admitir a revogação do precitado ato administrativo eficaz simplesmente pela irregularidade apontada, falta de

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de.. Curso de Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004. pp. 415.

técnica da Portaria nº 568, de 17 de novembro de 2008, seria violar o princípio da economicidade e da instrumentalidade.

16. Anote-se que o princípio da economicidade, previsto no art. 70, *caput*, da Constituição da República, orienta a atuação do gestor público no sentido de sempre buscar a melhor aplicação dos escassos recursos financeiros e orçamentários no atendimento do interesse público. Com relação ao princípio constitucional da economicidade, vale mencionar as lições do Ministro Paulo Soares Bugarin³, abaixo transcritas:

(...)

Economicidade, então, parece conduzir à idéia-chave da busca permanente pelos agentes públicos delegados do complexo e diverso corpo social, da melhor alocação possível dos escassos recursos públicos disponíveis para a solução, ou, pelo menos, mitigação, dos gravíssimos problemas sociais existentes no lamentável, vergonhoso e humilhante quadro de desigualdade que caracteriza o espaço socioeconômico nacional.

(...)

(...)

Ante todo o exposto, infere-se que o princípio constitucional da economicidade da gestão de recursos e bens públicos autoriza o órgão técnico encarregado do específico e peculiar afazer hermenêutico constitucional - *in casu*, o TCU -, ao exame, em especial, *pari passu*, dos elementos de fato informadores dos diversos processos subjetivos de tomadas de decisão de gastos/investimentos públicos vis-à-vis o conjunto objetivo dos resultados alcançáveis, qualificando-os, efetiva ou potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, potencialmente, como ganhos ou perdas sociais, evitando-se, deste modo, a despesa pública antieconômica e a conseqüente perpetração do, muitas vezes irremediável, prejuízo social.

17. Á propósito, por diversas vezes o Tribunal de Contas da União já se manifestou acerca da necessidade de observância

3 BUGARIN, Paulo Soares. O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 1ª ed. 2ª tiragem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. pp. 129 e 140.

do princípio constitucional da economicidade. Nesse sentido, inclusive, transcreve-se:

(...)

19. A gestão da ‘res publica’ não mais pode contentar-se singelamente em atender ao imperativo da legalidade nos seus atos. Há que ser produtiva, há que ser eficiente no uso dos recursos, há que produzir resultados tangíveis. Tais são os reclamos da sociedade moderna quanto à atuação dos administradores públicos, os quais encontram abrigo nos princípios da economicidade, eficácia e eficiência, insculpidos no art. 70, “caput”, e art. 74, inciso III da Carta Magna⁴.

(...)

(...)

A atuação estatal não deve mais ser balizada apenas pelos critérios de legalidade, de moralidade e de impessoalidade. Exige-se que a gestão pública seja igualmente pautada pelos princípios da eficiência e da economicidade. A ênfase é dada na produtividade, na obtenção de resultados. Portanto, atuação administrativa legítima, nos dias atuais, será aquela que, além de realizar os princípios tradicionais da impessoalidade, da legalidade etc., igualmente dêem ênfase à obtenção de resultados positivos sob o ponto de vista da eficiência, da economicidade⁵.

(...)

18. Com efeito, pelo princípio da instrumentalidade os atos somente devem ser anulados se não atingirem o seu objetivo. Nesse sentido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte entendimento:

RMS 8005 / SC

RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

4 Acórdão nº 067/95 - 2ª Câmara (AC-0067-07/95-2 – DOU de 14.03.95) [trecho do voto do Relator].

5 Decisão nº 765/99 – Plenário (DC-0765-47/99-P – DOU de 18.11.99 [trechos do relatório]

1996/0077859-0

Ministro GILSON DIPP

ÓRGÃO JULGADOR: T5 - QUINTA TURMA

DATA DO JULGAMENTO: 06/04/2000

RMS - ADMINISTRATIVO - PROCESSUAL CIVIL - FISCAL DE TRIBUTOS - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - EXTRAPOLAÇÃO DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO FINAL - NULIDADE DO PROCESSO - NÃO OCORRÊNCIA - PRESCRIÇÃO PUNITIVA AFASTADA - CONJUGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS.

1 - O princípio da instrumentalidade das formas, no âmbito administrativo, veda o raciocínio simplista e exageradamente positivista. A solução está no formalismo moderado, afinal as formas têm por objetivo gerar segurança e previsibilidade e só nesta medida devem ser preservadas. A liberdade absoluta impossibilitaria a seqüência natural do processo. Sem regras estabelecidas para o tempo, o lugar e o modo de sua prática. Com isso, o processo jamais chegaria ao fim. A garantia da correta outorga da tutela jurisdicional está, precisamente, no conhecimento prévio do caminho a ser percorrido por aquele que busca a solução para uma situação conflituosa. Neste raciocínio, resta evidenciada a preocupação com os resultados e não com formas pré-estabelecidas e engessadas com o passar dos tempos.

2- Neste contexto, despicinda a tentativa de anular todo o processo com base na existência de nulidade tida como insanável. A dilação do prazo para entrega do relatório final, em um dia, se deu por conta da complexidade do processo em testilha, oportunidade em que devem ser conjugados os princípios da razoabilidade e instrumentalidade das formas.

3 - Ademais, restando afastada a prescrição punitiva, não há que se falar em nulidade do processo administrativo, afinal “a extrapolação do prazo para a conclusão do processo administrativo não gera

qualquer consequência para a validade do mesmo, podendo importar, porém, em responsabilidade administrativa para os membros da comissão". Precedentes (RMS 6.757 - PR; RMS 10.464 - MT; RMS 455 -

BA e RMS 7.791 - MG).

4 -Recurso conhecido, mas desprovido.

(Grifo nosso)

19. Claro que a portaria retromencionada não se orientou da melhor técnica gramatical e legislativa, mas cogitar-se de sua nulidade ou irregularidade, ato que exigiria despesa deste Ministério com nova publicação, seria no mínimo desproporcional e irrazoável. Desse modo, sugere-se, utilizando-se com parâmetro a portaria ora discutida, como modelo para os próximos atos de delegação da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração, a seguinte redação:

PORTARIA Nº 568, DE 17 DE NOVEMBRO DE 2008

O SUBSECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E ADMINISTRAÇÃO - SUBSTITUTO DA SECRETARIA EXECUTIVA, no exercício da faculdade que lhe confere o art. 5º do anexo I, do Decreto nº 4.665, de 3 de abril de 2003, e Portaria 315 de 25 de julho de 2005, publicada no DOU nº 142, de 26 de julho de 2005, resolve:

Art. 1º - Designar , SIAPE, para exercer atos de gestão orçamentária e financeira do Projeto Tal Habitação/BIRD, firmado com recursos externos e contrapartida nacional, para o qual foi criada a Unidade Gestora 560017, Gestão

00001, vinculado a Secretaria Nacional de Habitação, deste Ministério, de acordo com o artigo 8º, do Decreto 6.046, de 22 de fevereiro de 2007:

Art. 2º - Fica revogado o inciso IV da Portaria 691, de 21 de dezembro de 2007, publicada no DOU nº 246, de 24 de dezembro de 2007, seção 2, página 29.

Art. 3º - Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

20. Conclui-se, assim, que a PORTARIA Nº 568, de 17 de novembro de 2008, publicada na Seção 2 do DOU de 19 de novembro de 2008, fls. 108, destinada a promover a substituição de servidor que compõe o rol de responsáveis para praticar atos de gestão orçamentária e financeira do Projeto Tal Habitação/BIRD, encontra-se perfeitamente válida, perfeita e eficaz não havendo que se falar em sua nulidade e que a sua revogação somente poderá dar-se se, e somente se, a designação do servidor tornar-se inconveniente ou inoportuna ao interesse público.
21. Em face do exposto, sugere-se a Vossa Senhoria que encaminhe os autos deste processo administrativo para a SPOA – Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para as providências cabíveis.
22. À consideração superior.

Brasília/DF, novembro de 2008.

SIDELCY LUDOVICO ALVES MARTINS

Advogada da União

De acordo. Encaminhe os autos deste processo administrativo a SPOA - Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração para as providências cabíveis..

Brasília/DF, novembro de 2008.

JORGE CESAR SILVEIRA BALDASSARE GONÇALVES

Consultor Jurídico Substituto.

**PARECER JURÍDICO ACERCA DA
CONSTITUCIONALIDADE DE INDICAÇÃO
DE REPRESENTANTES DESTA PASTA
PARA COMPOSIÇÃO DO CONSELHO
DAS CIDADES DO ESTADO DO
RIO DE JANEIRO**

Victor Ximenes Nogueira
Advogado da União, Assessor Jurídico

PARECER CONJUR/MCIDADES n.º

/2009

PARECER JURÍDICO ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE
DE INDICAÇÃO DE REPRESENTANTES DESTA PASTA PARA
COMPOSIÇÃO DO CONSELHO DAS CIDADES DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO - LEI ESTDUAL Nº 5.293/2008.

Processo nº 80000.028101/2008-40

Retornam a esta Consultoria Jurídica os autos do processo acima epigrafado, os quais tratam de expediente da Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro, fl. 01, oportunidade em que é solicitada a indicação de dois representantes titulares e suplentes para comporem o Conselho Estadual das Cidades, com fundamento no art. 3º, inciso III, alínea “a”, da Lei Estadual nº 5.293/2008, publicada no Diário Oficial do Estado que circulou em 21 de junho de 2008.

2. O feito é instruído com cópias do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, contendo a Lei nº 5.293/2008, fl. 02; cópia da Resolução nº 13 do Conselho das Cidades, fl. 03/04; bem como pelo Memorando nº 015640/2008 da Secretaria- Executiva do Conselho das Cidades, encaminhando o feito para exame desta Consultoria Jurídica.
3. Por despacho, fl. 08, esta CONJUR encaminhou os autos à Secretaria Executiva do Conselho das Cidades, solicitando manifestação formal nos autos no sentido de informar “**se o Ministério das Cidades compõe, de forma permanente, através de indicação de membros titulares e suplentes, algum dos Conselhos das Cidades, seja estadual, municipal ou mesmo do Distrito Federal**”, e, “**se há ou não interesse em compor formalmente o Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro; se há ou não quadro de pessoal adequado e suficiente para destacar membros para comporem o Conselho aludido, tudo sem prejuízo das demais atribuições dos agentes públicos indicados; e, em caso afirmativo, a quem caberá as despesas com diárias e passagens**”.

4. Em resposta, consta nos autos o memorando de fl. 09, oportunidade em que é noticiado que esta pasta “**não compõe nenhum Conselho das Cidades estadual, municipal ou do Distrito Federal**” e que o interesse em integrar ou não o Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro ainda “**será definido pelo Senhor Ministro de Estado das Cidades. Para tanto, reitero solicitação de análise e pronunciamento desta CONJUR quanto às possíveis consequências causadas por deliberações de um órgão colegiado de âmbito estadual, com representação do Ministério das Cidades**”.
5. É o relatório.
6. O presente pronunciamento jurídico encontra esteio no art. 11 da Lei Complementar nº 73/1993 – Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, restringindo-se aos ao exame de ordem estritamente jurídica, não sendo, portanto, relevadas questões referentes ao exame das balizas da conveniência e oportunidade, nem tampouco questões eminentemente técnicas e financeiras, por não ser atribuição institucional deste órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se na análise de mérito administrativo.
7. Em síntese, a consulta formulada pela Secretaria Executiva do Conselho das Cidades consiste em saber quais as implicações decorrentes de deliberações do Conselho das Cidades do Estado do Rio de Janeiro, relevando que referido órgão seria composto, entre outros membros, por representantes do Ministério das Cidades.
8. Como é cediço, o Conselho das Cidades, originariamente era denominado Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU e foi criado pela Medida Provisória nº 2.220, a qual disciplinou sua atribuições e determinou que sua composição seria deliberada pela Presidência da República:

Art. 10. Fica criado o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano – CNDU, órgão deliberativo e consultivo, integrante da estrutura da Presidência da República, com as seguintes competências:

I - propor diretrizes, instrumentos, normas e prioridades da política nacional de desenvolvimento urbano;

II - acompanhar e avaliar a implementação da política nacional de desenvolvimento urbano, em especial as políticas de habitação, de saneamento básico e de transportes urbanos, e recomendar as providências necessárias ao cumprimento de seus objetivos;

III - propor a edição de normas gerais de direito urbanístico e manifestar-se sobre propostas de alteração da legislação pertinente ao desenvolvimento urbano;

IV - emitir orientações e recomendações sobre a aplicação da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001, e dos demais atos normativos relacionados ao desenvolvimento urbano;

V - promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano; e

VI - elaborar o regimento interno.

Art. 11. O CNDU é composto por seu Presidente, pelo Plenário e por uma Secretaria-Executiva, cujas atribuições serão definidas em decreto.

Parágrafo único. O CNDU poderá instituir comitês técnicos de assessoramento, na forma do regimento interno.

Art. 12. O Presidente da República disporá sobre a estrutura do CNDU, a composição do seu Plenário e a designação dos membros e suplentes do Conselho e dos seus comitês técnicos.

Art. 13. A participação no CNDU e nos comitês técnicos não será remunerada.

Art. 14. As funções de membro do CNDU e dos comitês técnicos serão consideradas prestação de relevante interesse público e a ausência ao trabalho delas decorrente será abonada e computada como jornada efetiva de trabalho, para todos os efeitos legais.

9. Por sua vez, a Lei nº 10.683/2003, ao regulamentar a organização da Presidência da República e dos Ministérios, alterou o nome do órgão colegiado aludido, denominando-o Conselho das Cidades, o qual integra a estrutura desta pasta, assegurando-lhe mais uma atribuição:

Art. 31. São transformados:

...

VIII - o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, da Presidência da República para o Ministério das Cidades, ficando alterada a sua denominação para Conselho das Cidades, cabendo-lhe, além das competências estabelecidas no art. 10 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, propor as diretrizes para a distribuição regional e setorial do orçamento do Ministério das Cidades;

Art. 33. São transferidos:

...

VIII - o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano, da Presidência da República para o Ministério das Cidades, ficando alterada a sua denominação para Conselho das Cidades, cabendo-lhe, além das competências estabelecidas no art. 10 da Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, propor as diretrizes para a distribuição regional e setorial do orçamento do Ministério das Cidades;

10. Em cumprimento ao disposto no art. 12 da Medida Provisória nº 2.220, editou-se o Decreto nº 5.790/2006, o qual, além de regulamentar as atribuições do Conselho das Cidades, seu funcionamento e a Conferência Nacional das Cidades, delimitou sua composição.
11. A previsão legal para a criação de Conselhos das Cidades no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal está no art. 43, inciso I, do Estatuto das Cidades, o qual, ao regular a gestão democrática das cidades, dispõe que:

Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

V – (VETADO)

Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4o desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

12. Neste sentido, resta claro que a legislação ordinária que cuida de regulamentar e instituir o Conselho das Cidades é, mais que uma lei federal, mas uma lei nacional, até mesmo porque uma das atribuições do aludido órgão colegiado é, conforme inciso V do art. 10 da MP nº 2.220, “promover a cooperação entre os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e a sociedade civil na formulação e execução da política nacional de desenvolvimento urbano”.
13. Por ser lei de âmbito nacional, suas disposições obrigam os demais entes federados. Assim, não há vício de constitucionalidade ou ilegalidade no Decreto nº 5.790/2003

que, ao dispor sobre a composição do Conselho das Cidades, inclui membros do Poder Público Estadual, Municipal e do Distrito Federal, nos termos do art. 12 da MP nº 2.220:

Art. 4º O ConCidades é composto pelos seguintes membros, organizados por segmentos:

I - dezesseis representantes do Poder Público Federal, sendo:

- a) três do Ministério das Cidades;
- b) um da Casa Civil da Presidência da República;
- c) um do Ministério da Cultura;
- d) um do Ministério da Fazenda;
- e) um do Ministério da Integração Nacional;
- f) um do Ministério da Saúde;
- g) um do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome;
- h) um do Ministério do Meio Ambiente;
- i) um do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão;
- j) um do Ministério do Trabalho e Emprego;
- l) um do Ministério do Turismo;
- m) um do Ministério da Ciência e da Tecnologia;
- n) um da Secretaria de Relações Institucionais da Presidência da República; e
- o) um da Caixa Econômica Federal;

II - nove representantes do Poder Público Estadual, do Distrito Federal ou de entidades civis de representação do Poder Público

Estadual e do Distrito Federal, observado o critério de rodízio entre os Estados, o Distrito Federal e as entidades civis;

III - doze representantes do Poder Público Municipal ou de entidades civis de representação do Poder Público Municipal;

IV - vinte e três representantes de entidades dos movimentos populares;

V - oito representantes de entidades empresariais;

VI - oito representantes de entidades de trabalhadores;

VII - seis representantes de entidades profissionais, acadêmicas e de pesquisa; e

VIII - quatro representantes de organizações não-governamentais.

...

§ 2º Também integram o Plenário do ConCidades, com direito a voz e sem direito a voto, nove representantes dos Governos Estaduais e do Distrito Federal, indicados pelos respectivos representantes legais, na condição de observadores, condicionando o direito de participar à existência de Conselho Estadual das Cidades, ou outro órgão colegiado com atribuições compatíveis no âmbito da respectiva Unidade da Federação.

§ 3º Poderão, ainda, ser convidados a participar das reuniões do ConCidades personalidades e representantes de órgãos e entidades públicas ou privadas, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como outros técnicos, sempre que da pauta constar tema de suas áreas de atuação.

§ 4º Os membros referidos nos incisos I a VIII deverão indicar seus respectivos representantes por meio de ofício ao Ministro de Estado das Cidades, que os designará.

14. Observa-se, entretanto, que, em caráter prejudicial ao exame da consulta, esta Consultoria Jurídica aponta que a Lei Estadual nº 5.293/2008 do Rio de Janeiro apresenta vício

de constitucionalidade formal, posto que não se encontra na esfera de competência da legislação estadual o regramento de atribuições a órgãos federais.

15. É certo que as matérias que se incluem na competência legislativa da União encontram-se expressamente definidas na Carta de 1988, e que a competência legislativa dos Estados é residual, quer dizer, as matérias que não se incluem no rol de competência da União e dos Municípios são da alçada dos Estados.
16. Entretanto, a organização da Administração Pública Federal, o que inclui o disciplinamento das atribuições de cada um dos órgãos que a integram, é matéria privativa da União, como se vê da Lei nº 10.683/2003, a qual dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios.
17. A Administração Pública rege-se pelo princípios da legalidade em sentido estrito. De fato, observa-se que o Princípio da Legalidade no âmbito do Direito Público possui conotação diversa daquela adotada pelo Direito Privado. Nas relações jurídicas particulares é permitido tudo o que não for expressamente vedado por lei, nos termos do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, já nas relações jurídicas regidas pelo Direito Público, apenas é permitido aquilo que for expressamente autorizado por lei, até mesmo porque, conforme art. 84, inciso IV, da Carta Magna, as atividades administrativas devem ser desenvolvidas no sentido de assegurar a fiel execução da legislação.
18. Neste sentido, para que coubesse ao Ministério das Cidades encaminhar representação aos Conselhos das Cidades Estaduais, Municipais, e do Distrito Federal, seria necessário que tal incumbência fosse expressa em legislação federal. Todavia, ao fixar as atribuições desta pasta, a Lei nº 10.683/2003, nem tampouco o Decreto nº 4.665/2003, delimitaram que competiria a esta pasta integrar os Conselhos das Cidades regionais e locais:

Lei nº 10.683/2003:

Art. 27. Os assuntos que constituem áreas de competência de cada Ministério são os seguintes:

...

III - Ministério das Cidades:

- a) política de desenvolvimento urbano;
- b) políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito;
- c) promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;
- d) política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano;
- e) planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito;
- f) participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem como para a adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento;

Decreto nº 4.665/2003

Art. 1º O Ministério das Cidades, órgão da Administração Federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:

- I - política de desenvolvimento urbano;
- II - políticas setoriais de habitação, saneamento ambiental, transporte urbano e trânsito;

III - promoção, em articulação com as diversas esferas de governo, com o setor privado e organizações não-governamentais, de ações e programas de urbanização, de habitação, de saneamento básico e ambiental, transporte urbano, trânsito e desenvolvimento urbano;

IV - política de subsídio à habitação popular, saneamento e transporte urbano;

V - planejamento, regulação, normatização e gestão da aplicação de recursos em políticas de desenvolvimento urbano, urbanização, habitação, saneamento básico e ambiental, transporte urbano e trânsito; e

VI - participação na formulação das diretrizes gerais para conservação dos sistemas urbanos de água, bem assim para adoção de bacias hidrográficas como unidades básicas do planejamento e gestão do saneamento.

19. Não restam dúvidas, portanto, que lei estadual não pode dispor sobre as atribuições de Ministérios ou demais órgãos federais, sob pena de apresentar vício de constitucionalidade formal. Não que exista hierarquia entre leis federais e estaduais, mas porque as competências legislativas atribuídas aos entes federados englobam matérias distintas. Assim, da mesma forma que lei federal não pode dispor sobre matérias relativas aos serviços locais de gás canalizado, leis estaduais não podem regradar as atribuições de órgãos que integram a Administração Pública Federal, tudo na forma dos art. 61, 84 e 88 da Constituição Federal:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

...

II - disponham sobre:

...

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

...

VI – dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

20. De fato, os Estados também devem obediência ao texto constitucional, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, afastar a aplicação da lei estadual em exame não implica em desrespeito a autonomia legislativa do Estado do Rio de Janeiro, mas sim respeito à Constituição federal de 1988, norma hierarquicamente superior e de onde são advindos todos os fundamentos para formação da ordem jurídica pátria.

”O poder constituinte outorgado aos Estados-Membros sofre as limitações jurídicas impostas pela Constituição da República. Os Estados-membros organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem (CF, art. 25), submetendo-se, no entanto, quanto ao exercício dessa prerrogativa institucional (essencialmente limitada em sua extensão), aos condicionamentos normativos impostos pela

Constituição Federal, pois é nessa que reside o núcleo de emanção (e de restrição) que informa e dá substância ao poder constituinte decorrente que a Lei Fundamental da República confere a essas unidades regionais da Federação.” (ADI 507, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 14-2-96, DJ de 8-8-03)

21. Deve ser ponderado, ainda, que as leis gozam de presunção de constitucionalidade e que, segundo a Carta de 1988, compete ao Supremo Tribunal Federal ser o guardião da Constituição, cabendo-lhe o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Entretanto, o que se propõe neste pronunciamento não é a declaração de inconstitucionalidade da lei estadual em exame, mas sim o afastamento de sua aplicação, em respeito à Constituição de 1988.
22. Neste sentido, colaciona-se interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça:

LEI INCONSTITUCIONAL - PODER EXECUTIVO -
NEGATIVA DE EFICACIA.

O PODER EXECUTIVO DEVE NEGAR EXECUÇÃO A ATO
NORMATIVO QUE LHE PAREÇA INCONSTITUCIONAL.

(REsp 23.121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE
BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ
08/11/1993 p. 23521)

23. Diante da fundamentação acostada ao voto do ilustre Ministro Relator, Humberto Gomes de Barros, esta Consultoria Jurídica pede permissão para reproduzi-lo, adotando suas razões na íntegra:

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS
(RELATOR): Discute-se a possibilidade em o Poder Executivo
negar eficácia e execução a lei estadual que considera incompatível
com a Constituição Federal.

Tenho comigo a convicção de que é lícito ao Executivo negar execução
a lei que a, seu ver, não se coaduna com o sistema constitucional.

Com efeito, o ordenamento jurídico tem como ápice a Constituição Federal.

Qualquer preceito, de qualquer origem ou hierarquia há que se ajustar ao sistema constitucional.

Lei inconstitucional é nula. Não pode obrigar.

Diante de ato legislativo em que percebe ilegalidade, a Administração coloca-se na alternativa:

- a) executa a lei, desprezando a Constituição;
- b) homenageia a Constituição, desconhecendo o preceito legal.

Parece-me que esta última opção é a correta.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão trazido à colação no recurso especial, destaca arguta observação de Francisco Campos. Dizia o festejado jurista:

“... os tribunais só opinam mediante provocação. Assim, cada um dos poderes do Estado vê-se na contingência de efetuar o controle imediato da constitucionalidade. Do contrário, estar-se-iam estes poderes relegando-se à inércia e fugindo de sua responsabilidade para com o Estado de Direito (cf. fis. 136).”

Quando negou execução ao dispositivo que lhe pareceu inconstitucional, o Estado, através dos atos impugnados pelos impetrantes, mostrou-se zeloso com o primado da Constituição.

- 24. Deste modo, ao aplicar a legislação, o Poder Executivo torna-se o primeiro a examinar a conformidade da norma com o texto constitucional. Excluir a possibilidade deste Poder deixar de aplicar a lei, com fundamento em sua inconstitucionalidade, significa admitir a lícita possibilidade da Constituição ser desrespeitada.
- 25. Segundo Luiz Roberto Barroso, em sua obra *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, 2008, p. 69/72, o STF, após a vigência da Constituição de

1988, não enfrentou a matéria, porém cita *obiter dictum* na ADI nº 221-DF, oportunidade em que o Ministro Moreira Alves consignou que: **“Os Poderes Executivo e Legislativo, por sua chefia – e isso tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade –, podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”**.

26. Com o incremento do número de legitimados para ingressar com ações de controle de abstrato de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, há celeuma jurídica acerca da possibilidade do Poder Executivo deixar de aplicar ato normativo que julgue inconstitucional, posto que a matéria deveria ser resolvida pela Suprema Corte e relevando que o Presidente tem legitimidade ativa para ingressar com ADI e ADC. Entretanto, prevalece o entendimento que homenageia a supremacia da Constituição e, mesmo diante da possibilidade de ingressar com ADI, pode o Poder Executivo negar eficácia a lei que considere inconstitucional. Colaciona-se a seguir trecho elucidativo da já referida obra de Luis Roberto Barroso:

Todos os Poderes da República interpretam a Constituição e têm o dever de assegurar seu cumprimento. O Judiciário, é certo, detém a primazia da interpretação final, mas não o monopólio da aplicação da Constituição. De fato, o Legislativo, ao pautar sua conduta e ao desempenhar a função legislativa, subordina-se aos mandamentos da Lei Fundamental, até porque a legislação é um instrumento de realização dos fins constitucionais. Da mesma forma, o Executivo submete-se, ao traçar a atuação de seus órgãos, aos mesmos mandamentos e fins. Os órgãos do Poder Executivo, como órgãos destinados a dar aplicação às leis, podem, no entanto, ver-se diante da mesma situação que esteve na origem do surgimento do controle de constitucionalidade: o dilema entre aplicar uma lei que considerem inconstitucional ou deixar de aplicá-la, em reverência à supremacia da Constituição.

...

No Brasil, anteriormente à Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência haviam se consolidado no sentido de ser legítimo o Chefe do Executivo deixar de aplicar uma lei que considerasse inconstitucional

...

Após a Constituição de 1988, esse poder tradicionalmente reconhecido ao Executivo passou a ser questionado, à vista do fato de que a nova Constituição eliminou o monopólio antes exercido pelo Procurador-Geral da República para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, passando a admitir que ela fosse instaurada pelo Presidente da República e pelo Governador do Estado (art. 103, I e V). Assim, como lhes foi facultado obter o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, em via principal e abstrata, já não se deveria admitir que pudessem, de ofício, negar cumprimento à lei, sem antes tomar a iniciativa de contestar sua validade, inclusive postulando a concessão de medida cautelar que suspendesse sua eficácia.

Sem embargo da razoabilidade do argumento adverso, o conhecimento tradicional acerca da possibilidade de o Estado descumprir lei que fundadamente considere inconstitucional não foi superado, como se colhe na jurisprudência e na doutrina que prevaleceram. Costuma-se lembrar, como uma primeira razão, o fato de que o Prefeito não figura no elenco do art. 103, de modo que pelo menos em relação a ele dever-se-ia aplicar o regime anterior, com a consequência curiosa de que, na prática, passaria o Chefe do Executivo municipal a ter, nessa matéria, mais poder que o Presidente e o Governador. **Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por um outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.**

Essa linha de entendimento foi corroborada pela Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, ao acrescentar o § 2º ao art. 102 da Constituição, prevendo que a decisão proferida

na ação declaratória de constitucionalidade é vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário “e ao Poder Executivo”. Ao estabelecer que a declaração de constitucionalidade vincula o Executivo, o dispositivo pressupõe que até que ela ocorra poderia ele considerar a norma inconstitucional. Na mesma trilha, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, prevê que tanto a declaração de inconstitucionalidade como a de constitucionalidade têm efeito vinculante em relação “à Administração Pública federal, estadual e municipal”. Com a nova redação dada ao art. 102, § 2º, pela Emenda Constitucional n. 45/2004, a própria Constituição passou a prever o efeito vinculante em ambos os casos”

27. Cumpre destacar que, antes do advento da Carta de 1988, o STF já tinha se posicionado acerca da matéria em Sessão Plenária na Representação nº 512, do Rio Grande do Norte, Acórdãos de 07 de dezembro de 1962, Relator Ministro Pedro Chaves:

“Entre nós, o órgão controlador é o Poder Judiciário, em cuja cúpula se encontra o Supremo Tribunal Federal. Entretanto, a atividade peculiar do Poder Judiciário não lhe confere a privatividade de zelar pela constitucionalidade, observar a Constituição e as leis e de nelas pautar a sua atuação, pois o dever de acatamento às diretrizes constitucionais é de todos os Poderes do Estado.

O que ocorre é que o Poder Judiciário é atribuída essa atividade peculiar de custódia, que não exclui a dos outros ramos do Poder, mas que a ele só pertence desempenhar em última instância, dizendo a palavra final.

Já deixei assentado como princípio que o dever de zelar pela constitucionalidade das leis é imposto pela Constituição a todos os Poderes e não constitui obrigação exclusiva do Poder Judiciário. Daí decorre, a meu ver, que nenhum dos Poderes se pode impor a obrigação de aplicar leis inconstitucionais, mesmo antes de haver o Senado suspenso sua execução, por força de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Foi o que ocorreu na espécie. O Governador do Estado do Rio Grande do Norte, pelo Decreto nº 3.086, de 06 de fevereiro de 1961, suspendeu a execução das leis publicadas no período de 14 de novembro de 1960, até 31 de janeiro de 1961, atendendo a que, conforme comunicação que lhe fora feita

pelo presidente da Assembléia Legislativa de que a partir de 10 de novembro não mais funcionara o órgão legislativo do Estado, até reunião sob convocação de leis e sim simples suspensão de sua execução, e, como corolário necessário, suspensão dos atos delas decorrentes.

Ora, essa medida decretada pelo Poder Executivo, alertado pelo presidente da Assembléia Legislativa não transpassa seu dever de zelar pela constitucionalidade das leis, nem ofende ao texto do art. 64, da Constituição, pois é simples medida preliminar, que nem subtrai ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade, nem roubou ao Senado Federal a atividade complementar de ordenar a suspensão da executoriedade, em caráter definitivo. Esse direito deve suspender a execução de leis inconstitucionais, para exame; não tem sido desconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como se vê do julgamento do Recurso de Mandado de Segurança nº 5.860, de que foi relator o eminente Sr. Ministro Vilas-Boas, invocando como presidente em memorial”(in, RDA 76/308). (grifos nosso)

28. Em outro precedente, assentou o ilustre Ministro Luiz Galloti em julgamento de mandado de segurança no STF:

“ os Tribunais só opinam sobre inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem que contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Legislativo ou ao Executivo a faculdade de interpretar a Constituição, e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do País ou do Estado o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes”. E conclui que “esses Poderes não são apenas autorizados, mas necessitados e compelidos a julgar por si mesmos da constitucionalidade de seus atos” (MS 7.243).

29. Também antes da vigência da CF de 1988, o Supremo Tribunal Federal na Rep. 980-SP, KJTJ, 96:508, 1981, rel. Min. Moreira Alves:

“Não tenho dúvida em filiar-me à corrente que sustenta que pode o Chefe do Poder Executivo deixar de cumprir - assumindo os

riscos daí decorrentes -lei que se lhe afigure inconstitucional. A opção entre cumprir a Constituição ou desrespeitá-la para dar cumprimento a lei inconstitucional é concedida ao particular para a defesa do seu interesse privado. Não o será ao Chefe de um dos Poderes do estado para a defesa, não do seu interesse particular, mas da supremacia da Constituição que estrutura o próprio Estado? Acolho, pois, a fundamentação - que, em largos traços expus - dos que têm entendimento igual”.

30. Prevalece o entendimento de que apenas ao Chefe do Poder Executivo se admite o direito-dever de descumprir a lei em virtude de sua inconstitucionalidade. Sobre o tema, Ronaldo Polleti¹ assevera:

(...)

Aquele ilustre jurista sustenta o direito-dever de o Executivo negar aplicação a lei que entenda inconstitucional, apesar da presunção da constitucionalidade das leis, pois tal ilação não leva à conclusão necessária de que a lei, sempre, seja conforme à Lei Maior, ou que não possa, no todo ou parte, afrontá-la. A própria Lei Fundamental prevê a hipótese de sua desobediência, intencional ou tencionalmente, tanto é que disciplina a declaração de inconstitucionalidade da lei e a suspensão da sua execução, pelo Senado, daquela que, por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, seja declarada inconstitucional.

Não se nega, diz Miranda Lima, a qualquer particular recusar obediência à lei inconstitucional. Somente dele se exigindo que submeta ao Poder Judiciário a sua rebeldia, sujeitando-se às conseqüências da decisão judicial. Por que não se reconhecer a um dos Poderes constitucionais, precisamente o mais atuante na execução das leis, responsável pela política administrativa e pela condução da política externa, como da financeira, o direito de não aplicar a lei que entende manifestamente inconstitucional?

A Constituição não proíbe o Executivo desse procedimento, sendo desnecessário afirmar-lhe expressamente aquele direito. Na verdade,

1 POLETTI, Ronaldo. Controle da Constitucionalidade das leis. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 139/141.

tal direito-dever deflui do juramento constitucional imposto ao Presidente da República, de manter, defender e cumprir a Constituição da República, observar as suas leis, promover o bem geral do Brasil, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência. O dever de observar as leis vem subordinado ao de guardar e defender a Constituição. Se há tal dever, por implicação lógica reconhece-lhe os meios adequados para o cumprir, pois, segundo a lição clássica de Black, onde a constituição confere um poder ou ordena um dever, ela confere, como corolário, todos os poderes necessários para o exercício daquele poder ou cumprimento de dever ordenado.

O Presidente da República não pode responder fielmente ao juramento constitucional, quando descubra conflito manifesto entre a Constituição e a lei, senão recusando aplicação a esta. Se, ao contrário, respeitar a pretensa lei, estará desacatando a Constituição, uma indisfarçável traição ao que jurou. Esse perjúrio, segundo a própria Lei Fundamental, valer-lhe-á a incursão em crime de responsabilidade.

No entender de Miranda Lima, os que desconhecem ao Executivo o direito-dever de rebeldia em face da lei manifestamente inconstitucional, sobre lhe recusarem a independência ante o Legislativo, do qual o querem inferior, e não igual, não atentam nos absurdos a que poderá levar a tese que advogam. Para eles, vale o argumento do jurista, o Presidente da República deveria cumprir leis que lhe ordenassem expressamente fazer o que a Constituição claramente proíbe, como, por exemplo: recusar fé aos documentos públicos; estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício; lançar imposto sobre bens, rendas e serviços dos Estados e Municípios, fazer guerra de conquista etc. etc. Ou que lhe vedassem fazer o que a Lei Máxima lhe impõe expressamente como dever: cumprir as decisões judiciárias; velar pela segurança do país; respeitar os direitos políticos, individuais e sociais etc. etc.

Quando o Executivo recusa aplicação à lei, que lhe pareça inconstitucional, não está desprezando o Poder Legislativo, mas cumprindo o dever de obedecer à Carta Magna, norma hierarquicamente superior, em face da qual afere da validade e eficácia a de categoria inferior. Quando o Judiciário julga da constitucionalidade das leis, negando-lhes, quando for o caso, a aplicação num caso concreto, não estará, certamente,

manifestando despreço ao Poder Legislativo. Em nenhum dos casos, estar-se-á ferindo ou desconhecendo a autonomia e a especialidade dos outros Poderes. No controle da constitucionalidade das leis, segundo a modelar a lição de Rui, o Poder Judiciário não revoga atos de outro Poder, desconhecendo-os, apenas. Inexiste invasão de competência, porque tanto o Poder Executivo como o Judiciário, ao negar sua aplicação a lei inconstitucional, estarão agindo, no caso, dentro de sua órbita constitucional.

(...)

(Grifo nosso)

30. Isto posto, relevando que cabe ao Poder Executivo zelar pelo cumprimento da Constituição Federal, bem como considerando a doutrina e jurisprudência colacionada, esta Consultoria Jurídica conclui que a Lei nº 5.293/2008 do Estado do Rio de Janeiro, em seu art. 3º, inciso III, alínea “a”, padece de vício de constitucionalidade formal, por determinar nova atribuição institucional ao Ministério das Cidades, qual seja, compor o Conselho Estadual das Cidades.
31. Neste sentido, caso sejam adotadas as razões expostas, recomenda-se que sejam tomadas as providências cabíveis no sentido de negar eficácia e aplicação ao art. 3º, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 5.293/2008 do Estado do Rio de Janeiro.

Brasília, janeiro de 2009.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Assessor Jurídico

De acordo. Remeta-se à Secretaria-Executiva do Conselho das Cidades.

Brasília, janeiro de 2009.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**PARECER JURÍDICO ACERCA DE
CONSULTA FORMULADA PELA
COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS
URBANOS - CBTU - NEPOTISMO -
SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

*Victor Ximenes Nogueira
Advogado da União, Assessor Jurídico*

PARECER CONJUR/MCIDADES/Nº

/2008

PARECER JURÍDICO ACERCA DE CONSULTA FORMULADA PELA COMPANHIA BRASILEIRA DE TRENS URBANOS – CBTU – NEPOTISMO – SÚMULA VINCULANTE Nº 13 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Processo nº 80000.021444/2008-83

Cuida o feito em exame de consulta formulada pela Companhia Brasileira de Trens Urbanos – CBTU, formalizada através da CRT/0221/2008/P, fl. 01, oportunidade em que o Diretor-Presidente indaga se as seguintes situações podem caracterizar nepotismo:

“a) nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, inclusive, de Governadores, de Prefeitos, de Senadores, de Deputados Federal e estadual, de Vereadores e de autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário para o exercício de cargo de confiança na CBTU;

b) manutenção no exercício de cargo de confiança, de empregados do quadro efetivo, cônjuge de Diretor da Empresa, também empregado do quadro efetivo.”

2. É o breve relatório.
3. O presente pronunciamento jurídico encontra amparo no art. 11, da Lei Complementar n.º 73/1993 e tem por fim responder à consulta formulada pela CBTU, à luz da Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual:

SÚMULA VINCULANTE Nº 13

A NOMEAÇÃO DE CÔNJUGE, COMPANHEIRO OU PARENTE EM LINHA RETA, COLATERAL OU POR AFINIDADE, ATÉ O TERCEIRO GRAU, INCLUSIVE, DA AUTORIDADE NOMEANTE OU DE SERVIDOR DA MESMA PESSOA JURÍDICA INVESTIDO EM CARGO DE DIREÇÃO, CHEFIA

OU ASSESSORAMENTO, PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO OU DE CONFIANÇA OU, AINDA, DE FUNÇÃO GRATIFICADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA EM QUALQUER DOS PODERES DA UNIÃO, DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS MUNICÍPIOS, COMPREENDIDO O AJUSTE MEDIANTE DESIGNAÇÕES RECÍPROCAS, VIOLA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

4. A Constituição Federal de 1988, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 45, passou a admitir a edição de enunciados vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, os quais obrigam os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública Direta e Indireta, por outro lado, é estabelecido que para assegurar a autoridade do entendimento sumulado caberá reclamação ao STF para aplicar ou afastar a aplicação do enunciado:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão

judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

5. Pois bem, diante da própria interpretação literal do dispositivo constitucional acima aludido, não restam dúvidas de que as Súmulas vinculantes aplicam-se às entidades que compõe a Administração Pública Indireta, inclusive as sociedades de economia mista, como é o caso da Companhia Brasileira de Trens Urbanos.
6. Desta forma, é indubitável que eventual ato administrativo exarado pela CBTU que venha a contrariar ou aplicar indevidamente súmula vinculante é passível de reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que seja declarada a respectiva nulidade.
7. Daí decorre a relevância da presente consulta, posto que eventual ato que contrarie a Súmula vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal, em tese, é passível de anulação e, por violar princípios de patamar constitucional, pode ser enquadrado com ato de improbidade administrativa, na forma do art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

8. A respeito da primeira indagação proposta na consulta tratada nestes autos, qual seja, se a “nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, inclusive, de Governadores, de Prefeitos, de Senadores, de Deputados Federal e estadual, de Vereadores e de autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário para o exercício de cargo de confiança na CBTU” viola a Súmula vinculante nº 13 do STF, a resposta é afirmativa, desde que configurado o ajuste de designações recíprocas ou já exista parente, cônjuge ou companheiro que ocupe cargo de direção, chefia e assessoramento na mesma pessoa jurídica.
9. De fato, como se lê da redação conferida ao enunciado de jurisprudência acima reproduzido em sua literalidade, constitui violação à Constituição Federal a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, **da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento,** para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, **compreendendo o ajuste mediante designações recíprocas.**
10. Desta forma, é vedado o nepotismo, como também conluios que viabilizem, por exemplo, que a cônjuge de Prefeito seja nomeada para cargo em comissão ou de confiança na CBTU, e, em compensação, a sobrinha do Diretor da CBTU seja nomeada para exercer função gratificada na Prefeitura.
11. O núcleo da súmula impede a nomeação de cônjuges, companheiros ou parentes em cargos de confiança da mesma pessoa jurídica em que já se encontra lotada a autoridade nomeante ou servidor investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, entretanto, sua parte final delimita que

também são vedados expedientes similares ou acordos que viabilizem o denominado “nepotismo cruzado”.

12. Portanto, o “nepotismo cruzado”, caracterizado por conspirações que visem possibilitar a troca de “favores”, também é vedado pela Constituição Federal. De fato, busca-se preservar o princípio da impessoalidade, assegurando que as nomeações para cargos de confiança ou função gratificada não sejam motivadas por atos eivados de desvios de finalidade.
13. Em notícia extraída do sítio do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores, destaca-se que a STF confirmou que a nomeação dá ensejo à posse “no cargo”, e não “do cargo”, demonstrando que um dos maiores desafios será o combate efetivo ao chamado “nepotismo cruzado”:

Quarta-feira, 20 de Agosto de 2008

Ayres Britto e presidente da OAB comentam decisão que proíbe nepotismo

O Supremo Tribunal Federal confirmou que o “nepotismo é incompatível com os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade e da eficiência”. Assim o ministro Carlos Ayres Britto resumiu a decisão da Corte, tomada na tarde desta quarta-feira (20), de declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário.

Em conversa com os jornalistas logo após o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 12), proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Ayres Britto considerou que “uma coisa muito boa aconteceu hoje”, porque no seu entender o colegiado teria concordado com a tese de que o nepotismo é proibido em toda a administração pública brasileira.

A prática do nepotismo – a contratação de parentes para cargos em comissão na administração pública – é proibida pelo artigo 37, V, da Constituição, explicou o ministro. E, de acordo com Ayres Britto, a cabeça deste artigo deixa claro que as disposições listadas no

dispositivo se aplicam a toda a administração pública, “de qualquer dos poderes, de qualquer das pessoas federadas”, frisou o ministro.

Para Ayres Britto, a decisão do Supremo “é a confirmação de que não vale mais confundir tomar posse ‘no cargo’ com tomar posse ‘do cargo’, como se fosse um feudo, uma propriedade privada, um patrimônio particular”.

Decisão histórica

Depois de acompanhar o julgamento da ADC 12 no Plenário do STF, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cezar Britto, também conversou com os jornalistas. Ele rotulou de “histórica” a decisão tomada pelos ministros, lembrando que, apesar da proibição ao nepotismo estar presente na Constituição de 1988, não é fácil mudar a cabeça dos homens públicos. “Levamos vinte anos para regulamentar [o artigo 37, V, da CF]. Espero que agora eles compreendam que o poder público pertence ao público e merece respeito”.

Sobre projetos proibindo a prática do nepotismo que estariam parados no Congresso Nacional, Cezar Britto afirmou esperar que, com a decisão do STF tomada hoje, seja possível convencer a todos de que o patrimônio público merece respeito. **Ao final da conversa com os jornalistas, o presidente da entidade disse que “a OAB, o MP e a magistratura – que se juntaram nessa ação, que compartilharam o mesmo pensamento, têm também um trabalho novo: fazer com que o nepotismo cruzado não seja uma forma de burlar essa decisão”, concluiu.**

14. Extrai-se do Informativo nº 516 do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, que tem por objeto a Resolução nº 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, os Ministros da Corte Maior delimitaram que o nepotismo representa burla a princípios de envergadura constitucional, como a Moralidade, Impessoalidade e Eficiência:

No mérito, entendeu-se que a Resolução 7/2005 está em sintonia com os princípios constantes do art. 37, em especial os da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade, que são

dotados de eficácia imediata, não havendo que se falar em ofensa à liberdade de nomeação e exoneração dos cargos em comissão e funções de confiança, visto que as restrições por ela impostas são as mesmas previstas na CF, as quais, extraídas dos citados princípios, vedam a prática do nepotismo. Afirmou-se, também, não estar a resolução examinada a violar nem o princípio da separação dos Poderes, nem o princípio federativo, porquanto o CNJ não usurpou o campo de atuação do Poder Legislativo, limitando-se a exercer as competências que lhe foram constitucionalmente reservadas. Vencidos, no ponto relativo à interpretação conforme, os Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio, reputá-la desnecessária. ADC 12/DF, rel. Min. Carlos Britto, 20.8.2008. (ADC-12)

15. Em igual sentido, depreende-se de referido Informativo que no julgamento do recurso extraordinário nº 579651, que os Princípios constitucionais prescindem de leis para serem aplicados, pois são regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superior às demais, dotados de eficácia, cuja materialização pode ser postulada pela via judicial:

O Tribunal deu parcial provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que reputara constitucional e legal a nomeação de parentes de vereador e Vice-Prefeito do Município de Água Nova, daquela unidade federativa, para o exercício dos cargos, respectivamente, de Secretário Municipal de Saúde e de motorista. Asseverou-se, inicialmente, que, embora a Resolução 7/2007 do CNJ seja restrita ao âmbito do Judiciário, a vedação do nepotismo se estende aos demais Poderes, pois decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF, tendo aquela norma apenas disciplinado, em maior detalhe, aspectos dessa restrição que são próprios a atuação dos órgãos jurisdicionais. Ressaltou-se que o fato de haver diversos atos normativos no plano federal que vedam o nepotismo não significaria que somente leis em sentido formal ou outros diplomas regulamentares fossem aptos para coibir essa prática, haja vista que os princípios constitucionais, que não configuram meras recomendações de caráter moral ou ético, consubstanciam regras jurídicas de caráter prescritivo, hierarquicamente superiores às demais e positivamente vinculantes, sendo sempre dotados de eficácia, cuja materialização, se necessário, pode ser cobrada por via judicial. Assim, tendo em conta a expressiva densidade axiológica e

a elevada carga normativa que encerram os princípios contidos no caput do art. 37 da CF, concluiu-se que a proibição do nepotismo independe de norma secundária que obste formalmente essa conduta. Ressaltou-se, ademais, que admitir que apenas ao Legislativo ou ao Executivo fosse dado exaurir, mediante ato formal, todo o conteúdo dos princípios constitucionais em questão, implicaria mitigar os efeitos dos postulados da supremacia, unidade e harmonização da Carta Magna, subvertendo-se a hierarquia entre esta e a ordem jurídica em geral. RE 579951/RN, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 20.8.2008. (RE-579951)

16. Neste sentido, a vedação ao nepotismo, incluindo o nepotismo cruzado, segundo o próprio Supremo Tribunal Federal, não decorre da Súmula vinculante nº 13, posto que referido enunciado apenas verbalizou preceito que decorre diretamente da Constituição Federal, da carga axiológica dos postulados da moralidade administrativa, da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.
17. A respeito da segunda consulta, qual seja, sobre a possibilidade de “manutenção no exercício de cargo de confiança, de empregados do quadro efetivo, cônjuge de Diretor da Empresa, também empregado do quadro efetivo”, é de se ponderar que o vínculo prévio do agente público com a Administração não se enquadra como carta de alforria para viabilizar a sua nomeação para cargo de confiança, mesmo que o vínculo seja efetivo.
18. De fato, a redação da Súmula vinculante nº 13 não traça nenhuma distinção, não destacando expressamente a situação hipotética narrada. Ainda mais como no caso relatado em abstrato nos autos, em que pela redação da consulta e pelo emprego da palavra “manutenção”, pode-se depreender que o agente a ser exonerado já se encontrava no cargo antes do ingresso do Diretor da CBTU.
19. No caso tratado, em que supostamente a cônjuge fora nomeada para o cargo em comissão antes do ingresso de seu marido no cargo de Diretor, pode-se, em tese, até afastar eventual empecilho decorrente do Princípio da Eficiência, já que a cônjuge fora nomeada por terceiro, com quem não

guarda laço de parentesco, em virtude de suas qualidades individuais.

20. Entretanto, a situação hipotética narrada continua a representar burla aos preceitos da Impessoalidade, da Moralidade e da Igualdade, o que já é mais do que suficiente para ensejar a exoneração da cônjuge do cargo.
21. Manter cônjuge, companheiro ou parente no cargo em confiança coloca a direção da entidade em família, o que compromete a imparcialidade do controle interno dos atos administrativos. Ademais, a manutenção do cônjuge no cargo cria embaraços relativos à tramitação dos processos e no julgamento de eventuais interposições de recursos administrativos, posto que, consoante art. 18 da Lei nº 9.784/99:

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

22. Por mais que a natureza do cargo exija confiança, e que ordinariamente não há cônjuge que não deposite fidúcia em seu consorte, os preceitos constitucionais que regem o regime jurídico da Administração Pública reprovam que o interesse público seja subordinado a expectativas ou anseios decorrentes de meras ambições ou proveitos de ordem eminentemente particular. Não se questiona a qualidade ou habilidades pessoais do cônjuge, mas sim a sua manutenção no cargo de confiança (cuja autoridade competente para nomeação ou exoneração é seu consorte), em detrimento de outros cidadãos com igual ou mais capacidade. Cumpre

reproduzir interessante trecho do Ministro Ricardo Lewandowski no Recurso Extraordinário (RE) 579951:

“Essa mesma sociedade, com o progressivo amadurecimento da democracia registrado no País, sobretudo nas duas últimas décadas, exige hoje dos administradores públicos uma conduta inequivocamente ilibada e, sabendo-os ímprobos, não mais aceita contemplá-los com qualquer condescendência.

Assim, o argumento, *data venia* falacioso, de que, se a Carta Magna não vedou expressamente a ocupação de cargos em comissão ou de confiança por parentes, essa prática seria lícita, não merece prosperar, pois totalmente apartada do *ethos* que permeia a “Constituição-cidadã” a que se referia o saudoso Ulisses Guimarães.

De repelir-se, também, a artificiosa alegativa constante do acórdão recorrido segundo o qual “*não há nos autos qualquer particularidade que desqualifique os servidores ocupantes dos cargos apontados, ou mesmo referência de que os nomeados não estejam desempenhando suas funções de forma correta e capacitada, o que gera uma presunção de que o princípio da eficiência está sendo respeitado*” (fl. 341).

É que o que está causa em não é o trabalho desempenhado por esses “servidores-parentes”, mesmo porque a obrigação de bem trabalhar constitui dever de todos os ocupantes de cargos públicos, sejam eles concursados ou não. **O que está em debate, com efeito, não é a qualidade do serviço por eles realizado, mas a forma do provimento dos cargos que ocupam, que se deu em detrimento de outros cidadãos igualmente ou mais capacitados para o exercício das mesmas funções, gerando a presunção de dano à sociedade como um todo.**”

23. Não importa se o Diretor da empresa ocupa ou não cargo ou emprego efetivo na entidade, posto que a Súmula vinculante nº 13 veda a nomeação para cargo de confiança ou função gratificada de parente, cônjuge ou companheiro da autoridade competente para a nomeação ou de servidor que ocupe cargo de direção, chefia e assessoramento no âmbito da mesma pessoa jurídica.

24. Na Administração Pública, as aspirações particulares devem ceder espaço para o alcance do bem comum e os atos administrativos devem ser motivados pelo interesse público, não por desideratos eivados por desvios de finalidade. Acerca da matéria, merece transcrição integral notícia editada no sítio do Supremo Tribunal Federal na rede mundial de computadores, oportunidade em que são reproduzidas opiniões de alguns dos ilustres Ministros acerca do tema:

Quarta-feira, 20 de Agosto de 2008

Súmula vinculante sobre nepotismo deve ser editada nesta quinta-feira (21)

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quarta-feira (20) que no início da sessão plenária de amanhã editará uma Súmula Vinculante proibindo o nepotismo nas três esferas do Poder Público. A decisão foi tomada no início da noite, após o tema ter sido discutido durante toda a tarde.

Com a publicação da súmula, será possível contestar no próprio STF, por meio de reclamação, a contratação de parentes para cargos da administração pública direta e indireta no Judiciário, no Executivo e no Legislativo de todos os níveis da federação.

No início da sessão, os ministros declararam, em definitivo, a constitucionalidade da Resolução 7, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veda o nepotismo no Judiciário.

Depois, ao analisar um Recurso Extraordinário (RE 579951) interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Norte contra a contratação de parentes no município de Água Nova, os ministros reafirmaram que a Constituição Federal veda o nepotismo. Ou seja, não é necessária a edição de lei para que a regra seja respeitada por todos os Poderes da União.

Ao julgar o recurso, os ministros disseram que o artigo 37 da Constituição Federal, que determina a observância dos princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência na administração pública, é auto-aplicável.

“Não é necessária lei formal para aplicação do princípio da moralidade”, disse o ministro Menezes Direito. O ministro Ricardo Lewandowski, relator do recurso extraordinário, afirmou que é “falacioso” o argumento de que a Constituição Federal não vedou o nepotismo e que, então, essa prática seria lícita. Segundo ele, esse argumento está “totalmente apartado do ethos que permeia a Constituição cidadã”.

No entanto, os nove ministros que participaram do julgamento fizeram uma diferenciação entre cargos administrativos, criados por lei, e cargos políticos, exercidos por agentes políticos. No primeiro caso, a contratação de parentes é absolutamente vedada. No segundo, ela pode ocorrer, a não ser que fique configurado o nepotismo cruzado.

Ao fazer a ressalva em relação às funções de natureza eminentemente política, o presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, lembrou a parceria entre John F. Kennedy, presidente dos Estados Unidos na década de 60, e seu irmão, conhecido como Bobby Kennedy. “Irmãos podem estabelecer um plano eventual de cooperação, sem que haja qualquer conotação de nepotismo”, exemplificou Mendes.

“Somente os cargos e funções singelamente administrativos são alcançados pelo artigo 37 da Constituição Federal”, disse o ministro Carlos Ayres Britto. Mas ele acentuou que isso não significa que os princípios da moralidade e da impessoalidade não se aplicam aos dirigentes políticos.

Caso concreto

No recurso, o Ministério Público do Rio Grande do Norte contestava a contratação de Elias Raimundo de Souza, parente do vereador Antonio Raimundo de Souza, de Água Nova, para o cargo de secretário de Saúde do município. Também queria que fosse anulada a contratação de Francisco Souza do Nascimento, irmão do vice-prefeito do município, Antonio Sezanildo do Nascimento, como motorista da prefeitura.

Na decisão tomada no recurso, que vale somente para o caso concreto discutido no processo, os ministros determinaram que a contratação de um irmão de vice-prefeito como motorista da prefeitura configura

nepotismo e fere a Constituição. Com isso, a Prefeitura de Água Nova fica obrigada a demitir o motorista.

Já a contratação do parente do vereador para o cargo de secretário municipal foi mantida, já que é um posto político, e o secretário é um agente político. A mesma interpretação se estende, portanto, para ministros de Estado e secretários estaduais e do Distrito Federal.

A decisão nesse recurso soma-se a outras tomadas pelo STF, como a ação sobre a resolução do CNJ, que embasarão a Súmula Vinculante que a Corte deverá editar amanhã.

25. Esclareça-se, pois, que a partir do *leading case* tratado pelo STF, a vedação ao nepotismo não alcança os agentes políticos, mas apenas “os cargos e funções singelamente administrativos”. Nesta ordem de idéias cada caso concreto deve ser avaliado com cautela, devendo ser investigado se há “nepotismo cruzado” e se a natureza do cargo é eminentemente política, hipótese em que não há vedação, consoante entenderam os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal.
26. Para ilustrar a matéria, transcreve-se a lição de José dos Santos Carvalho Filho acerca do conceito de agentes políticos, extraída da obra Manual de Direito Administrativo, 17^a Edição, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, p. 512 :

Agentes políticos são aqueles aos quais incumbe a execução das diretrizes traçadas pelo Poder Público. São estes agentes que desenham os destinos fundamentais do Estado e que criam as estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes para que o Estado atinja os seus fins.¹

Caracterizam-se por terem funções de direção e orientação estabelecidas na Constituição e por ser normalmente transitório o exercício de tais funções. Como regra, sua investidura se dá através de eleição, que lhes confere o direito a um mandato, e os mandatos eletivos caracterizam-se pela transitoriedade do exercício das funções, como deflui dos postulados básicos das teorias democrática e republicana. Por outro lado, não se sujeitam às regras comuns aplicáveis aos servidores públicos em geral; a eles são aplicáveis normalmente as regras constantes da Constituição, sobretudo as que dizem respeito às prerrogativas e à responsabilidade política. São eles os Chefes do Executivo (Presidente, Governadores e Prefeitos), seus auxiliares (Ministros e Secretários Estaduais e Municipais) e os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Deputados Estaduais e Vereadores).

Alguns autores dão sentido mais amplo a essa categoria, incluindo Magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas.² Com a devida vênia a tais estudiosos, parece-nos que o que caracteriza o agente político não é o só fato de serem mencionados na Constituição, mas sim o de exercerem *efetivamente* (e não *eventualmente*) função política, de governo e administração, de comando e, sobretudo, de fixação das estratégias de ação, ou seja, aos agentes políticos é que cabe realmente traçar os destinos do país.

Ninguém discute a importância do papel que tais agentes desempenham no cenário nacional, mas, ao contrário do que ocorre com os legítimos agentes políticos, cuja função é transitória e política, sua vinculação ao Estado tem caráter profissional e de permanência e os cargos que ocupam não resultam de processo eletivo, e sim, como regra, de nomeação decorrente de aprovação em concurso público.³ Não interferem diretamente nos objetivos políticos, como o fazem os verdadeiros agentes políticos. Assim, sua fisionomia jurídica se distancia bastante da que caracteriza estes últimos. Não se nos afigura adequada, com efeito, sua inclusão como agentes políticos do Estado. Mais apropriado é inseri-los como servidores especiais dentro da categoria genérica de servidores públicos, como veremos adiante.⁴

1. São de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO as palavras: "*incumbe-lhes propor, estabelecer ou decidir as diretrizes políticas dos entes públicos, enfim, focalizar os princípios diretores e coordenadores da sua atividade*" ("Princípios Gerais de Direito Administrativo", vol. II, p. 287).

2. HELY LOPES MEIRELLES, *ob. cit.*, p. 74.

3. Com o mesmo entendimento, MARIA SYLVIA DI PIETRO (*ob. cit.*, p. 305). CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO também não os inclui entre os agentes políticos, a quem caracteriza como *formadores de vontade superior do Estado* (*ob. cit.*, p. 123).

4. O art. 39, XI, da CF, com a redação dada pela EC 19/98, insinua que os membros do Judiciário e do Ministério Público se incluem entre os agentes políticos. Todavia, o agrupamento de agentes públicos no dispositivo tem apenas *fins remuneratórias* , não desfigurando o que dissemos, visto que levamos em conta aspecto bem diverso, qual seja, *o da natureza do vínculo jurídico que liga o agente ao Poder Público*.

27. Isto posto, considerando as razões de fato e de direito expostas, conclui-se que a nomeação de cônjuge, companheiro, parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, inclusive, de Governadores, de Prefeitos, de Senadores, de Deputados Federal e estadual, de Vereadores e de autoridades dos Poderes Executivo e Judiciário para o exercício de cargo de confiança na CBTU viola a Constituição Federal, desde que existentes ajustes de designações recíprocas ou já haja parente, cônjuge ou companheiro que ocupe cargo de direção, chefia e assessoramento na entidade; e que a manutenção no exercício de cargo de confiança, de empregada do quadro efetivo, cônjuge de Diretor da Empresa, também empregado do quadro efetivo não encontra espeque no texto constitucional.

É o parecer.

Brasília, setembro de 2008.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

Assessor Jurídico

De acordo. Expeça-se ofício ao órgão consulente, remetendo cópia deste parecer jurídico.

Brasília, setembro de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

**PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO ACERCA
DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO
PROTOCOLADO PELA SERVIDORA,
MATRÍCULA, NO SENTIDO DE QUE
SEJA EFETUADO O PAGAMENTO DA
REMUNERAÇÃO REFERENTE AO EFETIVO
EXERCÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DO CARGO DE
COORDENADORA DE BENEFÍCIOS - COBEN**

Victor Ximenes Nogueira, Advogado da União, Assessor Jurídico

PARECER CONJUR/MINISTÉRIO DAS CIDADES nº
/2008

PARECER JURÍDICO CONCLUSIVO ACERCA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PROTOCOLADO PELA SERVIDORA , MATRÍCULA , NO SENTIDO DE QUE SEJA EFETUO O PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO REFERENTE AO EFETIVO EXERCÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DO CARGO DE COORDENADORA DE BENEFÍCIOS - COBEN, POR MOTIVO DE FÉRIAS DA TITULAR DO CARGO, NO PERÍODO DE 2 A 31 DE JANEIRO DE 2008.

Processo nº 80000.002703/2008-77

Versa o presente pronunciamento jurídico acerca do exame quanto à legalidade do deferimento da súplica da servidora , matrícula n.º , a qual ingressou com requerimento administrativo pugnando pelo pagamento da remuneração referente ao período em que efetivamente substituiu a titular do cargo de Coordenadora de Benefícios – COBEN, no período de 2 a 31 de janeiro no corrente ano.

2. O feito fora inaugurado pelo Memorando n.º 001497 da Coordenação-Geral de Recursos Humanos, oportunidade em que solicita a autuação do requerimento administrativo referido, fl. 01.
3. O requerimento aludido encontra-se acostado nas fls. 02/03 destes autos, ocasião em que é consignado pela servidora que a morosidade da tramitação da portaria que a designou como substituta nos casos de afastamentos ou impedimentos legais e regulamentares da titular do cargo de Coordenadora de Benefícios não pode ser considerado óbice para usufruir a remuneração referente ao período em que efetivamente exerceu a substituição.
4. Como se extrai dos documentos acostados nas fls. 04/06, o Memorando 020218, que indica a servidora suplicante como substituta do cargo de Coordenador, código DAS 101.3, é datado de 17 de dezembro de 2007, entretanto, a publicação

da portaria que efetivamente a designou para o exercício de tal atribuição apenas se deu em 21 de janeiro de 2008.

5. Pelo extrato de fl. 07, observa-se que a servidora, titular do cargo de Coordenadora de Benefícios, esteve de férias no período de 2 a 30 de janeiro.
6. A Coordenação-Geral de Recursos Humanos já se manifestou formalmente nos autos pela Nota Técnica n.º 30, fls. 10/11, concluindo que **“A publicação dos atos administrativos é pressuposto essencial para o início da produção dos efeitos jurídicos. A própria lei prevê a publicidade como premissa fundamental para que haja a produção dos efeitos, apenas dessa maneira o ato se torna executável. Assim sendo, primando pelo princípio da publicidade dos atos administrativos, esta Coordenação Geral entende que a servidora tem direito a perceber a substituição a contar da data de publicação do ato de designação, de 21/01/08 a 31/01/08, e não no período requerido, qual seja, 02/01/08 a 31/01/08”**, após o que encaminha o feito para que esta Consultoria Jurídica fixe a interpretação a ser conferida à matéria.
7. É o relatório
8. De logo, deve ser consignado que o presente pronunciamento jurídico encontra amparo no art. 11 da Lei Complementar n.º 73/1993, restringindo-se ao exame da legalidade, não sendo relevadas questões de ordem técnica e ou financeira por serem inerentes à análise de mérito administrativo.
9. Os Princípios são os núcleos do ordenamento jurídico, no sentido de que a partir de seu conteúdo são elaboradas as normas jurídicas. Analogicamente, os princípios são o alicerce que dá sustento ao edifício da ordem jurídica, sendo as vigas de onde decorrem o sistema, de modo que as normas que os contrariarem estão condenadas a declaração de inconstitucionalidade por afrontarem sua própria gênese, assim como um prédio construído em desconformidade com sua fundação está condenado à demolição.

10. Não por outra razão, o ilustre doutrinador Celso Antônio Bandeira de Melo consignou em sua obra “Curso de Direito Administrativo”, Editora Malheiros, 17ª Edição, p. 842, que afrontar um princípio é mais suscetível de consequências nefastas do que não observar uma norma jurídica:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.”

11. No âmbito do Direito Administrativo, ramo classicamente enquadrado como integrante do Direito Público, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, delimita os princípios que regem a Administração Pública, sem prejuízo de outros decorrentes do espírito do sistema: Legalidade, Moralidade, Impessoalidade, Publicidade e Eficiência. Em complemento, a Lei n.º 9.784/99, que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, assim determina:

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

12. Ressalte-se que não há princípios absolutos, nem tampouco antinomia entre estes, sendo certo que eventual contradição entre referidos preceitos basilares deverá ser resolvida pela aplicação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, posto que um princípio não revoga o outro, mas em situações de aparente conflito, um prevalecerá em face dos demais, sem revogá-los, a fim de que seja fortalecido o valor ou bem jurídico de maior relevância.

13. Pois bem, um dos principais vetores que deve nortear a atuação do hermenêuta é o art. 1º da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que o Poder Constituinte Originário estabeleceu os fundamentos da República Federativa do Brasil, merecendo destaque para o caso concreto aquele disposto no inciso IV, o qual exalta os valores sociais do trabalho:

Art. 1º **A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:**

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

14. Como corolário de tal fundamento constitucional, podemos citar um dos Princípios que regem o Direito do Trabalho, qual seja, o Princípio da Primazia da Realidade, determinado que a realidade dos fatos deve prevalecer sobre os documentos ou as meras formalidades. Nesta senda, deve ser consignado que o Superior Tribunal de Justiça já consignou entendimento no sentido de que o princípio referido também se aplica na relação entre servidores e a Administração Pública:

SERVIDOR PÚBLICO CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO AO LEVANTAMENTO DOS SALDOS DO FGTS. INEXISTÊNCIA.

1. A declaração de nulidade de contrato de trabalho, por inobservância do art. 37, II, da CF/88 (ausência de concurso público), gera efeitos ex nunc, resultando para o empregado o direito ao recebimento dos salários e dos valores existentes nas contas vinculadas ao FGTS em seu nome.

2. O empregado não concorre diretamente para a prática de ato ilícito cometido pelo empregador, quando o contrata sem concurso público, afrontando o art. 37, II, da CF.

3. Aplicação do princípio da boa-fé e da primazia da realidade.

4. Precedente: Resp. 284.250/GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros.

5. Recurso improvido.

(REsp 326.676/GO, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.12.2001, DJ 04.03.2002 p. 196)

15. No caso concreto, verificamos que há uma aparente antinomia entre os Princípios da Publicidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal, e o Princípio da Primazia da Realidade, núcleo basilar que rege as relações laborais, sejam contratuais ou estatutárias.

16. Nesta senda, partindo do pressuposto já estabelecido no sentido de que não há antinomias entre os princípios, mas apenas aparentes incompatibilidades que devem ser colmatadas pela aplicação dos preceitos da razoabilidade, tudo com o vis de fazer prevalecer os valores ou bem jurídicos considerados mais relevantes pelo ordenamento jurídico, entendemos que ao caso se aplica o disposto no art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, devendo preponderar o Princípio da Primazia da Realidade em face do Princípio da Publicidade pelo fato de que aquele postulado melhor resguarda os valores sociais do trabalho e a moralidade administrativa, os quais constituem fundamento da República Federativa do Brasil e Princípio da Administração Pública, respectivamente.

17. Deve ser relevado que a morosidade nos trâmites burocráticos necessários para a publicação da portaria de fls. 06 jamais poderá servir de argumento para impedir o deferimento da súplica da autora, posto que ninguém, inclusive a Administração Pública, pode beneficiar-se de sua própria torpeza, quanto mais quando se verifica que o Memorando 020218, que indicou a suplicante para substituir a titular do cargo de Coordenadora de benefícios, fl. 04, é anterior ao início do efetivo exercício das respectivas atribuições pela requerente.
18. Ademais, eventual entendimento em sentido contrário, além de desprestigiar os fundamentos inerentes aos valores sociais do trabalho, representaria afronta ao princípio que veda o enriquecimento ilícito e sem causa, nos termos de recente precedente do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, mesmo se caracterizada a má-fé e a investidura ilegal no cargo público, deve o então servidor perceber a remuneração referente ao período em que efetivamente exerceu as respectivas atribuições:

“A má-fé do candidato à vaga de juiz classista resta configurada quando viola preceito constante dos atos constitutivos do sindicato e declara falsamente, em nome da entidade sindical, o cumprimento de todas as disposições legais e estatutárias para a formação de lista enviada ao Tribunal Regional do Trabalho - TRT. O trabalho consubstancia valor social constitucionalmente protegido [art. 1º, IV e 170, da CB/88], que sobreleva o direito do recorrente a perceber remuneração pelos serviços prestados até o seu afastamento liminar. Entendimento contrário implica sufragar o enriquecimento ilícito da Administração.” (RMS 25.104, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 21-2-06, *DJ* de 31-3-06)

19. Acerca da matéria, também deve ser relevado o disposto no art. 38 da Lei n.º 8.112/1990, notadamente seu § 2º:

Art. 38. Os servidores investidos em cargo ou função de direção ou chefia e os ocupantes de cargo de Natureza Especial terão substitutos indicados no regimento interno ou, no caso de omissão, previamente designados pelo dirigente máximo do órgão ou entidade. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 1o O substituto assumirá automática e cumulativamente, sem prejuízo do cargo que ocupa, o exercício do cargo ou função de direção ou chefia e os de Natureza Especial, nos afastamentos, impedimentos legais ou regulamentares do titular e na vacância do cargo, hipóteses em que deverá optar pela remuneração de um deles durante o respectivo período. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

§ 2o O substituto fará jus à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos dos afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

20. Referido dispositivo legal, originariamente, previa que o servidor público designado para substituir o titular deveria perceber a remuneração do cargo desde o início do exercício, nos seguintes termos: “§ 2º O substituto fará jus à gratificação pelo exercício da função de direção ou chefia, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, observando-se quanto aos cargos em comissão o disposto no § 5º do art. 62”.
21. Entretanto referido parágrafo fora alterado por sucessivas Medidas Provisórias, que culminaram com a aprovação da Lei n. 9.257/1997, determinado que apenas após o trigésimo dia de exercício da substituição é que o servidor perceberá a remuneração referente ao cargo. Tal dispositivo fora apreciado por inúmeros julgados do Superior Tribunal de Justiça, o qual, seguindo a trilha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o considerou constitucional:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. AFASTAMENTO. SUBSTITUIÇÃO. PAGAMENTO AO SUBSTITUÍDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.522/97 E LEI Nº 9.527/97. INCIDÊNCIA.

1 - Nos termos do entendimento sufragado pelo STF, no caso de sucessivas reedições de Medida Provisória, sem solução de continuidade, a sua eficácia resta incólume, com força de lei.

2 - Sendo assim, no concernente à substituição, prevista no art. 38, §2º, da Lei nº 8.112/90, prevalece a alteração engendrada pela MP nº 1.522/97, consolidada, mais tarde, na Lei nº 9.527/97, **no sentido de que o substituto somente terá direito “à retribuição pelo exercício do cargo ou função de direção ou chefia ou de cargo de Natureza Especial, nos casos de afastamentos ou impedimentos legais do titular, superiores a trinta dias consecutivos, paga na proporção dos dias de efetiva substituição, que excederem o referido período”, condição temporal, aliás, não ocorrente in casu.**

3 - Recurso improvido.

(RMS 11.343/DF, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 12.11.2002, DJ 02.12.2002 p. 369)

ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO DO ART. 38 DA LEI 8.112/90. MP 1.522/96, REEDITADA ATÉ A MP 1.595/97, CONVERTIDA ESTA NA LEI 9.527/97. EFICÁCIA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NA LEI 9.527/97 DESDE DA PRIMEIRA MP. PRECEDENTES DO STF.

1. Com a edição da MP 1.522/96, passaram os servidores públicos federais a terem direito à gratificação de substituição a contar do trigésimo dia da substituição do titular, e não mais a contar do primeiro dia, conforme era a redação original da Lei 8.112/90.

2. A jurisprudência do STF admite a reedição de Medida Provisória não votada pelo Congresso Nacional, com preservação de eficácia do provimento com força de lei, sem solução de continuidade, até que eventualmente se consume, sem reedição, o seu prazo de validade, ou seja ele rejeitado.

3. Recurso Especial provido.

(REsp 255.890/RN, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 03.10.2000, DJ 06.11.2000 p. 219)

22. No caso concreto, apesar da Portaria de designação ter sido publicada apenas em 21 de janeiro de 2008, fl. 06, observamos

que a substituição efetivamente se deu entre os dias 02 a 31 de referido mês, portanto por período inferior aos trinta dias previstos em lei.

23. Assim, como a servidora suplicante não exerceu as atribuições do cargo por mais de trinta dias, poderá livremente escolher entre sua remuneração ou àquela referente cargo de Coordenadora de Benefícios, código 101.3, a que lhe for mais conveniente.

24. O entendimento ora advogado, no sentido de caber ao servidor a opção pela remuneração que lhe aprouver, além de consagrar os valores sociais do trabalho, o princípio da primazia da realidade, bem como a vedação ao enriquecimento ilícito e sem causa, encontra amparo no Ofício-Circular n.º 01/SRH/MP em anexo, de 28 de janeiro de 2005, portanto, posterior à vigência da Lei n.º 9.257/97, encaminhado pelo Ministério do Planejamento, segundo o qual, literalmente:

“2. O servidor no exercício da substituição acumula as atribuições do cargo que ocupa com as do cargo para o qual foi designado nos primeiros 30 dias ou período inferior, fazendo jus à opção pela remuneração de um ou de outro cargo desde o primeiro dia de efetiva substituição. Transcorridos os primeiros 30 dias, o substituto deixa de acumular as funções, passando a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído percebendo a remuneração correspondente.

3. Significa dizer que nos primeiros 30 dias de substituição, haverá acumulação de funções (cargo exercido pelo substituto com as do cargo do substituído), com direito a retribuição a partir do primeiro dia de substituição, devendo, nos termos do § 1º do art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990, optar pela remuneração que lhe for mais vantajosa.

4. Consoante § 2º do art. 38 da Lei nº 8.112, de 1990, transcorrido o prazo de 30 dias de substituição, o substituto deixa de acumular as funções e passa a exercer somente as atribuições inerentes às do cargo substituído, percebendo a retribuição correspondente.”

25. Isto posto, considerando as razões de fato e de direito expostas e os precedentes jurisprudenciais colacionados, entendemos

que deve ser assegurado a servidora a opção pela remuneração de um dos cargos, a seu critério, durante todo o período em que efetivamente exerceu as atribuições de Coordenadora de Benefícios, compreendendo, inclusive, o lapso temporal anterior à publicação da portaria de fl. 06, tudo considerando que deve prevalecer o Princípio da Primazia da Realidade em face do Princípio da Publicidade, com esteio nos valores sociais do trabalho, elevados a categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, considerando, ainda, a vedação ao enriquecimento ilícito e sem causa, bem como o disposto no art. 38 da Lei 8.112/90, o Ofício-Circular n.º 01/2005 da Secretaria de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

É o parecer.

Brasília, março de 2008.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA

Advogado da União

De acordo.

De acordo. Remeta-se à CGRH.

Brasília, março de 2008.

CLEUCIO SANTOS NUNES

Consultor Jurídico

CURIOSIDADES JURÍDICAS:
ESTA É UMA HISTÓRIA REAL QUE
GANHOU O PRIMEIRO LUGAR NO
CRIMINAL LAWYERS AWARD

Um advogado de Charlotte, NC, comprou uma caixa de charutos muito raros e muito caros. Tão raros e caros que os colocou no seguro contra fogo entre outras coisas.

Depois de um mês, tendo fumado todos eles e ainda sem ter terminado de pagar o seguro, o advogado entrou com um registro de sinistro contra a companhia de seguros.

Nesse registro, o advogado alegou que os charutos “havia sido perdidos em uma série de pequenos incêndios”.

A companhia de seguros recusou-se a pagar, citando o motivo óbvio: que o homem havia consumido seus charutos da maneira usual.

O advogado processou a companhia... E GANHOU. Ao proferir a sentença, o juiz concordou com a companhia de seguros que a ação era frívola. Apesar disso, o juiz alegou que o advogado “tinha posse de uma apólice da companhia na qual ela garantia que os charutos eram seguráveis e, também, que eles estavam segurados contra o fogo, sem definir o que seria fogo aceitável ou inaceitável” e que, portanto, ela estava obrigada a pagar o seguro.

Em vez de entrar no longo e custoso processo de apelação, a companhia aceitou a sentença e pagou U\$15 mil dólares ao advogado, pela perda dos charutos raros nos incêndios.

AGORA A MELHOR PARTE :

Depois que o advogado embolsou o cheque, a companhia de seguros o denunciou e fez com que ele fosse preso, por 24 incêndios criminosos!!!

Usando seu próprio registro de sinistro e seu testemunho do caso anterior contra ele, o advogado foi condenado por incendiar intencionalmente propriedade segurada e foi sentenciado a 24 meses de prisão, além de uma multa de US\$ 24.000.

Moral da história:

Do outro lado também tinha um advogado. Melhor e bem mais esperto!!