

Revista do TCE

Ano III • Número 4 • Julho 2005



HASSIS/63

de Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

de Santa Catarina

Revista do TCE

RTCE, Florianópolis, n.4, julho de 2005

ISSN 1678-426X

Número Especial

As palestras proferidas no *Fórum de Controle Externo da Administração Pública* ocorrido em Florianópolis, nos dias 22 e 23 de abril de 2004, estão publicadas neste número especial da Revista do TCE de Santa Catarina.

O Fórum foi uma parceria do TCE catarinense com a Universidade do Vale do Itajaí (Univali).

de Santa Catarina

Tribunal de Contas de Santa Catarina
Assessoria de Comunicação Social — Acom

Revista do TCE de Santa Catarina
Expediente

Coordenação e Projeto Editorial

Aline Bertoli Amin (Reg. SC-01032 JP)

Edição e Revisão

Valdelei Rouver (ACOM – TCE/SC)

Foto de Capa

Tempo Editorial

Texto de Capa

Isabela Ribas César Portella (ACOM – TCE/SC)

Referências Bibliográficas

Valéria Gouvêa Ghanem (ICON – TCE/SC)

Colaboração

Joseane Aparecida Corrêa (GAC – TCE/SC)

Projeto Gráfico, Capa e Editoração

Fábio F. Nunes

Impressão

Floriprint

Tiragem

2.000 exemplares (julho/2005)

Distribuição Gratuita

Os autores dos artigos são responsáveis pelos conceitos e opiniões emitidos.

R454 Revista do TCE de Santa Catarina / Tribunal de Contas de Santa Catarina. — ano 3, n.4 (2005)
— — Florianópolis : Tribunal de Contas de Santa Catarina, 2005.
p. 192

ISSN 1678-426X

Semestral

2- Periódico. I- Título

CDU: 350 (816.4)

Tribunal de Contas de Santa Catarina

Assessoria de Comunicação Social
Rua Bulcão Vianna,90
88020-160 — Florianópolis — SC
Fone/fax: (48) 221-3602
E-mail: acom@tce.sc.gov.br

Editorial

Fiel ao seu compromisso de ser uma fonte de informações e de troca de experiências sobre questões relacionadas ao controle externo e à administração pública, esta edição especial da *Revista do TCE de Santa Catarina* abre espaço para a publicação dos conteúdos das palestras proferidas durante o “Fórum de Controle Externo da Administração Pública”, realizado nos dias 22 e 23 de abril de 2004, na sede do TCE catarinense. Fruto de parceria do Tribunal de Contas do Estado e da Universidade do Vale do Itajaí (Univali) – Campus São José, o evento foi organizado pelo Instituto de Contas do TCE e pelo Curso de Direito da Univali.

A iniciativa contribuiu para dar maior transparência às atividades de controle externo realizadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina e promoveu o intercâmbio de conhecimentos entre órgãos públicos e instituições de ensino superior do Estado, em especial com os acadêmicos.

Além dos servidores do TCE que atuaram como palestrantes e debatedores, o Fórum contou com a participação de representantes de universidades do Estado, do Ministério Público Estadual, da Procuradoria do Estado, da Administração Direta Estadual e do Tribunal de Contas da União.

Os princípios constitucionais relacionados ao controle externo, as inovações na área de auditoria, em especial na avaliação de desempenho e de gestão dos programas governamentais, a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal, o papel da Lei de Improbidade Administrativa como fator de aproximação entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas, as repercussões da Emenda Constitucional nº 41/03 sobre a situação dos servidores ativos e inativos e o devido processo legal na apuração da responsabilidade por dano ao Erário no procedimento de tomada de contas especial, foram os principais temas do “Fórum de Controle Externo da Administração Pública”.

Mais de 260 pessoas, entre acadêmicos, professores e coordenadores de universidades privadas e públicas (Univali – São José, Biguaçu, Tijucas, Balneário Camboriú e Itajaí –, Unisul, Cesusc, Faculdades Energia, Udesc/Esag e da UFSC), servidores públicos, advogados e consultores acompanharam as palestras e participaram dos debates nos dois dias do evento.

Como registramos no primeiro número da *Revista do TCE de Santa Catarina*, a proposta é oferecer informação útil ao leitor. Acreditamos que atingimos a meta em mais uma edição, no entanto temos consciência que a última palavra é sua. Boa leitura.

O Controle Externo e os Princípios Constitucionais

Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais: metodologia na decisão de casos concretos 7

Considerações acerca da reforma do Estado nos anos 90 e do modelo gerencial de administração pública 23

Auditoria de gestão: a experiência do Tribunal de Contas de Santa Catarina 37

Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

HASSIS/63

Revista do TCE



Tomada de Contas Especial • Reforma da P

Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais: metodologia na decisão de casos concretos

Gustavo Fontana Pedrollo*

Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o processo de ressurgimento do Direito Público brasileiro como um todo, são cada vez mais freqüentes, no Poder Judiciário brasileiro, as decisões fundamentadas diretamente em princípios constitucionais. Da mesma forma, as cortes de contas não se furtam a buscar nos princípios constitucionais a *ratio decidendi* nas matérias de sua competência. Muito tem sido escrito, outrossim, acerca da aplicabilidade das normas da Constituição nas mais diferentes searas do Direito.

Assaz comum, todavia, que não haja clareza, no corpo de tais decisões, ou mesmo na doutrina, quanto ao papel desempenhado pelos princípios constitucionais, ou com relação a sua definição.

A análise do tema é tanto mais importante no que tange ao Direito Administrativo, em especial se considerarmos que o artigo 37 da Constituição Federal trouxe expressos os princípios constitucionais relativos à Administração Pública – sem excluir a existência de outros nos demais artigos da Carta.

Pretende-se, com este artigo, trabalhar com uma definição capaz de distinguir os princípios das regras constitucionais, entendidos, ambos, como normas jurídicas. Inevitavelmente, como se verá, tal distinção leva a uma reflexão quanto à metodologia da decisão administrativa ou judicial, reflexão esta aqui não esgotada em face da própria exigüidade de espaço, mas que serve como base para futuras pesquisas. Assim, não serão objeto de análise detalhada princípios orientadores das decisões judiciais, tais como o princípio (ou regra, ou standard) da proporcionalidade, ou o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Após alguns conceitos preliminares, debruça-se sobre a distinção já citada (regras e princípios), para, então, demonstrar a relação desta com a necessidade de uma nova metodologia de decisão de casos concretos no âmbito do Direito Administrativo, a partir de um exemplo prático.

Questões terminológicas preliminares

Por controle externo entende-se aquele exercido, com relação aos atos da Administração Pública, por órgãos a ela alheios, seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário. A definição abarca, pois, a atividade exercida pelos tribunais de contas – municipais, estaduais ou da União.

A atividade de controle, consistente em verificar a adequação dos atos da Administração Pública ao Direito (em sentido amplo), é inequivocamente uma função com caráter *materialmente jurisdicional*. Visa, em última análise, à realização da norma jurídica, sua observância, sua realização no mundo dos fatos. Assim, o controle externo da Administração Pública, exercido pelas cortes de contas, pelo Legislativo, ou pelo Judiciário, terá, sempre, um caráter de instrumento para garantia da norma jurídica, afirmando Oliveira que “a jurisdição não tem por fim imediato tutelar o direito subjetivo, mas sim garantir a prevalência da ordem jurídica, quando incerta ou violada”¹.

Embora, portanto, do ponto de vista formal, não se possa afirmar que a atividade dos tribunais de contas seja jurisdicional, é inegável que, materialmente, não se pode diferenciar uma decisão do Tribunal de Contas, com relação à legalidade de um contrato administrativo ou de um processo de licitação, por exemplo, de uma sentença exarada por um juiz ou tribunal acerca do mesmo ato ou processo administrativo.

Assim, ao realizarem atividades de controle, os tribunais de contas e o Poder Legislativo exercem uma atividade em tudo semelhante à do Poder Judiciário. A diferença se dá apenas do ponto de vista formal, visto que o Judiciário precisa ser acionado, para exercer tal controle, e suas decisões produzem coisa julgada.

O raciocínio, o método de decisão, a atividade em si mesma, de verificar a adequação dos atos ao disposto no ordenamento jurídico, é, em tese, igual, seja exercida pelo Tribunal de Contas ou pelo Judiciário. Por raciocínio jurídico entende-se o processo de justificação de uma decisão jurídica, de um juízo concreto de dever ser, a partir de um sistema jurídico dado, do qual é exemplo a motivação de uma sentença, ou de uma decisão do Tribunal de Contas.

É elucidativa, em relação a tais atos de julgamento e sua fundamentação, a diferença entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação de uma teoria científica. Por um lado, temos a atividade consistente em descobrir e enunciar uma teoria, o procedimento mediante o qual alguém estabelece uma determinada premissa ou conclusão – o seu contexto de descobrimento, em boa parte insuscetível de análise lógica ou objetiva. Tal descoberta pode, inclusive, ser fruto de intuição ou sonho, pouco importa. Por outro lado, temos o procedimento consistente em justificar ou validar uma teoria,

¹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. *Direito Administrativo: origens, perspectivas e outros temas*. Curitiba: Juruá, 2003, p.121. Mesmo com relação ao controle interno, afirma o autor que “o referido controle de legalidade exercido pelos próprios agentes da Administração Pública ativa somente caracteriza o exercício de uma atividade jurisdicional sob o aspecto material e não formal” (ob. cit., p. 137)

tarêfa essa regida pelos métodos científicos dominantes. Na maior ou menor coerência de tal justificativa radica, via de regra, a aceitação de um enunciado científico.

No caso da decisão jurídica, afirmar que um juiz tomou uma decisão baseado em suas crenças religiosas ou políticas, é enunciar sua razão explicativa (eis o seu contexto de descobrimento); afirmar que tal decisão baseia-se no art. 5º, inciso XV da Constituição é enunciar sua razão justificativa (contexto de justificação). A análise da razão explicativa da decisão localiza-se sobretudo no âmbito das ciências sociais como a sociologia ou a psicologia

jurídica, e obviamente não está destituída de importância. Já a análise das razões que justificam a decisão, e das razões que devem justificar uma decisão, encontram-se no âmbito da dogmática jurídica, em especial na análise do método da ciência do direito, enquanto reflexão acerca da metodologia da decisão diante do caso concreto².

Assim, a reflexão que se segue, acerca de tal método, em especial com relação à distinção entre princípios e regras, aplica-se, igualmente, às cortes de contas, e nesse sentido, possui destacada importância para a disciplina do Direito Administrativo.

A distinção entre princípios e regras

A reflexão acerca dos princípios e sua relação com o ordenamento jurídico positivo é recorrente na ciência do Direito, remontando de início à idéia de princípios gerais e imutáveis de justiça do jusracionalismo. A expressão *princípios gerais de Direito*, presente em boa parte das legislações dos direitos de inspiração romano-germânica como fonte “secundária” do Direito, não raro era interpretada como uma referência ao Direito Natural. Porém, rechaçada pelo positivismo a idéia de princípios atemporais de justiça, externos ao sistema jurídico positivo, questiona-se então quais sejam os “princípios gerais de direito”

presentes e extraídos do próprio direito positivo, e qual sua diferença essencial com outros tipos de normas (mormente entre princípios e regras), se é que essa diferença existe.

Inúmeros são os critérios utilizados para a tentativa de delimitação do conceito de princípios jurídicos, cabendo mencionar: a) o grau de abstração, bastante mais elevado nos princípios; b) o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto (os princípios são mais vagos, precisam de mediação concretizadora do intérprete, e as regras têm aplicação imediata); c) o caráter de fundamentalidade, em relação ao sistema de

² Conforme ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorias de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 22 e ss. No mesmo sentido, Karl Engisch quando afirma que é preciso separar “o problema psicológico e sociológico de como os nossos juizes de facto procedem, por um lado, e o problema lógico-gnoseológico de saber sob que pressupostos formais e materiais o resultado da descoberta do direito é verdadeiro ou correcto” (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988, p. 109)

fontes do direito (os princípios têm uma importância maior hierarquicamente, fundam o sistema, são sua base, sua estrutura, seus pilares); d) a proximidade da idéia de direito (os princípios radicam na idéia atemporal de justiça); e) e, por fim, a natureza normo-genética, ou seja, os princípios são razões para normas, antecedem-nas, criam-nas³.

Três teses podem ser sustentadas a respeito de tal distinção: a primeira diz que ela é impossível, porque os diferentes critérios acerca da distinção entre regras e princípios podem ser combinados de diferentes maneiras, e acabam por unir normas de muitos diferentes tipos; a segunda diz que somente é possível uma distinção de grau entre regras e princípios (é o caso do critério de generalidade); a última diz ser possível uma distinção qualitativa entre regras e princípios, criando um critério que permita distingui-los com precisão.

Ausência de distinção

Exemplo de negação da diferença é a posição expressa por Kelsen em sua obra póstuma *Teoria Geral das Normas*, em que critica a distinção entre regras e princípios levada a cabo pelo jurista alemão Josef Esser. Segundo Kelsen, tal distinção é causada pelo problema da produção das normas jurídicas gerais, quando o conteúdo de tais normas corresponde a princípios da moral, política ou costumes, sendo tal semelhança identificável pela Ciência do Direito através de uma análise e comparação das

normas jurídicas positivas. Muitas vezes, diz ele, tais princípios são contemplados não por via legislativa, mas por decisões judiciais (normas individuais) nas quais o determinante da decisão não é a aplicação de uma norma jurídica geral, mas esta é influenciada e fundamentada em princípios da moral – deixando transparecer o poder “quase absoluto” que o princípio da coisa julgada concede aos tribunais, restringente da exigência jurídico-positiva da legalidade material. Desta forma, afirma, “(...) pelo fato de que casos iguais são decididos permanentemente de modo uniforme por sentenças judiciais, e em razão do princípio da coisa julgada entram em vigor, produz-se uma norma jurídica geral, cujo conteúdo corresponde ao princípio que influenciou as decisões judiciais”⁴.

Todavia, de acordo com Kelsen, tais princípios ditos “do Direito”, embora influenciem a produção de normas jurídicas pelas autoridades competentes instituídas pelo próprio direito positivo, “(...) conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde”⁵. O fato de influenciarem a produção de normas jurídicas não significa que estejam positivados – e igualmente o fato de terem fundamentado uma sentença não os juridiciza. Dessa forma, não existem, para o mais citado teórico do Direito deste século, princípios do Direito, mas apenas princípios de Direito Natural, princípios da Moral, da Política, dos mais diversos, sen-

³ Conforme CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034.-

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*, Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 147.

⁵ Ob. cit. p. 148.

do impossível determinar-lhes o conteúdo – são apenas motivos para normas jurídicas, podendo assumir, no ordenamento jurídico positivo, qualquer conteúdo.

Kelsen vê na diferença entre princípios e regras uma ideologização e fuga da atividade de conhecimento objetivo do Direito:

(...) Esses princípios não têm, portanto, o caráter de normas jurídicas. Não se tem separado, claramente, o conceito de norma de Direito do conceito de princípio de Direito. O limite do Direito Positivo e o de Moral, Política e Costume é sempre confundido. Isto pode ser desejado apenas por tais representantes da Ciência do Direito, que consideram sua missão não tanto conhecer o Direito positivo, e objetivamente descrevê-lo, senão muito mais justificar sua validade político-moral, ou questionar essa problemática. E, assim, sob a bandeira de objetivo conhecimento do Direito procedem a uma avaliação extremamente subjetiva do Direito⁶.

Kelsen nega, portanto, à Ciência do Direito, coerentemente com seus pressupostos, qualquer força jurídico-normativa, de construção jurídica de princípios (ainda quando fundamentalmente tal construção na busca da *ratione legis*, das idéias jurídicas gerais de um sistema), pois tais atos jurídico-formativos são para ele atos de vontade, e a dogmática é função do conhecimento, e não do querer. É a desvirtuação de tal tarefa que, para ele, ou faz ver princípios “de Direito” onde há apenas normas, ou transforma princípios da moral em princípios “de Direito”.

Distinção gradativa

Exemplo de partidário da diferenciação débil, ou de grau, entre regras e princípios, é a posição de Norberto Bobbio. Para o mestre italiano, princípios são normas jurídicas, e não de Direito Natural, morais ou políticas. São “(...) normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais.” São extraídos do próprio ordenamento positivo, através de um procedimento de generalização sucessiva, e portanto só podem ser normas de direito positivo: “(...) se abstraído da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas”⁷.

Os princípios, assevera Bobbio, podem ser expressos ou não-expressos. Princípios expressos encontram-se tanto na Constituição quanto nos códigos, como normas generalíssimas, das quais são exemplos o princípio da igualdade, da separação de poderes, entre outros. Princípios não-expressos são:

(...) aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama o espírito do sistema⁸.

Portanto, Bobbio atribui ao intérprete e, pode-se dizer, à dogmática jurídica, neste ponto, precisamente o papel que lhe foi negado por Kelsen: o de buscar a *ratio legis*, os fundamentos últimos do sistema jurídico, em seus critérios mais gerais de justiça.

⁶ Ob. cit. p. 149.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 158.

⁸ Ob. cit. p. 160.

A argumentação de Bobbio, contudo, não chega a diferenciar com extrema precisão regras e princípios. Ademais, refere-se aos princípios gerais de direito, presentes, tanto no ordenamento italiano quanto no brasileiro, para o preenchimento de lacunas (ver Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º). Segundo ele, a expressão neste caso é referente aos princípios não-expressos, já que os princípios expressos não se aplicam em um caso de lacuna do sistema, mas são normas a serem aplicadas ao caso enquanto hipótese de fato, ainda que mais geral, abrangendo um maior número de casos – não diferenciados, portanto, das regras.

Também no Brasil Maria Helena Diniz apresenta critério semelhante. Para ela, tanto regras (embora utilize o termo *normas*) quanto princípios têm caráter prescritivo, sendo os últimos derivados das idéias políticas, sociais e jurídicas vigentes. Mas são elementos componentes do direito, estando implícitas no sistema. Os órgãos judicantes, diz a civilista, devem buscar na estrutura positiva do direito princípios que permitam solucionar os casos para os quais o sistema não prevê diretamente uma solução. Da mesma forma que Bobbio, a autora não define com exatidão, dentre as normas expressas no sistema, quais têm o caráter de regra e quais têm o caráter de princípio⁹.

Os posicionamentos citados são todos típicos da vinculação a uma lógica jurídica meramente dedutiva, da qual o intérprete somente foge quando o ordenamento é lacunoso, para completá-lo. A assunção de princípios expressos implica necessariamente reconhecer a insuficiência do raciocínio lógico-dedutivo, passando a uma lógica de ponderação de valores diante do caso concreto.

Exemplo de distinção débil entre regras e princípios, sem o vício positivista das posições citadas há pouco, é a de Perez-Luño. Para ele, distinguem-se valores, princípios e normas. Os valores são idéias diretivas gerais, que fundamentam, orientam e limitam a orientação e aplicação de todas as normas do sistema jurídico, constituindo o contexto histórico-espiritual do mesmo. Já os princípios “(...) entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas”¹⁰.

Os valores, para o juspublicista espanhol, funcionam como “metanormas” em relação aos princípios. Já as regras ou disposições específicas, como as chama também, são casuísticas, seus pressupostos de aplicação e suas conseqüências jurídicas se acham

⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59. Da mesma forma Caio Mário da Silva Pereira, quando afirma para chegar aos princípios gerais do direito “(...) o aplicador investiga o pensamento mais alto da cultura jurídica, juntamente com a fixação da orientação geral do ordenamento jurídico, e nos traz ao caso concreto.” Os princípios estão, destarte, implícitos no ordenamento, constituindo o substrato comum das diversas normas positivas – novamente, não há referência a princípios expressos no ordenamento. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. 1. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 54-55.

¹⁰ PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho, constitución*. Madrid: Ed. Tecnos, 1986, p. 292.

especificadas em termos de maior precisão, ou seja, a hipótese de fato para sua incidência vem bem delimitada.

O constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, em sua tese de doutoramento, mostrava-se igualmente céptico em relação à distinção qualitativa entre regras e princípios, quando baseada no fato de as regras trazerem uma diretiva imediata para a decisão e os princípios exigirem concretização. Considerava a distinção inconseqüente, pois muitas normas exigiriam concretização sem caracterizarem-se como princípios, caso das normas programáticas. Objetava, outrossim, que, embora estabelecida no âmbito de uma atitude metodológica antipositivista, a distinção reconduziria as regras (mas não os princípios) aos esquemas subsuntivos (lógico dedutivos) tipicamente positivistas. Por outro lado, algumas inferências decorrentes da diferenciação eram, para ele, nocivas, em específico a questão de a dimensão de “peso” dos princípios levar a uma relação de ponderação quando estes entram em conflito, mormente quando tal ponderação aparece vinculada à idéia de “ordem de valores” e à existência de princípios axiológico-normativos superiores, negando o princípio da concordância prática das normas constitucionais. Contudo, na edição mais recente de seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Canotilho assume expressamente a posição de diferenciação estri-

ta, qualitativa, afirmando que as regras e os princípios são duas espécies de normas, na esteira da argumentação do jurista alemão Robert Alexy¹¹.

Distinção qualitativa

Por diferenciação qualitativa entende-se as posições afirmando que uma norma jurídica ou bem é uma regra ou é um princípio.

O jurista alemão Josef Esser, já em 1961, é exemplo de defensor da distinção qualitativa. Segundo ele, “lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la ‘abstracción’ o el ‘carácter general’, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al ‘precepto’”¹². Ou seja, o preceito, a regra, precisa seus casos de aplicação; somente pode ser aplicada ou não. Já os princípios são razões para normas (no sentido de regras), escritos ou não; são condição imanente do ser e do funcionar das disposições singulares. Ademais, constituem direito positivo:

(...) desde y en la medida en que han sido encarnados en una institución, por un acto constitutivo del poder legislativo, de la jurisprudencia o de la vida jurídica. Dentro de este marco, todos los principios jurídicos son elementos del derecho positivo que gozan de protección procesal, tanto si aparecen como principios sistemáticos o constitutivos del derecho material, o como máximas, paremias y reglas técnicas, como figuras fundamentales y

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes, ob. cit., p. 1034 e ss. Enfatiza, ademais, a necessidade de diferenciar os **princípios hermenêuticos**, que desempenham uma função argumentativa, dos **princípios jurídicos**, normas jurídicas impositivas expressas no texto da lei.

¹² ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 66.

comunes a todos los derechos civilizados o como simples reglas técnicas del pensamiento y de la labor jurídica¹³.

Para que obtenham validade, portanto, devem os princípios fundar-se em formas concretas do ordenamento:

Son derecho positivo, aunque no normas (rules) precisas e independientes del derecho, los llamados pensamientos jurídicos generales, las *ratione legis*, los principios valorativos y constructivos de un sistema, pero también los principios éticos y de justicia que privan en un ámbito jurídico al margen de su sistema escolástico; todos, siempre que hayan obtenido validez en formas concretas del ordenamiento. Además de esto, son directrices (guides) o *principi informati* para los órganos formadores del derecho, como son todas las máximas y reglas de las soluciones transmitidas, concreciones de la experiencia judicial. También estas, usadas *lege artis*, pueden entrar bajo las garantías de las reglas reconocidas para el descubrimiento del derecho y ser protegidas como partes positivas del derecho, independientemente de las figuras singulares a cuya creación han dado lugar¹⁴.

O raciocínio que caracteriza os princípios demonstra, diz Esser, a insuficiência dos métodos do direito continental para formular normas a par dos processos dedutivos clássicos. É preciso, segundo ele, “(...) hacer luz sobre el proceso de formación judicial de normas a partir de principios constitucionales”¹⁵.

Não é na obra de Esser, no entanto, que tal luz transparece.

Atualmente, o mais notório partidário da distinção forte, ou qualitativa, e voz forte na doutrina atual acerca do tema, é o jusfilósofo alemão Robert Alexy, cujas idéias são seguidas neste artigo¹⁶. Para ele, tanto regras quanto princípios são normas, dizem o que deve ser, podendo ser formulados através das estruturas deônticas básicas do mandato, proibição ou permissão. Defende a possibilidade de distinção qualitativa entre regras e princípios, mediante a criação de um critério que permita distingui-los com precisão. Princípios, afirma, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. São mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus segundo as possibilidades jurídicas (relativas ao sistema jurídico, v. g., a relação com outros princípios a ele opostos) e reais (empíricas, fáticas). Já as regras, assevera, são normas que somente podem ser cumpridas ou não. Determinam por completo o fático e juridicamente possível, e sendo válidas, devem ser cumpridas.

Tanto os princípios como as regras podem, quando aplicados, levar a resultados incompatíveis; ou seja, um princípio pode levar a um juízo concreto de dever ser contraditório ao de outro princípio, valendo o mesmo para as regras. Também na forma como se soluciona tal contradição se diferenciam os dois tipos de normas.

¹³ Ob. cit. p. 169-170.

¹⁴ Ob. cit. p. 171.

¹⁵ Ob. cit. p. 99.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 90 e ss.

Um conflito entre duas regras somente pode ser resolvido de duas maneiras: através da introdução de uma cláusula de exceção eliminadora do conflito, ou da declaração de invalidade de uma das normas, excluindo-a do ordenamento jurídico. Afirmar que uma regra vale juridicamente significa afirmar que vale sua consequência jurídica. Em havendo duas regras com consequências jurídicas contraditórias, uma delas deve ser declarada inválida - sempre que não for possível introduzir uma cláusula de exceção. Exemplo de cláusula de exceção é aquela aplicada no caso do conflito entre a regra que proíbe sair de aula antes do sinal, e a regra que ordena sair caso soe o alarme de incêndio. Introduce-se na primeira regra uma cláusula de exceção para o caso do alarme de incêndio (e nenhuma delas é inválida). A introdução da cláusula de exceção constitui, na verdade, nada mais que a tradicional aplicação do critério da especialidade (*lex specialis*, previsto na Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro no seu art. 2º, parágrafo 2º). Já a invalidade vai ser, normalmente, declarada a partir da aplicação dos outros dois critérios clássicos de solução dos conflitos de normas: o critério cronológico, segundo o qual *lex posteriori derogat priori* (expresso na Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º par. 1º), ou do critério hierárquico, de acordo com o

qual *lex superiori derogat inferiori*.

Já na colisão de princípios, um princípio deve ceder a outro, mas não é declarado inválido nem eliminado do ordenamento jurídico. Sob certas circunstâncias, um princípio precede a outro; sob outras, a solução pode ser inversa. Estabelece-se uma “relação de precedência condicionada”¹⁷. Tal relação é característica do Direito Constitucional, visto ser comum a existência de duas normas em contradição, dado o alto grau de generalidade de muitas das normas constitucionais (em especial de muitos dos direitos fundamentais), não sendo possível que uma delas seja considerada inválida. Ao contrário, é preciso buscar uma harmonização das normas constitucionais, em respeito aos seus princípios da unidade e da concordância prática, conforme formulados por Konrad Hesse.

Segundo Hesse, o princípio da unidade da Constituição ordena que as normas constitucionais sejam interpretadas não de forma isolada, mas sim em relação ao conjunto em que estão situadas. Já o princípio da concordância prática afirma que os bens jurídicos protegidos devem ser coordenados de tal modo, na solução do problema (caso concreto), que todos conservem sua identidade, ou seja, deve-se buscar uma otimização de ambos os bens (princípios) em conjunto¹⁸.

¹⁷ O termo é de Alexy, ob. cit., p. 91.

¹⁸ Segundo Hesse, são princípios da interpretação constitucional, além dos dois já expostos, o princípio da *correção funcional* (o órgão encarregado da interpretação deve manter-se no âmbito das funções para ele previstas na Constituição); e o princípio da *força normativa da Constituição*, segundo o qual é necessário, na solução de problemas jurídicos constitucionais, buscar aqueles pontos de vista (*topoi*) que dêem máxima eficácia à Constituição, repelindo-se os pontos de vista não fundados na CF. Conforme HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In ____: *Escritos de derecho constitucional (selección)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 48 e ss.

Têm-se, então, que os princípios apresentam razões *prima facie*, e as regras, razões definitivas (delimitam por completo o fático e juridicamente possível) para juízos concretos de dever ser, segundo Alexy:

Quando una regla es una razón para un juicio concreto de deber ser que hay que pronunciar, como es el caso cuando explicable y no permite ninguna excepción, entonces es una razón definitiva. Si este juicio concreto de deber ser tiene como contenido el que a alguien le corresponde un derecho, entonces este derecho es un derecho definitivo. Por el contrario, los principios son siempre sólo derechos *prima*

facie. Tomados en sí mismos, establecen sólo derechos *prima facie*¹⁹.

Mas ambos, assevera, são razões para normas, visam formular sentenças acerca do que seja ordenado, proibido ou permitido em face do caso concreto. Ambos são espécies do gênero norma jurídica. Como as decisões que envolvem princípios exigem, para sua solução, a determinação de juízos concretos de dever ser, o caminho que vai do princípio a esse juízo envolve uma relação de preferência, uma ponderação, caracterizando, portanto, uma metodologia da decisão distinta da formulação clássica da lógica dedutiva, como se verá a seguir.

Regras, princípios e raciocínio jurídico

Ainda baseada na teoria de Alexy, a jusfilósofa italiana Letizia Gianformaggio afirma que a diferença entre regras e princípios se torna visível apenas no momento de interpretação-aplicação da norma jurídica. Aplicar uma norma, diz a jusfilósofa italiana, significa assumir uma norma como premissa da argumentação a partir da qual se justifica uma decisão, ou seja, aplicar uma norma implica uma espécie de raciocínio. Aplica uma norma quem, por exemplo, quando questionado por que parar em frente ao semáforo, responde que quando este está vermelho se deve esperar. Neste caso, a norma é aplicada a partir de um silogismo prático – o raciocínio, o processo de tomada da decisão, é justificado de forma ló-

gico-dedutiva. Aplica uma norma o juiz que, na sentença, afirma que o contrato firmado sob coação é anulável por força do art. 98 do Código Civil. Novamente, a estrutura da argumentação é um silogismo. Entretanto, nem sempre a aplicação de uma norma tem a estrutura argumentativa lógico-dedutiva. As normas cuja aplicação não assume tal raciocínio, diz Gianformaggio, são os princípios²⁰.

A lógica formal, ou dedutiva, trata dos argumentos unicamente em sua correção formal. Assim, o argumento abaixo é, do ponto de vista lógico-formal, correto:

Todos os seres humanos são inteligentes. Sócrates é um ser humano. Logo, Sócrates é inteligente.

¹⁹ Ob. cit. p. 103.

²⁰ GIANFORMAGGIO, Letizia. L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*. Milano: Giuffrè, v.62, p.65, 1985.

No caso do raciocínio lógico-dedutivo, a conclusão será necessariamente verdadeira se a premissa for correta. No silogismo jurídico, comumente chamado de subsunção, a premissa é constituída por uma norma geral e abstrata em que a realização de uma hipótese de fato aparece como condição para uma consequência jurídica, tornando o raciocínio um pouco mais complexo: É anulável o ato jurídico praticado sob coação (art. 146, CC). Fulano de tal foi obrigado, sob pena de levar um tiro, à prática de um ato jurídico (um casamento). O negócio jurídico praticado deve ser anulado .

No direito brasileiro, os “passos” de tal raciocínio são bem explicados por Pontes de Miranda, e podem ser expostos, de forma bastante simplificada e resumida, assim:

1º) Definição pela norma da hipótese de fato (suporte fático, *tatbestand*, *fattispecie*), ou seja, definição normativo-hipotética do fato jurídico (premissa maior);

2º) concreção (acontecimento) dessa hipótese no mundo dos fatos;

3º) incidência da norma jurídica;

4º) chegada do fato jurídico ao plano da eficácia, ou seja, produção da consequência jurídica (premissa menor)²¹.

Conforme Gianformaggio,

uma regra é uma norma cuja aplicação tem, como fase central e absolutamente determinante ao êxito da argumentação, a subsunção de um conceito de espécie (*‘fattispecie concreta’*) sob um conceito de gênero (*‘fattispecie astrata’*); um princípio é uma norma cuja aplicação não tem como fase central e absolutamente determinante ao êxito da argumentação a subsunção (...) ²²

Portanto, a diferença entre regras e princípios surge apenas quando da interpretação-aplicação da norma, ou seja, dizer que um enunciado de norma contém uma regra ou um princípio significa sugerir uma prática interpretativo-aplicativa, significa sugerir uma espécie de raciocínio metodológico jurídico quando da sua aplicação. Por raciocínio jurídico, como já visto, entende-se o processo de justificação de uma decisão jurídica, de um juízo concreto de dever ser, a partir de um sistema jurídico dado. Assim, não é o enunciado da norma o determinante para sua caracteri-

²¹ Conforme PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972. Não cabe analisar aqui as inúmeras dificuldades que mesmo o silogismo jurídico mais simples apresenta (por exemplo, a construção do conceito de coação e a caracterização do casamento como ato jurídico). Basta lembrar as observações de Engisch do problema do “círculo lógico” presente no silogismo, pois a definição normativo-hipotética do fato jurídico (a formação da premissa maior) é feita, de certa forma, tendo em vista a situação da vida a ser regulada, a qual, por sua vez, já é descrita e compreendida tendo em conta determinados conceitos normativos. Engisch refere-se, então, a um ‘pendular’ entre a premissa maior e a situação da vida. Conforme ob. cit. p. 150.

²² Ob. cit. p. 71. No original: “una regola è una norma la cui applicazione ha, quale fase centrale ed assolutamente determinante l’esito dell’argomentazione, la sussunzione di un concetto di specie (*fattispecie concreta*) sotto un concetto di genere (*fattispecie astratta*); un principio è una norma la cui applicazione non ha quale fase centrale ed assolutamente determinante l’esito dell’argomentazione la sussunzione (...)”.

zação como princípio ou como regra, mas o significado de tal enunciado em relação com o sistema jurídico como um todo e com o caso concreto a resolver, o qual falará a favor de um tipo de estrutura lógica para sua aplicação. Por conseguinte, podem-se aduzir argumentos a favor da interpretação de um enunciado normativo como regra ou como princípio, ou seja, a favor da necessidade ou não de ir além do raciocínio lógico-dedutivo.

Em relação às normas constitucionais, em especial àquelas aplicáveis à Administração Pública, se pensá-las apenas como princípios é correr o risco de retirar-lhes eficácia, é preciso admitir, por outro lado, que muitas vezes a argumentação na aplicação de tais normas não conduz a uma estrutura de simples subsunção.

A aplicação de um princípio, afirma Gianformaggio, é diversa da aplicação de uma regra por implicar, sempre, a aplicação de um outro princípio (ou mais) entendido como concorrente e relevante para a decisão judicial. Segundo ela, deve-se falar de aplicação de um princípio quando, ao término da argumentação da decisão judicial, é dada precedência a esse princípio em relação a outro, a partir de uma relação de ponderação.

Na diferenciação aqui entendida como correta, tem-se então que princípios são uma espécie do gênero norma jurídica, os quais ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus segundo as possibilidades jurídicas (relativas ao sistema

jurídico, v. g., a relação com outros princípios a ele opostos) e reais (empíricas, fáticas) existentes, e cujo raciocínio jurídico que caracteriza a aplicação não é a subsunção, mas uma relação de ponderação com outro princípio. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, determinando por completo o fático e juridicamente possível, e sendo válidas, devem ser aplicadas, na forma de um raciocínio lógico-dedutivo. Cabe dizer, destarte, ser possível trazer à baila argumentos em favor da compreensão de uma norma constitucional como regra ou como princípio, algo que somente pode ser determinado em face de um caso concreto.

Ilustrativo, com relação a forma de raciocínio, o julgamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Mandado de Segurança, analisando decisão administrativa que havia desclassificado uma licitante pelo fato de sua proposta de preços descumprir o edital²³. Ocorre que a proposta não trazia o preço escrito por extenso, como exigia o edital, mas apenas em algarismos. Com isso, restaria descumprido o art. 3º da Lei de Licitações, no que diz respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e com base nisso, foi desclassificada a empresa.

A decisão do STJ considerou que o princípio da vinculação ao edital não é “absoluto”, e que seu excessivo rigor poderia prejudicar o interesse público e a busca da melhor proposta pela Administração Pública. Não obstante a argumentação do STJ para justificar sua decisão não o faça com a clareza necessária em alguns momentos, trata-se de um típico caso de ponderação de princípios. Se, de um lado,

²³ STJ, Primeira Seção, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, MS 5.418/DF, DJU 01.06.98, extraído da internet em 01.06.04, sítio www.stj.gov.br

a norma da vinculação ao edital poderia ser interpretada como uma regra, e, pois, através de um raciocínio lógico-dedutivo, chegar-se-ia inevitavelmente a desclassificação da empresa, de outro, poderia ser considerada (como efetivamente o é) um princípio, a ser ponderado com relação a outro princípio igualmente aplicável ao caso concreto, e também presente no artigo 3º da Lei de Licitações: o da “vantajosidade” do interesse público, ou da seleção da proposta mais vantajosa.

Considerando a aplicabilidade de ambos os princípios ao caso concreto, deve-se buscar a solução que garanta a maior eficácia possível para os dois, considerando o princípio da concordância prática e da unidade das normas constitucionais, já aqui citado. Nem se deve estranhar a referência à Constituição. Marçal Justen Filho, que cita o julgado do STJ como exemplar na questão da ponderação entre princípios, deixa claro que

A enumeração do art. 3º vincula-se diretamente ao art. 37 da CF (que estabelece princípios gerais regulares de todas as modalidades da atividade administrativa do Estado) e indiretamente a inúmeros outros dispositivos constitucionais (que estabelecem direitos e garantias individuais, etc.). A enumeração não possui cunho exaustivo e cada princípio está diretamente referido aos demais. Tais princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios. Indica o inter-relacionamento entre princípios, de molde que não se interpreta e aplica um único princípio, isoladamente. Devem considerar-

se os princípios conjugadamente e evitar que a aplicação de um produza a ineficácia de outros [...] (grifo nosso)²⁴.

Percebe-se, pois, que o conflito levado a julgamento pelo STJ demonstra claramente o exposto com relação à distinção entre regras e princípios: há um conflito de normas que não pode ser sanado com a aplicação das regras tradicionais de solução de conflitos (especialidade, hierarquia, cronologia), em que, embora diante do caso concreto se estabeleça uma ‘relação de precedência condicionada’, maximizando a eficácia de uma das normas, nenhuma delas é considerada inválida. A aplicação simples da lógica dedutiva poderia levar a dois resultados distintos.

É notável que a lesão sofrida pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório é mínima, considerando-se que, não obstante a proposta tenha sido escrita em algarismos, e não por extenso, foi possível entendê-la. Caso a decisão optasse por maximizar a eficácia do princípio da vinculação ao edital, atingiria brutalmente o princípio da proposta mais vantajosa, dado que a proposta desclassificada era significativamente mais alta que as demais.

Observe-se, ainda, que tal “ponderação” entre os princípios somente tem validade diante de um caso concreto. Não se pode afirmar, de antemão, que o princípio da vinculação ao edital sempre ceda diante da proposta mais vantajosa. Ao contrário, frequentemente não deverá ceder, mas tal dependerá do grau de violação do princípio. Nesse sentido se fala em ‘relação de precedência condicionada’ – condicionada às circunstâncias fáticas sob análise.

²⁴ JUSTEN Fº, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000, p. 58.

Considerações finais

Feitas as delimitações conceituais acima, importa, a título de consideração final, assentar que os operadores jurídicos, em especial aqueles que lidam diuturnamente com o Direito Administrativo, não podem deixar de refletir acerca das conseqüências da distinção entre regras e princípios, mormente no que tange ao raciocínio jurídico levado a cabo quando se tomam decisões, sejam elas administrativas ou jurisdicionais. Ademais, é a própria estrutura do ordenamento jurídico que

revela a existência de regras e princípios, bem como a necessidade de princípios orientadores das decisões judiciais que transcendam a mera subsunção dos fatos à norma, tais como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da interpretação conforme a constituição²⁵.

É esse o campo, precisamente, a ser pesquisado pela Ciência do Direito, em que mais nitidamente transparece a necessidade de inter-relação entre a teoria e a práxis judicial.

Referências

ALEX, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. Vol. 1.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

GIANFORMAGGIO, Letizia. L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi. **Rivista Internazionale di filosofia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1985, vol. 62.

²⁵ A respeito do princípio da proporcionalidade na doutrina e na jurisprudência alemãs e no STF, leia-se, recentemente: SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, 2002, p. 23-50. A respeito do devido processo legal substantivo e o chamado *balancing* no direito norte-americano leia-se, sobre todos: MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da Suprema Corte Estadunidense**. Florianópolis: CPGD-UFSC. Dissertação de Mestrado, 2001.

HESSE, Konrad. La interpretación constitucional. In____: **Escritos de derecho constitucional (selección)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JUSTEN Fº, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. **Direito administrativo: origens, perspectivas e outros temas**. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991, vol. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972, t.1.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho, constitución**. Madrid: Ed. Tecnos, 1986.



Considerações acerca da reforma do Estado nos anos 90 e do modelo gerencial de administração pública

Leonardo Valles Bento*

Introdução

A questão da reforma do Estado neste fim de século tem-se mostrado uma das mais controversas do cenário jurídico e político atual. De modo geral, aliás, o problema da relação entre Estado e sociedade é central, assim no Direito como na Sociologia e na Ciência Política. No momento em que a democracia se afirma na maioria dos países como o melhor regime político, tanto do ponto de vista da legitimidade quanto do desenvolvimento econômico e da estabilidade social, assiste-se à revalorização da força e da autonomia da sociedade.

No presente ensaio analisa-se, ainda que brevemente, o projeto governamental de reforma do Estado nos anos 90, o qual é inspirado precisamente na idéia de redimensionar as funções do Estado em função do postulado ético de privilegiar, tanto quanto possível, a autonomia e o desenvolvimento do tecido institucional da sociedade civil. Porém, não é só. O gerencialismo detecta, outrossim, não apenas o imperativo de legitimidade da reti-

rada do Estado dos domínios consagrados ao não-Estado, mas uma urgente necessidade.

Com efeito, num primeiro momento, a presente análise aborda o diagnóstico da crise do modelo burocrático-desenvolvimentista do Estado de bem-estar: crise fiscal, crise do modo de intervenção do Estado na economia e crise do modo burocrático de administrar o Estado. Em seguida, examinar-se-ão as propostas do modelo gerencial de administração pública a fim de superar a crise do Estado em seus múltiplos níveis. De modo geral, a superação da crise fiscal e do modo de intervenção do Estado na sociedade está relacionada com o recuo do Estado como agente econômico, restringindo-se a uma função regulatória, ao mesmo tempo que busca fortalecer as parcerias com a sociedade civil na prestação de serviços públicos essenciais, logrando aliviar o Estado do excesso de demandas, redirecionando-as para as organizações do terceiro setor, vale dizer, da própria sociedade.

Advogado. Professor da Universidade do Vale do Itajaí.

O estudo prossegue analisando sumariamente o projeto da administração gerencial, que proclama a obsolescência da administração burocrática racional-legal calcada em controle de procedimentos, fortemente centralizada e hierarquizada, em nome de uma administração mais flexível, que privilegie o con-

trole de resultados e a descentralização e a autonomia dos poderes locais.

Por último, são feitas algumas considerações críticas acerca da proposta gerencial, tendo em vista a história da cultura político-administrativa no Brasil, em especial os traços de patrimonialismo e clientelismo que a caracterizam.

Diagnóstico gerencial da crise do Estado de bem-estar

O projeto governamental de reforma do Estado nos anos 90 parte de um diagnóstico de crise, segundo o qual se proclama a obsolescência do modelo burocrático de administração pública, calcado na centralização e no controle de procedimentos, em nome de um paradigma gerencial que privilegia a gestão por metas, a descentralização, as parcerias com o não-Estado e o princípio da subsidiariedade.

A crise de 1929, cujo marco é a quebra da bolsa de Nova York, foi uma crise de mau funcionamento do mercado, incapaz que era, à época, de desenvolver mecanismos de autorregulação, ao mesmo tempo que o Estado, dominado pelas amarras de não-intervenção da ideologia liberal, não conhecia sua atividade regulatória. O funcionamento autofágico e irracional do mercado deixado à própria sorte levou àquilo que os economistas denominaram insuficiência crônica de demanda agregada. Em consequência entrou também no próprio Estado Liberal, dando lugar à emergência do Estado Social-Burocrático: social porque assume o papel de garantir os direitos sociais e o pleno emprego; burocrático porque o faz através da contratação direta de burocratas. Reconhecia-se, assim, o papel complemen-

tar do Estado no plano econômico e social. Foi assim que surgiram o Estado do Bem-Estar nos países desenvolvidos e o Estado Desenvolvimentista e Protecionista nos países em desenvolvimento.

O Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), no qual o Estado se tornou também um agente econômico, produzindo bens e serviços para o mercado, rivalizando com a iniciativa privada, desenvolveu-se e alcançou seu auge no pós-Segunda Guerra Mundial, de meados dos anos 40 a meados dos anos 60, após o que começou a apresentar sinais de esgotamento. Nos países em desenvolvimento, nos quais não se podia ainda afirmar a existência de uma classe burguesa industrial, esse modelo de Estado assumiu o papel de equivalente funcional da burguesia de acumular capital e conduzir o desenvolvimento econômico, dando início à industrialização primeiramente através da substituição das importações. Tem-se aí o Estado Desenvolvimentista.

Com a aceleração do desenvolvimento tecnológico ocorrida na segunda metade deste século, o sistema econômico mundial passou por uma profunda transformação. Com a redução brutal dos custos de transporte e de comunicação, a economia mun-

dial globalizou-se, ou seja, tornou-se muito mais integrada e competitiva. Em consequência, os estados nacionais perderam autonomia, e as políticas econômicas desenvolvimentistas, que pressupunham países relativamente fechados e autárquicos, não mais se revelaram efetivas. O Estado-empresário, que produzia bens e serviços para o mercado à custa de receita pública resultante de tributos se tornava incapaz de manter a competitividade da economia nacional no mercado global. Some-se a essa crise estrutural outros fatores exógenos que deram influxo ao colapso do modelo de Estado intervencionista de um modo geral, em especial a crise mundial do petróleo de 1973 e de 1979/80 e a conseqüente crise da dívida externa em decorrência das altas taxas de juros internacionais que passaram a ser aplicadas pelos países industrializados importadores de petróleo, acarretando aos países em desenvolvimento, nota-damente os dependentes do petróleo, a urgência de estabelecer agendas políticas de reestruturação política e econômica a fim de ajustar o país aos novos padrões de relações econômicas e financeiras (SANTOS:1996).

O paradigma gerencial de administração pública diagnóstica, à vista de tais fatores, a crise no funcionamento do Estado em três aspectos: uma crise fiscal do Estado, uma crise do modo de intervenção do Estado no econômico e no social, e uma crise da forma burocrática de administrar o Estado. O Estado entra em crise fiscal, perde em graus variados o crédito público, ao mesmo tempo que vê sua capacidade de gerar poupança forçada a diminuir, senão a desaparecer, à medida que

a poupança pública, que era positiva, vai tornando-se negativa. Em consequência, a capacidade de intervenção do Estado diminui dramaticamente. O Estado se imobiliza. A crise do Estado está associada, de um lado, ao caráter cíclico da intervenção estatal, e de outro, ao processo de globalização, que reduziu a autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados.

Se a crise dos anos 30 foi uma crise de mau funcionamento do mercado — de um mercado que o Estado não lograva então regular de forma satisfatória, de sorte que as políticas macroeconômicas keynesianas implicaram melhoria considerável do desempenho das economias nacionais — nos anos 80 assistiu-se a uma crise de mau funcionamento do Estado (BRESSER PEREIRA:1997). Nos anos 50 tornou-se lugar comum a idéia de que o Estado tinha um papel estratégico na promoção do progresso técnico e da acumulação de capital, além de lhe caber a responsabilidade principal de garantir uma razoável distribuição de renda. Entretanto, esses êxitos levaram a um crescimento explosivo do Estado não apenas na área da regulação, mas também no plano social e no plano empresarial. Para isto cresceu a carga tributária, que de 5 a 10% no início do século passou para 30 a 60% do Produto Interno Bruto.

A fim de superar a crise fiscal, tem-se proposto a reformulação no modo de funcionamento do Estado, a fim de torná-lo mais eficiente e menos burocrático, e no modo de intervenção do Estado na sociedade, restringindo-se à função regulatória, delegando ao setor privado a função de produzir bens e serviços para o mercado. O mercado

é o mecanismo de alocação eficiente de recursos por excelência, mas mesmo nessa tarefa sua ação deixa muitas vezes a desejar, dada não apenas à formação de monopólios, mas principalmente à existência de economias externas que escapam ao mecanismo dos preços. O Estado, além de garantir a ordem interna, a estabilidade da moeda e o funcionamento dos mercados, tem um papel fundamental de coordenação econômica. Ou, em outras palavras, a coordenação do sistema econômico no capitalismo contemporâneo é, de fato, realizada não apenas pelo mercado, mas também pelo Estado: o primeiro coordena a economia através de trocas; o segundo, através de transferências para os setores que o mercado não logra remunerar adequadamente no julgamento político da sociedade.

Em resumo, eis os princípios em que se fundamenta a perspectiva gerencial de administração pública inspiradora da reforma do Estado nos anos 90 no Brasil (BRESSER PEREIRA:1997):

(a) delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização

e publicização, (este último processo implicando a transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos que hoje o Estado presta); (b) redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado, transformando o Estado em promotor da capacidade de competição do país em nível internacional em vez de protetor da economia nacional contra a competição internacional; (c) aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através do ajuste fiscal, que devolve autonomia financeira ao Estado, da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática), e a separação, dentro do Estado, no nível das atividades exclusivas de Estado, entre a formulação de políticas públicas e a sua execução; e, finalmente, (d) aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam melhor intermediação de interesses e tornem mais legítimos e democráticos os governos, aperfeiçoando a democracia representativa e abrindo espaço para o controle social ou democracia direta.

O Estado e sua capacidade governativa

Se é verdade que a globalização acarretou a diminuição da autonomia decisória dos estados nacionais, em virtude da internacionalização dos mercados, da reorganização das finanças em nível mundial, e principalmente do extraordinário aumento de volume de capital circulante e da rapidez com que podem

ser realocados de um país para outro, disso não se segue a impossibilidade de os estados articularem políticas macroeconômicas. Sucede, no entanto, que a questão da capacidade governativa do Estado deve ser pensada em novos níveis, levando em consideração os fatores acima assinalados, e que dê conta da

complexidade e do dinamismo do mundo contemporâneo. Já não mais são admissíveis, com efeito, análises que interpretam a crise de capacidade governativa como um problema de excesso de permeabilidade do Estado às demandas sociais, ou, noutro plano, como um inconveniente inerente ao regime político democrático, cuja solução seria um Estado forte e insulado burocraticamente de modo a garantir a racionalidade e os critérios técnicos de decisão (BRESSER PEREIRA:1998).

A limitação da capacidade governativa dos estados em razão dos efeitos da economia globalizada sobre a economia nacional varia de país para país, de acordo como cada qual administra seu grau de legitimidade política junto à sociedade civil e conforme a competência de seus políticos e burocratas de tomar decisões estratégicas eficientes. Efetivamente, predomina hoje a consciência de que uma boa administração pública não depende unicamente de fatores internos tais como a técnica organizatória ou outros critérios tecno-burocráticos de decisão. Faz-se mister tomar em linha de conta a cultura política, as várias gramáticas, ou padrões de comportamento à disposição dos atores sociais em sua relação com o Estado. O desenvolvimento de uma administração pública eficiente não se dá à base de critérios auto-referentes. Desse modo, uma boa administração pública depende — a par de instrumentos institucionais efetivos — de uma boa articulação com a sociedade, com o fito de angariar credibilidade e legitimidade para implementar as políticas públicas, sem o que aquele instrumental é inútil. A democracia passa de obstáculo à condição do bom desempenho do Estado.

A governabilidade nos regimes democráticos depende (a) da adequação das instituições políticas capazes de intermediar interesses dentro do Estado e na sociedade civil; (b) da existência de mecanismos de responsabilização dos políticos e burocratas perante a sociedade; (c) da capacidade da sociedade de limitar suas demandas e do governo de atender aquelas demandas afinal mantidas; e, principalmente, (d) da existência de um contrato social básico (BRESSER PEREIRA:1997).

Com efeito, um objetivo intermediário fundamental em qualquer regime democrático consiste, sem dúvida, em aumentar a responsabilização dos governantes. Os políticos devem estar permanentemente prestando contas aos cidadãos. Quanto mais clara for a responsabilidade do político perante os cidadãos e a cobrança destes em relação ao governante, mais democrático será o regime. Reformar o Estado para lhe dar maior governabilidade é torná-lo mais democrático, é dotá-lo de instituições políticas que permitam uma melhor intermediação dos interesses sempre conflitantes dos diversos grupos sociais, das diversas etnias quando não nações, das diversas regiões do país. A reforma do Estado consiste, portanto, não apenas na reforma de seus instrumentos jurídicos e administrativos, mas conduz à democratização e ao fortalecimento da própria sociedade civil, a fim de que o Estado possa lograr o apoio necessário para levar a efeito suas políticas públicas. Trata-se da democratização das relações entre Estado e sociedade, segundo propõe o projeto governamental de reforma gerencial do Estado.

Características da administração pública gerencial

Nascido desse raciocínio desenvolvido no tópico anterior, de que a boa administração pública é aquela capaz de articular-se democraticamente com os atores da sociedade e de conseguir-lhes a legitimidade para agir, o Estado gerencial proclama a superação dos estados sociais burocráticos e dos estados desenvolvimentistas insulados e tecnicistas. Trata-se da obsolescência daquela idéia de burocracia que Weber descreveu como instrumento da dominação racional-legal, e que representaria a racionalização extrema da atividade administrativa, cuja característica, além da radical separação entre o funcionário e os meios da administração, é a centralização e hierarquização dos órgãos públicos e o controle rígido dos procedimentos. O modelo gerencial de administração pública postula que num mundo em plena transformação tecnológica e social, é impossível para o administrador ser racional sem uma certa liberdade de optar pelos procedimentos de satisfação do interesse público, pelo que propõe a inversão dos mecanismos de controle, enfatizando-se não tanto os procedimentos, mas principalmente os resultados. É a gestão por metas. Esquemáticamente, pode-se definir as principais características da administração pública gerencial, que também vem sendo chamada de nova administração pública, da maneira seguinte (BRESSER PEREIRA:1997):

- a) orientação da ação do Estado para o cidadão-usuário ou cidadão-cliente;
- b) ênfase no controle dos resultados através dos contratos de gestão (em vez de controle dos procedimentos);

c) fortalecimento e aumento da autonomia da burocracia estatal, organizada em carreiras ou corpos de Estado, e valorização do seu trabalho técnico e político de participar, juntamente com os políticos e a sociedade, da formulação e da gestão das políticas públicas;

d) separação entre as secretarias formuladoras de políticas públicas, de caráter centralizado, e as unidades descentralizadas, executoras dessas mesmas políticas;

e) distinção de dois tipos de unidades descentralizadas: as agências executivas, que realizam atividades exclusivas de Estado, por definição monopolistas, e os serviços sociais e científicos de caráter competitivo, em que o poder de Estado não está envolvido;

f) transferência para o setor público não-estatal dos serviços sociais e científicos competitivos;

g) adoção cumulativa, para controlar as unidades descentralizadas, dos mecanismos (1) de controle social direto, (2) do contrato de gestão em que os indicadores de desempenho sejam claramente definidos e os resultados medidos, e (3) da formação de quase-mercados em que ocorre a competição administrada;

h) terceirização das atividades auxiliares ou de apoio, que passam a ser licitadas competitivamente no mercado.

No geral, essas medidas, que constam da agenda política da reforma administrativa, deixa transparecer as idéias de autonomia da sociedade civil e atuação subsidiária do Estado, somada a gestão por desempenho por parte do tecido institucional dessa mesma sociedade, submetida à fiscalização do Poder Público.

O modelo gerencial de administração pública divide a atividade a que tradicionalmente se consagrou o Estado de Bem-Estar Social de molde burocrático em quatro âmbitos: o núcleo estratégico do Estado; as atividades exclusivas de Estado (que envolvem poder de Estado); a prestação de serviços públicos e a produção de bens e serviços para o mercado.

Paralelamente, o gerencialismo reformula a classificação clássica civilista de propriedade bipartida em particular e pública, esta identificada com a propriedade estatal. Propõe, em substituição, um esquema tríptico, onde se compreende a propriedade privada, a propriedade estatal (bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais) e um *tertio genus* que consiste na propriedade pública não-estatal, ou seja, que pertence à coletividade, administrada precisamente pelas instituições da sociedade civil. A propriedade pública não-estatal, enquanto forma alternativa de propriedade, compreendida entre a propriedade particular e a estatal, diria respeito aos direitos da coletividade e administrada por aquele âmbito da sociedade, também ele alternativo entre o mercado e o Estado e que sói chamar-se de “terceiro setor” ou a sociedade civil, na concepção normativa de Arato e Cohen, identificada com as instituições de defesa do mundo da vida (Habermas) contra as investidas colonizadoras da racionalidade sistêmica inerentes aos momentos econômico (mercado) e político (Estado) (BRESSER PEREIRA:1997).

A partir dessa ressignificação da propriedade, relacionam-se suas modalidades, cada

qual a uma tarefa do Estado. Noutros termos, a cada tarefa tradicionalmente assumida pelo Estado Intervencionista corresponderá, na reformulação administrativa gerencial, um tipo específico de propriedade. Assim, as áreas de núcleo estratégico do Estado — responsável pela formulação de políticas macroeconômicas e de governo (Presidência da República, ministérios e equipe econômica) — e de poder de Estado — poder de polícia, poderes Legislativo e Judiciário — permanecem sob o regime de propriedade estatal, administrada ainda de forma predominantemente burocrática, isto é, mediante controle de procedimentos. Já a prestação de serviços públicos de cunho social, tais como educação e saúde, o gerencialismo propõe sejam eles “publicizados”, isto é, deixem de ser propriedades do Estado para se tornarem propriedades públicas não-estatais, administradas pelas organizações sociais oriundas da sociedade civil, ou do terceiro setor. Trata-se de entidades sem fins lucrativos, que recebem apoio técnico-organizacional e financeiro do Estado em troca do desempenho de determinadas metas fixadas em contratos de gestão entre tais entidades e o poder público encarregado de fiscalizá-las através de agências reguladoras. É o poder regulador do Estado em ação. Finalmente, a produção de bens e serviços para o mercado, dada a opção de retirada do Estado da atividade econômica direta (empresarial) a fim de se enfatizar sua função regulatória, deve ser submetida ao regime de propriedade privada, isto é, privatizada (BRESSER PEREIRA:1997).

Apostando na sociedade civil

Sociedade civil é um conceito que já foi objeto de inúmeras interpretações, as quais contribuíram para que a expressão lograsse um potencial quase inesgotável de ressignificação. O conceito surge com as doutrinas do jusnaturalismo contratualista, ou melhor, essas doutrinas inauguram a tradição teórica do conceito de sociedade civil que chegou aos dias atuais. Hobbes utilizou a expressão como uma forma de retrabalhar a idéia aristotélica de “sociedade política”, mas conferindo-lhe um fundamento completamente outro. É que, em Aristóteles, a sociedade política se opunha à sociedade doméstica, representando cada qual respectivamente o espaço público e o espaço privado. Hobbes, no entanto, opõe sociedade civil ao Estado de Natureza, composto já não de famílias, mas de indivíduos isolados, livres e iguais. Essa mudança de perspectiva do pensamento moderno em relação ao antigo é o reflexo teórico do que na prática representou a mudança de uma economia fulcrada na atividade da família (que nos gregos incluía os agregados ou clientes e os escravos) para uma economia de mercado em que o sujeito da atividade produtiva é o indivíduo — o *homo economicus*. Demonstrando a necessidade de superação da barbárie do Estado de Natureza, o jusnaturalismo logra construir uma teoria racional do Estado, legitimado sob o consenso dos proprietários, agentes econômicos da nascente sociedade civil (BOBBIO:1986).

Dois séculos mais tarde, o projeto político da burguesia está consolidado, de sorte que o princípio de legitimidade jusnaturalista do Estado, calcado no consenso dos indivíduos, re-

vela seu valor meramente heurístico, despiendo já naquele momento, ao passo que, por sua vez, as ficções do Estado de Natureza e do contrato social perdem seu valor explicativo. Hegel, nos seus “*Princípios de Filosofia do Direito*”, proporá uma ressignificação da sociedade civil, distinguindo-a da idéia de Estado. A sociedade civil é, para Hegel, a sociedade burguesa, o espaço da atividade privada do indivíduo considerado abstratamente. No sistema da eticidade, a sociedade civil está entre a família e o Estado. De um lado, a sociedade civil representa a negação da unidade familiar e da emotividade que rege suas relações; o indivíduo, enquanto agente econômico e cultural, age segundo critérios racionais a fim de satisfazer suas carências. Por outro lado, a sociedade civil encontra sua superação-conservação no Estado, onde reencontrará a unidade, somada porém à racionalidade e à subjetividade conquistada no momento anterior (HEGEL:2000). Partindo da idéia hegeliana de sociedade civil como sistema de carecimentos, Marx define-a como o momento das relações de produção. Invertendo o idealismo de Hegel, o palco da história já não é mais o Estado, mas a sociedade civil que constitui a infra-estrutura da sociedade, sobre a qual se levanta a superestrutura jurídica e política cujo objetivo seria garantir a reprodução da dominação e exploração inerentes ao modo capitalista de produção.

Outra tentativa de ressignificação do conceito de sociedade civil foi com Gramsci, que procedeu a uma releitura de Marx com base em Hegel. Gramsci aproveita a idéia marxista

da sociedade civil como palco onde se desenvolve as transformações históricas, mas retira-lhe o conteúdo econômico, passando a designar o conjunto da vida cultural, ideológica e ética, o espaço do choque entre as visões de mundo em luta pela conquista da hegemonia sobre os demais elementos do bloco histórico. Portanto, Gramsci situa a sociedade civil no momento da superestrutura, no objetivo de valorizar sua importância teórica para explicar a resistência da burguesia em face das pressões das forças produtivas (BOBBIO:1986).

A partir do reconhecimento da importância da sociedade civil para as transformações históricas e sociais, com efeito, os estudos sobre ela multiplicaram-se, tanto para possibilitar o combate ao autoritarismo nos anos 70, quanto, mais tarde, para compreender a crise das instituições tradicionais de representação pública democrática, vale dizer, os partidos políticos e os sindicatos, e a emergência de novos sujeitos coletivos de representação pública, em especial os movimentos sociais e as organizações não-governamentais. Cohen e Arato foram talvez os mais originais ao aproximarem a noção de sociedade civil do conceito habermasiano de “mundo da vida”. A sociedade civil seria constituída por aquelas instituições comprometidas com a preservação do mundo da vida contra a colonização por parte da racionalidade sistêmica. No entanto, como a idéia de mundo da vida e sua defesa contra colonizações da razão instrumental é uma proposta de Habermas, logo também essa noção de sociedade civil torna-se uma categoria normativa e já não sociológica. Ligam, desse modo, o conceito àqueles novos sujeitos coletivos de representação política democrática

que se recusam ser apropriados pela lógica estatal e do mercado (ARATO:1992).

A sociedade civil passa a ser, portanto, um espaço de mediação situado entre e para além do Estado e do mercado, protegendo-se contra a colonização de ambos, e mesmo agindo positivamente no controle de sua legitimidade.

Esse retrospecto evolutivo do conceito de sociedade civil é importante a fim de traçar um paralelo entre a história das doutrinas políticas e a história das instituições jurídico-políticas. É possível, com efeito, identificar dois momentos na evolução do conceito de sociedade civil, no que se refere a sua relação.

Num primeiro momento, na tradição que vai do jusnaturalismo até Hegel, tem-se a afirmação do Estado sobre a sociedade. Trata-se, nesse período histórico, da formação dos estados nacionais contra as aristocracias locais e contra os corpos intermediários, bem ainda o pluralismo jurídico que ameaçavam a coesão social e a realização da então nascente idéia de soberania. Por outro lado, a burguesia, classe economicamente dominante e politicamente emergente, buscava articular um fundamento para uma nova ordem jurídico-política que correspondesse aos seus interesses econômicos. Marx também se insere nessa tradição, não para justificar, porém para denunciar a natureza do Estado enquanto poder de uma classe, destinado a fazer perpetuarem as contradições entre as forças produtivas e as relações de produção, entre capital e trabalho.

Uma vez, porém, que se consolidou o estatuto do Estado moderno e este pôde reivindicar com êxito o monopólio do uso legítimo da força pública organizada (Weber), su-

perou-se, no plano da filosofia política, a subordinação da sociedade às razões de Estado. A partir de Gramsci, assiste-se à valorização da sociedade civil como *locus* onde surgem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm a tarefa de resolver mediando-os, evitando-os ou reprimindo-os. Trata-se do palco dos choques entre escatologias de valores em luta pela direção da sociedade e do processo histórico. Nesse contexto, ao Estado já não é viável sustentar-se unicamente sobre a força: o consenso passa a ser um elemento indispensável da política estatal. O Estado precisa ir até a sociedade civil a fim de mercadejar a sua legitimidade; precisa expor-se a fim de justificar racionalmente perante os atores sociais os fundamentos de seu agir, seus objetivos e meios, numa palavra, suas políticas públicas. A transparência torna-se imprescindível, assim do ponto de vista do controle quanto da participação social.

A partir dessa segunda tradição, que vem de Gramsci até os dias atuais, assiste-se à revanche da sociedade civil, sua afirmação perante o Estado. No entanto, isso não signifi-

ca que o Estado tenha recuado — ou que deva recuar — ou mesmo que seu papel seja menos relevante, menos ainda que seja o caso de se postular o *laissez faire*, ou Estado mínimo. Pelo contrário, no presente momento histórico, o papel das instituições estatais é mais relevante que nunca, tendo em vista a necessidade de promover o bem-estar social e garantir os direitos fundamentais. Trata-se, porém, de acentuar o potencial do tecido institucional da sociedade civil no sentido de fiscalizar e participar ativamente do adimplemento de tais metas. Com efeito, é mister aqui recusar a clássica idéia de que as relações entre a sociedade e o Estado seja uma operação de soma zero, vale dizer, quando um se fortalece o outro se enfraquece, quando um ganha o outro perde. Um Estado forte pode perfeitamente coabitar com uma sociedade civil também forte; aliás, fortalecendo-se mutuamente. O regime político democrático provou ser, além do único a satisfazer o postulado ético da centralidade da pessoa e de dar substância ao Estado de Direito, o mais estável socialmente e o mais capaz de promover o desenvolvimento econômico.

Nota de advertência crítica

O fato de ser possível uma interface positiva entre o Estado e a sociedade civil, promovendo, pela ação conjunta, o fortalecimento recíproco de suas instituições, não significa que a saúde dessa relação não possa ser abalada e até comprometida à vista de determinados condicionantes, de sorte que essa espiral crescente de desenvolvimento pode facilmente inverter-se.

Com efeito, como já foi salientado, a melhoria na eficiência e na democratização da administração pública não pode ser feita através do mero aperfeiçoamento dos instrumentos jurídico-administrativos. Pelo contrário, deve levar em conta as características da cultura política da sociedade à qual se aplica.

No que se refere ao caso específico da sociedade brasileira, é preciso tomar em linha de consideração o patrimonialismo que caracteriza a administração pública, bem assim o clientelismo como gramática política sempre utilizada pelos atores sociais no trato com as estruturas de poder. Quanto ao primeiro aspecto, é importante chamar a atenção para a obra de Raymundo Faoro acerca da formação do estamento burocrático no Brasil, a partir do transplante da estrutura patrimonialista do Estado português. A partir dessa estrutura, desenvolveu-se a cultura dos administradores públicos de se servir da máquina administrativa para fins privados. Ao mesmo tempo, do lado da sociedade, registra-se a sua dependência histórica dos programas de desenvolvimento econômico promovido pelo Estado, em particular pelo estamento burocrático. Com efeito, jamais houve no Brasil uma classe burguesa empreendedora ou uma revolução liberal que afirmasse os princípios da livre iniciativa, com seu corolário indispensável que é o risco. O liberalismo foi importado acriticamente, sem a consistência ideológica de sua formulação original, razão por que conviveu, nas instituições político-jurídicas brasileiras, contraditoriamente com o protecionismo das elites, a escravidão e a condução do desenvolvimento pelo próprio Estado que se substituiu à iniciativa privada, assumindo posição funcionalmente correspondente à da classe burguesa, então inexistente. Com efeito, a industrialização brasileira se deu também promovida pelo Estado, controlado sempre por um estamento burocrático insulado, tanto na década de 30 quanto na de 50, mediante política de substituição de importações.

Toda essa herança cultural e histórica não se rompe de uma hora para outra, de modo que impõem-se reservas, no que se refere à tentativa de eliminar controles de procedimento em nome de controle de resultados, presumindo a superação, na cultura dos administradores, da confusão do patrimônio público com o particular; e, no que se refere às possibilidades de a sociedade civil prestar serviços públicos socialmente essenciais, cumpre questionar a consistência do seu tecido institucional e da sua autonomia em relação às políticas estatais (FAORO:2000).

Por outro lado, o clientelismo é outro traço a ser levado em conta na implantação dos princípios gerenciais. Com efeito, os atores da sociedade brasileira valem-se das relações pessoais com ocupantes de postos governamentais para auferir benefícios privados. Em vez de se articular em grupos de pressão a fim de reivindicar seus interesses, o brasileiro prefere usar o se “jeitinho”, o seu “jogo de cintura”, para conseguir o que quer, individualmente, valendo-se de sua articulação pessoal com as estruturas de poder. Essa característica cultural dificulta a organização da sociedade civil, permanecendo atomizada. O brasileiro prefere agir individualmente a articular-se em grupos (NUNES:1997).

Tudo isso deve ser levado em conta na implantação dos modelos. O redirecionamento das demandas sociais para a própria sociedade civil deve ser precedida pela reflexão sobre a capacidade da sociedade civil brasileira de responder satisfatoriamente a esse redirecionamento, especialmente levando-se em conta a enorme desigualdade social e a estreita classe média que a caracteriza.

Considerações finais

Neste artigo examinamos as linhas fundamentais de uma reforma que já está em curso, tanto nos países desenvolvidos, como e principalmente nos em desenvolvimento. Na maior parte dos casos, trata-se de uma agenda de reestruturação política e econômica imposta pelos países capitalistas centrais e pelo capital internacional como condição de credibilidade desses países ante os investidores.

O modelo gerencial de administração pública inicia e fundamenta sua proposta a partir de um diagnóstico de crise, esgotamento ou obsolescência do modo burocrático de administrar o Estado, visando à desregulamentação, à substituição dos controles de procedimento em troca das avaliações de desempenho, além da descentralização e da subsidiariedade da União em relação aos poderes locais. No que se refere às relações do Estado com a sociedade, o gerencialismo, como se observou, sentencia a inviabilidade de um Estado de Bem-Estar Social conforme prevaleceu nos anos 50, isto é, intervencionista e condutor do desenvolvimento enquanto agente econômico, produzindo bens e serviços para o mercado. Em face da crise fiscal, propõe o redimensionamento de suas funções, abandonando sua função “empresarial”, privilegiando uma função regulatória da economia, ao mesmo tempo que redireciona as demandas sociais por serviços públicos para a própria sociedade civil, o setor público não-estatal. Tudo isso é possível graças à classificação tripartite da propriedade: particular, estatal e pública não-estatal.

A proposta da nova administração pública tem certamente suas vantagens, na medida em que satisfaz um postulado ético de dar o máximo de liberdade e autonomia para a própria sociedade. O Estado torna-se menos paternalista, permitindo à coletividade conduzir seu próprio destino, da mesma forma que se torna mais competitivo no mercado internacional globalizado.

No entanto, é necessária cautela. Cautela para aceitar às cegas os modelos construídos para a realidade européia e norte-americana, sem levar em consideração as especificidades culturais do Brasil. Tal modelo gerencial, de fato, embora seja muitas vezes apresentado pelos setores governamentais como única alternativa possível ao caos econômico, é, na verdade, uma proposta elaborada por interesses ligados às megamáquinas do capital financeiro internacional. Necessário, portanto, indagar acerca da capacidade do tecido institucional da sociedade civil brasileira de dar conta da imensa tarefa que ora se lhe propõe; se ela será capaz de defender-se e competir com esse capital, muitas vezes predatório. Noutros termos, é mister questionar se o Brasil está pronto para essa terceira via, sem que tenhamos concluído sequer a primeira e a segunda, isto é, sem que a formação de uma classe burguesa responsável e empreendedora se tenha consolidado de forma independente dos protecionismos estatais e sem que um Estado de Bem-Estar, garantidor de direitos sociais aos menos favorecidos, tenha efetivamente cumprido sequer a menor parte de suas promessas.

Referências

BOBBIO, Norberto. **Sociedade e Estado na filosofia política moderna**. São Paulo: Brasiliense, 1986.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Sociedade civil: sua democratização para a reforma do Estado**. Brasília: ENAP, 1998.

—————. **A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

COHEN, Jean L. e ARATO, Andrew. **Civil society and political theory**. Cambridge, Ma: The MIT Press, 1992.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2000. Vol. 1 e 2.

HEGEL, G. W. **Princípios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NUNES, Edson. **A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **Governabilidade, governança e capacidade governativa**. Brasília: ENAP, 1996.



Tomada de Contas Especial • Reforma da P

Auditoria de gestão: a experiência do Tribunal de Contas de Santa Catarina

Luís Carlos Wisintainer*

Introdução

A Constituição Estadual de 1989 concebeu atribuições e competências para o Tribunal de Contas de Santa Catarina, *entre as quais se destacam a de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial* dos órgãos e entidades da administração pública.

Na atualidade, o órgão fiscalizador Tribunal de Contas utiliza uma metodologia de auditoria consagrada no meio científico, a qual se destina a realizar inspeções e verificações da aplicação dos recursos públicos, que resultam em conclusões de caráter técnico amparadas em diplomas legais.

Atendendo ao mandamento constitucional, previsto no art.113, no ano de 2002, esse órgão fiscalizador agregou a idéia de realizar uma metodologia diferenciada nos trabalhos de auditoria, algo que incluísse aspectos anteriormente pouco abrangidos, como economicidade, eficiência, eficácia e efetividade dos programas e projetos governamentais. Nesse sentido, foram realizados cursos de

capacitação que colocaram os técnicos em contato com essas idéias. Disto resultaram trabalhos reveladores de ações e práticas públicas dificilmente antes contempladas nos trabalhos de auditoria deste Tribunal. Compreende-se, a partir deste momento, que a responsabilidade do órgão transcendia aos aspectos legais.

Atento a tal situação, no exercício de 2003, o Tribunal de Contas desencadeou a realização do processo de Planejamento Estratégico institucional que, dentre outras coisas, propõe um Plano de Atuação, alicerçado estrategicamente em diretrizes e objetivos definidos de forma ampla e participativa. Nesses objetivos propostos está a definição de Plano de Capacitação de Recursos Humanos do TCE, habilitando o corpo técnico à Auditoria de Gestão.

Em vista do exposto, questiona-se: em que estágio encontram-se as auditorias de gestão aplicadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina?

Atribuições constitucionais do Tribunal de Contas

As atribuições e competências do Tribunal de Contas de Santa Catarina estão descritas no art. 59 e 113 da Constituição Estadual, separando a função atinente ao governo estadual e ao municipal.

O artigo 59 descreve as atribuições do órgão junto às entidades estaduais e assim dispõe: “Art. 59 - O controle externo, a cargo da Assembleia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

- I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador; as quais serão anexadas às dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
- II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração direta e indireta, incluídas as sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;
- III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
- IV - realizar, por iniciativa própria, da Assembleia Legislativa, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira,

orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas de empresas de cujo capital social o Estado participe, de forma direta ou indireta, nos termos do documento constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pelo Estado a Municípios, mediante convênio, acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento congêner, e das subvenções a qualquer entidade de direito privado;

VII - prestar, dentro de trinta dias, sob pena de responsabilidade, as informações solicitadas pela Assembleia Legislativa, ou por qualquer de suas comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Assembleia Legislativa;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados;

XII - responder a consultas sobre interpretação de lei ou questão formulada em tese, relativas a matéria sujeita a sua fiscalização.

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pela

Assembleia Legislativa, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se a Assembleia Legislativa ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará à Assembleia Legislativa, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Já o artigo 113 da Carta Estadual traz as atribuições do Tribunal de Contas pertinentes aos municípios catarinenses e que assim menciona:

“Art. 113 — A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades da administração pública municipal, quanto à legalidade, à legitimidade, à economicidade, à aplicação das subvenções e à renúncia de receitas, e exercida: I - pela Câmara Municipal, mediante controle externo;

II - pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal é exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, observado, no que couber e nos termos da lei complementar, o disposto nos arts. 58 a 62.

§ 2º O parecer prévio emitido pelo Tri-

bunal de Contas do Estado sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º A Câmara Municipal somente julgará as contas após a emissão do parecer prévio do Tribunal de Contas.

§ 4º As contas do Município ficarão durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 5º “O Tribunal de Contas do Estado emitirá parecer sobre as contas prestadas anualmente pelo Prefeito até o último dia do exercício em que foram prestadas”

O grande objetivo do Tribunal de Contas, segundo o livro TCE: Controle Público e Cidadania (2001, p.14), é “*comprovar a probidade da administração e a regularidade da guarda e da utilização dos recursos públicos, além da fidelidade na execução do orçamento. Por consequência, coibir a ação dos maus administradores, caracterizada por fraudes, desvios de recursos e atos de corrupção*”.

Cabe aqui ressaltar que a função de julgar as contas dos governos estadual e municipal é totalmente delineada pelo Poder Legislativo de cada ente, ou seja, Assembleia Legislativa, quando o assunto refletir em nível estadual, e Câmaras de Vereadores quando a matéria pertencer aos municípios.

Auditoria de regularidade x auditoria de gestão

Como foi visto anteriormente, o Tribunal de Contas tem suas atribuições guardadas na Constituição, indicando assim, que é uma função estatal a que é perseguida por esse

órgão fiscalizador. Atualmente, o Tribunal de Contas de Santa Catarina fiscaliza em torno de 2.500 unidades, desde dinheiros disponibilizados para servidores investidos

em função pública, até as contas anuais do Governo do Estado. Neste prisma avança a Constituição e demanda uma forma de fiscalização por parte do Tribunal de Contas, indicando que exista uma fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial. Sabe-se que os administradores públicos estão centrados nos princípios norteadores determinados no art. 37 da Carta Magna, que institui o princípio da legalidade, segundo o qual os atos dos administradores públicos devem estar previstos em lei (somente pode fazer aquilo que a lei determina).

Nessa corrente é que o Tribunal de Contas de Santa Catarina tem atuado, auditando todo recurso público desembolsado pelos administradores públicos, verificando se estão previstos em lei, se possuem caráter público e se não apresentam irregularidades. Daí o porquê da expressão auditoria de regularidade.

Auditoria de Gestão é aquela que recebe como uma avaliação da efetividade das ações implementadas pelo “auditado” e da eficácia em cumprir seus objetivos, programas e metas, e da legalidade, economicidade e eficiência na administração de seus recursos.

Analisando-se o conceito formal de auditoria de gestão, verifica-se que esse tipo incorpora não somente o aspecto legalista, como também a análise de todo um contexto em que se desenvolvem os programas e projetos, cuja fonte de recursos é pública. Nesse sentido, vai além da simples “boa” verificação da aplicação do dinheiro público e passa a analisar os resultados em comparação com os objetivos inicialmente estabele-

cidos, de modo a constatar a eficácia e a efetividade das ações implementadas, em termos de resultados alcançados para a coletividade, na atualidade e no futuro. Isto nos conduz a pensar, por exemplo, que não basta somente empregar recursos públicos em grandes projetos, ou execução de obras, propostos em planos de governos diferenciados, pois muitas vezes o valor despendido nessas ações não reflete os benefícios gerados à parcela da população ao qual se propunha inicialmente.

Os quatro “Es” da auditoria de gestão

Na perspectiva da auditoria de gestão encontram-se termos que norteiam a aplicação dos recursos públicos, fazendo com que na sua aplicação sejam incorporadas a idéia de avaliação e a busca pelos resultados. Esses termos são: Economicidade, Eficiência, Eficácia e Efetividade.

Economicidade: obtenção e/ou alocação de recursos adequados, nas quantidades necessárias e no momento certo. Refere-se à capacidade de gerir adequadamente os recursos a sua disposição.

Eficiência: obtenção de níveis máximos de produção com níveis mínimos de recursos. Refere-se à obtenção da máxima produtividade dos recursos disponíveis, sem comprometimento da qualidade.

Eficácia: consecução dos objetivos programados, em termos da ação da entidade ou programa, conforme planejado. Refere-se aos objetivos e metas programados.

Efetividade: obtenção dos resultados esperados advindos da ação programada. Refere-se aos efeitos e impactos causados pela ação.

Auditoria de gestão: a experiência do Tribunal de Contas de Santa Catarina

Nesta etapa do trabalho serão apresentadas as experiências que o Tribunal de Contas de Santa Catarina obteve com a Auditoria de Gestão, nas diversas auditorias realizadas no biênio 2002/2003. Para compor esse rol, buscaram-se nos arquivos da Diretoria de Planejamento e do Instituto de Contas, setores responsáveis pela disseminação dessas auditorias, os relatórios desenvolvidos pelas equipes. De cada um dos relatórios foram retirados o nome do programa, o objetivo geral da auditoria, o problema de auditoria e o ponto fundamental dos trabalhos, que são as recomendações.

Transcrevem-se abaixo, na íntegra, as informações relacionadas com as auditorias efetuadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina.

1) PROGRAMA MAGISTER – Desempenho do Programa MAGISTER na formação de professores da rede pública estadual catarinense.

OBJETIVO GERAL – Avaliar o Programa Magister em relação à suficiência de recursos humanos habilitados ao magistério público estadual, especialmente nas áreas de ciências exatas.

PROBLEMA DE AUDITORIA – O Programa Magister tem conseguido, desde sua implantação, suprir a insuficiência de recursos humanos habilitados ao magistério público estadual, especialmente nas áreas de ciências exatas?

2) PROGRAMA DE COLETA SELETIVA

OBJETIVO GERAL – Avaliar as ações do Município para a coleta seletiva de lixo no que concerne à COMCAP, quanto

ao atingimento de padrões de eficácia, na redução do impacto ambiental e eficiência na operacionalização da coleta.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Os procedimentos de coleta seletiva de lixo adotados pela COMCAP são adequados para o total de resíduos sólidos urbanos produzido em Florianópolis?

3) PROGRAMA VALORIZAÇÃO DO POLICIAL – Programa de qualificação do policial civil – Treinamento e qualificação do policial civil em diversos cursos.

OBJETIVO GERAL – Verificar a possível relação existente entre o Programa de Treinamento e Qualificação do Policial Civil e os tipos de delitos (ocorrência e importância).

PROBLEMA DE AUDITORIA – Os cursos de capacitação da Polícia Civil estão voltados às ocorrências mais comuns registradas no Estado de Santa Catarina?

4) PROJETO FLORESTAL DE GERAÇÃO DE TRABALHO E RENDA

OBJETIVO GERAL – Verificar se o Projeto Florestal de Geração de Trabalho e Renda constitui numa fonte de preservação ambiental, de desenvolvimento social e de desenvolvimento econômico conforme preconizado no próprio projeto.

PROBLEMA DE AUDITORIA – A concepção e a implementação do Projeto Florestal de Geração de Trabalho e Renda contribuirão, de fato, para a preservação do meio ambiente, a diminuição do êxodo rural e a geração de renda para os agricultores?

5) PROGRAMA MICROBACIAS I – PROSOLO – Projeto de recuperação e manejo dos recursos naturais na microbacia hidrográfica de Ribeirão das Cobras, no município de Rio do Sul.

OBJETIVO GERAL – Averiguar a sustentabilidade das ações implementadas pelo PROSOLO, componente do Projeto Microbacias I, na Microbacia das Cobras, no município de Rio do Sul.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Quais ações implementadas pelo Programa de Incentivo ao Manejo e Conservação do Solo, da Água e Controle de Poluição na Microbacia Ribeirão das Cobras apresentam a sustentabilidade que foi indicada como tendência na avaliação final do Projeto Microbacia I?

6) PROGRAMA DE INFORMÁTICA PEDAGÓGICA – Utilização prática do conteúdo ministrado aos professores capacitados através do Programa de Informática Pedagógica no Ensino Fundamental, no âmbito do município de Florianópolis-SC.

OBJETIVO GERAL – Avaliar se os conhecimentos adquiridos no Programa de Informática Pedagógica estão sendo utilizados pelos professores da Rede Municipal de Ensino Fundamental, em suas práticas de ensino, como ferramenta pedagógica, nas diversas disciplinas ministradas.

PROBLEMA DE AUDITORIA – O Programa de Informática Pedagógica, no que tange à capacitação de professores, tem sido utilizado por estes de forma efetiva como ferramenta pedagógica para facilitar a apreensão dos conteúdos do ensino fundamental?

7) PROGRAMA DE REORGANIZAÇÃO DO MODELO ASSISTENCIAL E DES-

CENTRALIZAÇÃO – Procedimentos de alta complexidade/alto custo nas áreas de cardiologia e oncologia.

OBJETIVO GERAL – Avaliar a funcionalidade da macrorregionalização na assistência à saúde, em procedimentos de alta complexidade, nas especialidades da cardiologia e da oncologia.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Até que ponto os resultados/benefícios no programa de descentralização têm sido atingidos?

8) PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR – Aquisição de gêneros alimentícios para alimentação escolar do Ensino Fundamental.

OBJETIVO GERAL – Verificar a operacionalização do Programa de Alimentação Escolar no âmbito da Secretaria de Estado da Educação e Inovação e a sua operacionalização pelos municípios que assinaram Termo de Anuência junto ao FNDE e receberam os recursos de forma direta do Governo Federal.

PROBLEMA DE AUDITORIA – A operacionalização do Programa de Alimentação Escolar no que se refere aos controles de aquisição, armazenagem, distribuição dos alimentos, elaboração e acompanhamento de cardápio é mais bem executada pelos municípios do que pelo Estado?

9) PROGRAMA FUNDEF – Programa de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério.

OBJETIVO GERAL – Verificar as diferenças estruturais e motivacionais no ensino fundamental municipal, tendo em vista a adoção dos modelos seriado (convencional) e Ciclado (organização por ciclos de formação), indicando os aspectos positivos e negativos observados.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Existem diferenças significativas em função da adoção dos modelos ciclado e seriado no ensino fundamental de Blumenau, considerando os indicadores educacionais e fatores motivacionais específicos?

10) PROGRAMA EQUIVALÊNCIA EM PRODUTO (TROCA-TROCA)

OBJETIVO GERAL – Avaliar o Programa Equivalência em Produto (Troca-Troca) de 2002 no que concerne aos resultados obtidos no suporte ao Programa Auto-suficiência do milho no Estado de Santa Catarina, na garantia de renda ao agricultor e na oferta de produto com qualidade elevada, bem como a viabilidade operacional para o Programa de 2003.

PROBLEMA DE AUDITORIA – O Programa Equivalência em Produtos (troca-troca) do exercício de 2002 ofereceu suporte ao Programa Auto-Suficiência do Milho no Estado de Santa Catarina, garantiu renda aos agricultores que dele participaram e permitiu a colocação no mercado de um produto com qualidade elevada e foram cumpridas as suas normas operacionais?

11) PROGRAMA DE MODERNIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA E GESTÃO DOS SETORES SOCIAIS BÁSICOS – PMAT

OBJETIVO GERAL – Avaliar o Processo de Implementação do Programa de Modernização da Administração Tributária e Gestão dos Setores Sociais Básicos – PMAT do Município de Lages, em função das mudanças observadas e das expectativas geradas.

PROBLEMA DE AUDITORIA – A implementação do PMAT no Município de Lages, em função dos resultados observados, está sendo conduzida de forma a alcançar os objetivos propostos?

12) PROGRAMA EDUCAÇÃO INFANTIL

OBJETIVO GERAL – Avaliação do serviço público de ensino infantil de Criciúma, executado de forma indireta por entidade filantrópica e direta pela rede municipal de ensino.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Analisando os custos atuais e mantidos os parâmetros utilizados pela AFASC, se o atendimento fosse executado diretamente pela Prefeitura Municipal de Criciúma, proporcionaria a inclusão de novas crianças no sistema?

13) PROGRAMA ADMINISTRAÇÃO DA ZONA AZUL/ÁREA BRANCA/ESTACIONAMENTO ROTATIVO

OBJETIVO GERAL – Avaliar o programa Zona Azul de Florianópolis (SC) quanto à sua concepção e o atingimento dos objetivos estabelecidos.

PROBLEMA DE AUDITORIA – Os objetivos estabelecidos na concepção do programa Zona Azul/Área Branca/Estacionamento Rotativo em Florianópolis (SC) foram alcançados?

14) PROGRAMA ACELERAÇÃO DE APRENDIZAGEM

OBJETIVO GERAL – Verificar se os recursos do FUNDEF estão sendo aplicados de forma a viabilizar os projetos do ensino fundamental da rede municipal de Joinville.

PROBLEMA DE AUDITORIA – O Programa Aceleração da Aprendizagem está capacitando o aluno de forma que, ao retornar à classe regular, ele consiga acompanhar os demais alunos?

Conclusão

Este trabalho teve como objetivo a apresentação das auditorias de gestão realizadas pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina. Todas essas auditorias estão com seus relatórios finalizados, constando, inclusive, recomendações para que os fiscalizados possam melhorar os resultados dos programas/projetos. Pelo que se pôde apresentar, o Tribunal de Contas de Santa Catarina realizou auditorias de gestão em diversos programas/projetos, tanto em nível estadual quanto municipal.

Comente-se que todas as auditorias de gestão realizadas foram em função do planejamento estratégico institucional aplicado neste órgão de contas, onde se objetivou a definição de Plano de Capacitação de Recursos Humanos do TCE, habilitando o corpo técnico para a Auditoria de Gestão. Então, cumpre afirmar que os trabalhos aqui citados são frutos de requisito do programa de capacitação posto em prática pelos servidores deste Tribunal de Contas.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>> Acesso em: 02 out.. 2003.

ROCHA, Arlindo C. **Apostila do 3º Programa de Capacitação em Metodologia da Auditoria de Gestão no Setor Público**. Florianópolis, 2003.

SANTA CATARINA. **Constituição (1989)**. 5. ed. Florianópolis: Insular, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **TCE: controle público e cidadania**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2001.

ROCHA, Arlindo C. **Apostila do 3º Programa de Capacitação em Metodologia da Auditoria de Gestão no Setor Público**. Florianópolis: 2003.

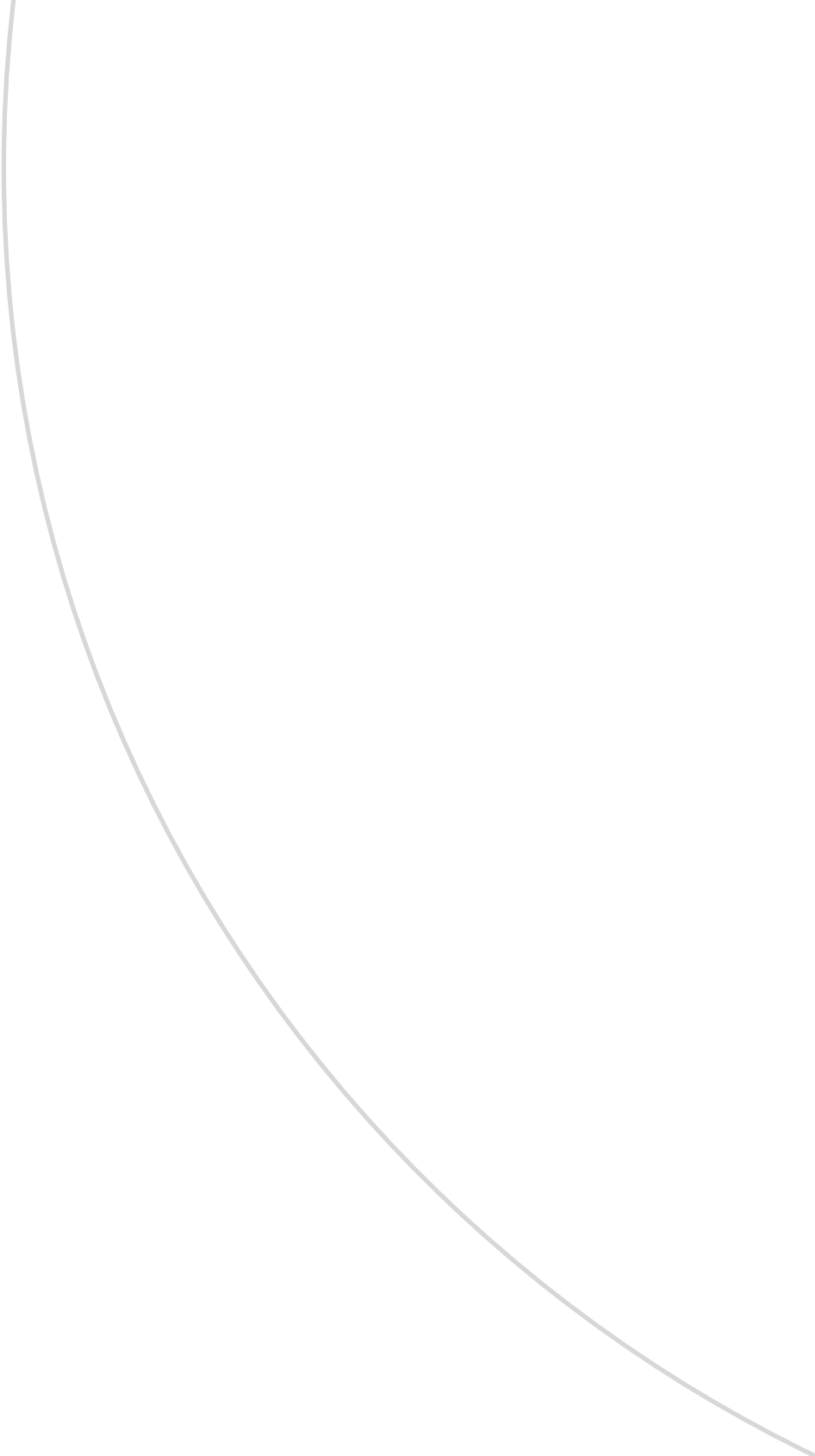
A Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal: principais aspectos	47
A atuação do Tribunal de Contas no controle fiscal da administração pública	63
Desmitificando a Lei de Responsabilidade Fiscal	73
A atuação do Ministério Público na efetivação da Lei de Responsabilidade Fiscal	85

Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

HASSIS/63

Revista do TCE



A Lei de Responsabilidade Fiscal: principais aspectos

João Luiz Gattringer*

Considerações Iniciais

Historicamente, o interesse pela responsabilidade na gestão pública nunca foi ponto de preocupação específica. Aliás, a responsabilidade do resultado negativo do Governo tem sido quase sempre atribuída ou à falta de planejamento ou ao despreparo dos administradores na gerência dos dinheiros públicos.

Recentemente, o Governo Federal editou uma série de normas com objetivo de implementar a reforma do Estado, visando combater a crise fiscal, manter a estabilidade econômica, assim como propiciar a competitividade global, e, sob

forte influência estrangeira, principalmente do FMI – Fundo Monetário Internacional, ao qual o Brasil se encontra vinculado, em cumprimento à reforma Administrativa¹, deu especial atenção à responsabilidade fiscal do gestor público.

Surgiu, dessa forma, a Lei Complementar nº 101/2000², também conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal ou simplesmente LRF, com texto altamente técnico e complexo que, em regulamento aos artigos 163 e 169, “caput”, ambos da Constituição Federal³, objetivou estabelecer normas orientadoras sobre finanças

* Contador. Bacharel em Direito. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

¹ Brasil. Emenda Constitucional nº 19, publicada no DOU em 05 de julho de 1998. Consoante ao art. 30, o Presidente da República deveria apresentar ao Congresso Nacional o projeto da Lei Complementar de que trata o art. 163 da Constituição Federal, no prazo de cento e oitenta dias contados da promulgação da Emenda.

² Brasil. Lei Complementar nº 101/2000, de 04 de maio de 2000, publicada em 05 de maio de 2000, que “Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências”.

³ Brasil. Constituição Federal. Art. 163. Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; III - concessão de garantias pelas entidades públicas; IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública; V - fiscalização das instituições financeiras; VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios; VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional. [...] Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar.

públicas, aplicáveis a todas as esferas de governo, e traduziu-se num código de conduta gerencial para todos os administradores públicos do país, assim como estabeleceu limites para a dívida pública e gastos com despesas de pessoal por nível de governo e Poder.

Do próprio texto da Lei de Responsabilidade Fiscal, já no primeiro artigo, exsurge o seu principal objetivo que é o disciplinamento da gestão dos recursos públicos visando ao equilíbrio, à transparência e ao controle dos gastos e das contas públicas, atribuindo aos administradores mais responsabilidade na condução da gestão fiscal dos recursos públicos, cuja inobservância resultará em severas sanções, tanto no âmbito institucional, como ao administrador que vier a descumprir tais regras.

Entretanto, para que uma lei com forte apelo ético fosse inserida no gosto popular e ganhasse efetividade, foi indispensável a forte atuação do Governo, através de uma série de discussões com os diversos segmentos da sociedade, principalmente com aqueles que ficaram com a missão de torná-la exequível. Note-se, então, que não bastou apenas prender-se à fixação dos padrões e critérios de conduta; também foi necessário criar um novo paradigma de comportamento, lastreado num forte sistema de controle para comparar os padrões fixados com os atos realizados e, por consequência, atingir o cumprimento das ações desejadas.

Daí erguem-se os tribunais de contas como órgãos vocacionados a propiciar a efetivação da lei em todo o território nacional, em razão das suas atribuições já conferidas pela Constituição Federal⁴. Desse modo, pode-se dizer que a efetivação e aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal estão condicionadas à atuação dessas casas de controle. Nesse sentido, a Lei de Responsabilidade Fiscal vem reforçar as já lançadas linhas de controle e orientação que tribunais de contas estão executando há mais de uma década. Porém, agora, muito antes de fiscalizar a atuação dos governos e administradores de dinheiros e bens públicos, os tribunais de contas trilharam o caminho da orientação, visando esclarecer as regras a que tais “gerentes” estão condicionados. Para tanto, além da possibilidade de responder consultas formuladas formalmente⁵, é comum os tribunais de contas realizarem congressos, seminários e encontros; providenciarem a edição de apostilas, boletins, manuais e guias de orientação e, no caso do Tribunal de Contas de Santa Catarina, oportunizar o atendimento personalizado dessas autoridades públicas, tanto pessoalmente como por telefone, disponibilizando inclusive sua jurisprudência na página do Tribunal na internet⁶.

Assim, o propósito deste trabalho é destacar os principais objetivos da Lei de Responsabilidade Fiscal e realçar seus principais pontos, mais precisamente quanto a planejamento, transparência, controle e responsabilização das contas públicas.

⁴ As competências deferidas ao Tribunal de Contas da União e, por simetria, aos demais tribunais de contas do País, estão endereçadas nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal.

⁵ Consoante art. 59, inciso XII da Constituição Estadual e art. 1º, inciso XV, da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina.

⁶ A página do Tribunal de Contas na internet acessa-se pelo web-site: www.tce.sc.gov.br.

Finalidade, abrangência e pontos basilares

Finalidade

A finalidade da Lei de Responsabilidade é de disciplinar a gestão dos recursos públicos visando ao equilíbrio, à transparência e ao controle dos gastos e das contas públicas, atribuindo aos gestores mais responsabilidade na condução da gestão fiscal dos recursos públicos. Dessa forma, a Lei de Responsabilidade Fiscal fixa-se em orientar as práticas dos administradores públicos na condução da gestão orçamentária, conscientizar a população da importância dessas mudanças no ambiente público, e sobretudo, combater o déficit público.

Nesse diapasão, Yara Darcy Police Monteiro⁷ diz que a Lei de Responsabilidade Fiscal

[...] Apresenta-se com a missão de impedir que se perpetuem os desmandos que têm marcado a Administração Pública brasileira, com gestões desastrosas e irresponsáveis, sem nenhum compromisso com a eficiência e a transparência. Sob o manto da impunidade, parece ter-se generalizado o conceito de que o bom administrador é aquele que, mediante artimanhas espúrias, gasta mais do que arrecada; descumpre os contratos que celebra e os prazos fixados pelo Poder Judiciário para honrar precatório; deixando, destarte, o maior passivo possível aos cuidados de seu sucessor.

Nesse sentido, a nova lei tem objetivo claro e específico de impor, sob pena de severas sanções, significativas transformações nos procedimentos de gestão administrativa, para assegurar o equilíbrio orçamentário e financeiro, ou seja, o indispensável encontro entre receita e despesa [...].

Então, por assim dizer, o objetivo fundamental da Lei de Responsabilidade Fiscal é promover o equilíbrio das contas públicas combatendo o déficit público, artifício outra tão utilizado no âmbito governamental para financiar as ações do governo e estimular a economia, ainda que houvesse freqüentes crises financeiras e sacrifício na área dos investimentos públicos.

Também se pode relacionar como objetivo específico da Lei de Responsabilidade Fiscal a participação popular, através do chamamento à sociedade para o acompanhamento e destinação dos recursos públicos arrecadados, visando ao atingimento das metas eleitas em conjunto com a comunidade.

Contudo, sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal é possível também destacar outros objetivos, esses mais gerais, que se referem ao atendimento dos princípios da Administração Pública escritos no “caput” do art. 37 da Constituição Federal, principalmente àqueles relacionados ao cumprimento dos princípios da publicidade e da eficiência.

Abrangência

Os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal aplicam-se a todos os entes estatais (União, estados e municípios), abrangendo os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e as entidades da administração indireta, destas excluídas as empresas que não dependam dos recursos do Tesouro para sobreviverem.

⁷ MONTEIRO, Yara Darcy Police. A Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos jurídicos – *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, Ed. NDJ, ano XVIII, n° 7, 2002, p. 485/490.

Contudo, uma corrente de juristas vê inconstitucionalidade na abrangência da Lei de Responsabilidade Fiscal. Sobre a questão, disse Flávio Régis Xavier de Moura e Castro⁸,

[...] para mim, assim como para alguns constitucionalistas de peso, a Lei de Responsabilidade Fiscal fere o princípio federativo insculpido nos arts. 1º e 18 da Carta Política de 1988 quando confere à União Federal poderes que são constitucionalmente reservados aos outros entes da Federação.

É que o legislador constituinte originário, ao atribuir à União, aos Estados e ao Distrito Federal, através do art. 24 da Constituição Federal, a competência legislativa concorrente, determinou, por força do disposto no § 1º, que a união tem primazia em relação aos demais entes da Federação para legislar sobre as matérias ali relacionadas, incluindo Direito Financeiro, apenas no que diz respeito à fixação de normas gerais.

Assim, a Lei complementar nº 101/2000 deve regulamentar exaustivamente as finanças públicas na esfera federal de governo. No que respeita às demais entidades federativas, a referida lei tem que se ater à fixação de normas gerais, vale dizer, sem adentrar na normatização específica [...].

No arremate de Yara Darcy Police Monteiro⁹,

[...] quando a Constituição confere competência para legislar por meio de normas gerais, como no caso do diploma em apreço, é defeso à União esgotar a disciplinação

da matéria, porquanto assim procedendo estará invadindo competências reservadas aos estados e municípios.

Mas, tratando-se de repartição de competência legislativa entre ordens jurídicas distintas, sobre o mesmo campo material, é natural que se instaure o conflito, cabendo ao Poder Judiciário, quando instado a se manifestar, dirimir as pendências.

A nosso entender, os pontos vulneráveis da lei em análise derivam basicamente do vício de origem ora exposto, e do desrespeito ao princípio da independência entre os órgãos do poder.

A LRF, longe de estabelecer as normas gerais disciplinadoras das finanças públicas, esgotou a matéria sem deixar espaço para estados e municípios adaptarem suas disposições às peculiaridades locais para assim atenderem suas realidades fáticas [...].

Pontos basilares

Para alcançar seu objetivo, a Lei de Responsabilidade Fiscal se apóia em quatro grandes regras basilares, também conhecidas como pilares ou pontos fundamentais de apoio, ou também mecanismos operacionais utilizados para atingir o objeto maior traçado na Lei de Responsabilidade Fiscal¹⁰, quais sejam: o planejamento, o controle e fiscalização das receitas e despesas, a transparência e a responsabilização ou sanções, como se comenta a seguir.

⁸ CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. *Apontamentos sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Atricon, Belo Horizonte, julho, 2000, pp 07/21.

⁹ MONTEIRO, Yara Darcy Police. Op. Cit. P. 487.

¹⁰ Brasil. LRF: Segundo o art. 1º, § 1º, o objeto maior da LRF é o equilíbrio das contas públicas e a participação popular.

Planejamento

A adoção de um sistema de planejamento¹¹ integrado na Administração Pública deveu-se a estudos realizados pela Organização das Nações Unidas - ONU, que concluiu que nos países subdesenvolvidos os recursos financeiros gerados pelas receitas próprias de cada ente eram insuficientes (escassos) em relação às necessidades da população. Sendo assim, sugeriu-se que esses países adotassem a metodologia do sistema de planejamento integrado, visando priorizar melhor aplicação dos recursos financeiros e minimizar os problemas econômicos e sociais existentes.

Conforme Helio Saul Mileski¹²,

A concepção de um sistema de planejamento no Brasil é oriunda de 1948, com a elaboração do denominado Plano Salte, que, durante o governo de Eurico Gaspar Dutra, deu priorização para os setores da saúde, alimentação, transporte e energia. Nos anos seguintes, foram elaborados vários planos de desenvolvimento, quando a Constituição de 1967 e o Decreto-Lei 200/67 implantaram a reforma administrativa e um sistema de planejamento, inclusive com a criação do Ministério do Planejamento e Coordenação Geral, introduzindo no direito financeiro nacional o Orçamento Plurianual de Investimentos.

Na Carta de 1988, o planejamento das ações de governo se consolidou conforme escrito nos artigos 165 e 166, efetivando-se na adoção de um sistema orçamentário integrado, onde estão previstas a elaboração de três leis, interligadas entre si: a Lei do Plano Plurianual - que substituiu o então plano plurianual de investimentos¹³; a Lei de Diretrizes Orçamentárias - introduzida na Carta de 1988; e a Lei do Orçamento Anual - que passou a ser balizada pelas duas leis anteriores. Dessa forma, verifica-se que a Constituição Federal instrumentalizou o planejamento orçamentário através de atos normativos hierarquizados, que se interligam, com objetivo de dotar o setor público de um processo que reflita um plano de governo racional a longo, médio e curto prazo.

Com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, o planejamento das ações de governo, contido em capítulo especial¹⁴, transformou-se em ponto fundamental da gestão fiscal responsável, onde se estabeleceram regramentos basilares sobre a captação e a aplicação dos recursos públicos, assegurados através de regras próprias, e a obediência de limites, cujos fundamentos estão ligados à transparência e ao equilíbrio das contas públicas,

¹¹ “Segundo STEINER, o planejamento é um processo através do qual os administradores decidem o que deve ser feito, quando fazer, como será feito e quem fará.” (in SILVA NETO, José Carvalho da e TESTONI, Militino. *Planejamento e orçamento público municipal: alguns aspectos relevantes*, p. 09).

¹² MILESKI, Helio Saul. *O controle da gestão pública*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

¹³ *Constituição Federal de 1967*, Alterada pela EC 01/69, art. 63 e parágrafo único.

¹⁴ Brasil. *Lei Complementar nº 101/2000*. A Lei de Responsabilidade Fiscal destina o capítulo II para tratar sobre o planejamento.

Assim, um dos instrumentos principais da Lei de Responsabilidade Fiscal é o planejamento das ações do governo, que se dá através dos orçamentos compostos pelo Plano Plurianual (também conhecido como PPA), pela Lei de Diretrizes Orçamentária (ou LDO) e pela Lei Orçamentária Anual (LOA, também chamada de Lei de Meios), em que o Poder Público deve organizar e priorizar os seus gastos considerando a sua capacidade de arrecadação. É através da ação planejada que será programada a execução dos orçamentos e o cumprimento dos objetivos neles traçados.

Segundo o § 1º do art. 165 da Constituição Federal, o Plano Plurianual (PPA) visa estabelecer as diretrizes e metas para as despesas de capital e outras despesas dela derivadas, como também para as despesas relativas aos programas de duração continuada para quatro anos, iniciando no segundo ano de mandato do governo e terminando no primeiro ano de mandato subsequente. A Lei de Responsabilidade Fiscal visava regulamentar, no art. 3º, a Lei do Plano Plurianual. Contudo, sob o argumento da exigüidade dos prazos estabelecidos para sua elaboração, como também a duplicidade de informações solicitadas, o dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), conforme estabelece o § 2º do art. 165 da Constituição Federal, tem vigência anual, e seu objetivo, em conformidade com o Plano Plurianual, é orientar a elaboração do orçamento e regulamentar o ritmo da realização das metas durante o exercício vindouro. Essa Lei exerce o papel de controle da arrecadação e das prioridades a serem atendidas pelo governo em caso de necessidade.

Assim sendo, deverá contemplar regras sobre a realização das metas fixadas, o equilíbrio financeiro, o alcance dos resultados nominal e primário fixados, a renúncia de receitas, o aumento de tributos, os reajustes salariais dos servidores, a definição das despesas e critérios para limitação de empenho, as regras para a realização de transferências voluntárias, requisitos para inclusão de novos projetos na lei orçamentária, regras para abertura de créditos adicionais no orçamento, condições para a realização de convênios e incentivos fiscais, a utilização da reserva de contingência, entre outros.

Nesse contexto, a Lei de Responsabilidade Fiscal inovou, fazendo-se integrar na Lei de Diretrizes Orçamentárias o Anexo de Metas Fiscais, onde são estabelecidas metas anuais de receitas e despesas, resultados nominal e primário, o montante da dívida pública, evolução do patrimônio líquido, acompanhamento do cálculo atuarial dos regimes próprios de previdência, demonstrativo da estimativa e compensação da renúncia de receitas e a margem de expansão das despesas obrigatórias de caráter continuado, bem assim, seus acompanhamentos, com impacto para três exercícios.

A Lei orçamentária Anual (LOA) irá consolidar a realização daquilo que foi planejado e discutido nas leis do PPA e LDO. Assim sendo, conforme o disposto no § 7º do art. 165 da CF/88, e no art. 5º da Lei de Responsabilidade Fiscal, a LOA deve estar compatibilizada com o PPA e a LDO. Consubstancia-se num subproduto do PPA e da LDO, onde ficam consolidadas as expectativas de realizações da receita fixada e da despesa autorizada para o exercício.

Importante destacar que segundo a regra contida no art. 167, incisos II, V e VII da CF/88, e no art. 5º, § 4º, da LRF, a ação planejada exige que para cada aplicação ou gasto consignado na Lei Orçamentária seja identificada a fonte de recurso que lhe dá suporte. Assim, não é possível realizar determinado gasto sem que se concretize a arrecadação através do recurso indicado para tanto, sendo vedado consignar na Lei Orçamentária crédito com finalidade imprecisa ou com dotação ilimitada.

Outra regra importante a observar é quanto ao início de novos programas e projetos durante a execução do orçamento. As obras simultâneas demandam aplicação de grande volume de dinheiro e que, se não estiverem sob rigoroso controle, quase sempre resultam em obras paralisadas por falta de recursos. Assim, o orçamento deve previamente contemplar os projetos que estão em anda-

mento e também as despesas de conservação do patrimônio público já existente, não sendo permitido incluir novos projetos sem a observância desses requisitos. Essa regra contida no art. 167, inciso I, da Constituição Federal, encontra ressonância no art. 45 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ressalte-se que na Constituição de 1988¹⁵ está previsto que Lei Complementar Federal deverá dispor sobre normas gerais de finanças públicas, compreendendo o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização da Lei do Plano Plurianual, da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei do Orçamento Anual; porém, citada lei complementar ainda não foi editada. Enquanto isso, continua em vigor a Lei Federal nº 4320/64, no que não se contrapuser aos dispositivos constitucionais e às inovações trazidas pela Lei Complementar Federal nº 101/2000.

Transparência

Segundo Mileski¹⁶

a transparência fiscal é exigência de pura essência democrática. Toda ação de governo tem de ser dirigida para o atendimento da finalidade pública, representando um padrão confiável de atuação governamental, em que haja demonstração pública regular de todos os atos praticados na condução do gerenciamento fiscal, para serem auferidos a confiança e

o respeito a população. Sendo obrigados a realizar demonstração regular de seus atos, os administradores sabem que estão sob controle e, por isso, tornam-se mais responsáveis e cuidadosos na condução dos atos de gestão fiscal e dos planos de governo.

Com o propósito de tornar a Administração Pública mais democrática e sob o controle popular, a Lei de Responsabilidade Fiscal des-

¹⁵ Enquanto não editada a referida Lei Complementar, a orientação sobre a vigência e prazos de encaminhamento da Lei do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias está tratada no art. 165, § 9º, I e II, e no art. 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, ambos da Constituição Federal de 1988.

¹⁶ MILESKI, Helio Saul. op. cit 103.

tinou capítulo próprio para a informação da sociedade, obrigando o Governo a manter a comunidade informada sobre a obtenção e a aplicação dos recursos. A participação popular deve acontecer através da realização de audiências públicas e da ampla divulgação das peças orçamentárias, dos relatórios de acompanhamento da gestão fiscal e dos demonstrativos de prestação de contas.

Participação popular

Conforme escrito no parágrafo único do artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o veículo para alcançar a transparência na gestão fiscal é a participação popular. Dessa forma, a partir da Lei de Responsabilidade Fiscal o Governo está obrigado a incentivar a participação do povo na Administração Pública, chamando a sociedade para ajudar a escolher quais são as prioridades da comunidade, e decidir onde e como será gasto o dinheiro público. Segundo o citado artigo da Lei de Responsabilidade Fiscal, o incentivo à participação popular deve fazer-se inclusive através da realização de audiências públicas durante a elaboração e discussão dos orçamentos, isto é, essas audiências devem realizar-se tanto no processo de planejamento orçamentário, como na avaliação de seus resultados.

Sobre a participação do povo acerca do destino dos recursos públicos previstos no orçamento, pode-se dizer que após a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, o orçamento se compõe de dois grandes grupos de despesas (ou investimentos): um, composto pelas despesas essenciais à manutenção das atividades do Governo, como também resultante de necessidade pública alicerçada em pareceres e relatórios técnicos, cuja

realização é fundamental e inadiável, compondo um grupo de gastos vinculados, não deixando margem à liberdade de ação do administrador; e outro composto por um grupo de despesas ou investimentos que espelham as novas aspirações da comunidade, cuja discussão se faz premente em razão de transformar essas aspirações em metas a serem atingidas no orçamento público. Esse segundo grupo pode ser denominado como grupo de gastos discricionários, daí sob avaliação popular.

Contudo, além da audiência para discussão dos instrumentos de planejamento, prevista no parágrafo único do art. 48 da LRF (que discute a elaboração dos orçamentos), os chefes do Poder Executivo, segundo o § 4º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, estão obrigados, a cada quatro meses, a convocar a população para as respectivas audiências públicas, nas respectivas casas legislativas, com o propósito de explicar como e quanto arrecadou, de que modo gastou o dinheiro público, inclusive demonstrando como estão sendo cumpridas as metas definidas nos orçamentos aprovados com a participação do povo. Em outros termos, o chefe do Poder Executivo deverá vir a público para dar satisfações à sociedade, sobre o cumprimento do planejamento efetuado.

Divulgação do Relatório Resumido da Execução Orçamentária e do Relatório de Gestão Fiscal

Mecanismo fundamental à consolidação da democracia é a informação popular. Nesse aspecto, a LRF exige o cumprimento da Constituição, fazendo que o administrador público leve à comunidade informações bimestrais e trimestrais de sua gestão.

A cada bimestre, conforme o art. 165, § 3º, da CF/88, e os arts. 52 e 53 da LRF, o chefe do Poder Executivo deverá divulgar o Relatório Resumido da Execução Orçamentária, demonstrando o comportamento da realização da receita e da execução da despesa, o detalhamento do alcance das metas e resultados, e também o acompanhamento e evolução da dívida pública.

Já a cada quadrimestre, consoante o disposto nos artigos 54 e 55 da LRF, todos os titulares de poderes ou órgãos estabelecidos no art. 20 da citada lei fiscal¹⁷ deverão emitir e publicar o Relatório de Gestão Fiscal, contendo o comportamento do poder ou órgão ante a obediência dos limites dos gastos com pessoal e da dívida pública, e, caso necessário, as medidas adotadas para o cumprimento desses limites.

Esses dois relatórios deverão ser amplamente publicados, isto é, deverão ser divulgados na imprensa local, oficial, nos locais de acesso público, inclusive por meios eletrônicos - na internet, como também deverão ser remetidos ao Tribunal de Contas respectivo para avaliação e julgamento.

Contudo, a teor do art. 63 da Lei de Responsabilidade Fiscal proporcionou-se, aos municípios com população inferior a cinquenta

mil habitantes, a faculdade de aplicar e apurar os dispositivos relativos à despesa com pessoal e dívidas, como também divulgá-los semestralmente, desde que estejam cumpridos os limites previstos na Lei.

Outros elementos da transparência

Além dos instrumentos de planejamento¹⁸ já relacionados e dos relatórios¹⁹ já referidos, de acordo com o artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal, são também elementos de transparência as prestações de contas da Administração Pública e o Parecer Prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

Conforme a Constituição, qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, sujeita-se a Prestação de Contas, na forma da lei²⁰. Nesse aspecto registre-se que existem diferenciadas formas de prestação de contas, sendo as principais as contas do Governo e as contas do administrador.

Quanto às contas do administrador, a legislação impõe um compromisso particular ou pessoal da autoridade administrativa, em relação à correta gestão dos recursos ou à utilização adequada e específica de um patrimônio público. Essa prestação de contas é endereçada

¹⁷ Brasil. *Lei de Responsabilidade Fiscal* – conforme o art. 20, são poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Já segundo o § 2º do art. 20, são órgãos: I - o Ministério Público; II- no Poder Legislativo: a) Federal, as respectivas casas e o Tribunal de Contas da União; b) Estadual, a Assembléia Legislativa e os tribunais de contas; c) do Distrito Federal, a Câmara Legislativa e o Tribunal de Contas do Distrito Federal; d) Municipal, a Câmara de Vereadores e o Tribunal de Contas do Município, quando houver; III - no Poder Judiciário: a) Federal, os tribunais referidos no art. 92 da Constituição; b) Estadual, o Tribunal de Justiça e outros, quando houver.

¹⁸ Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, e Lei do Orçamento Anual.

¹⁹ Relatório Resumido da Execução Orçamentária e Relatório de Gestão Fiscal.

²⁰ Brasil - *Constituição Federal*. Art. 70 parágrafo único.

ao Tribunal de Contas, para controle e julgamento, conforme dispõe o inciso II do artigo 71 da Constituição Federal. Contudo, para os titulares dos poderes e órgãos citados no art. 20 da Lei de Responsabilidade Fiscal, o acompanhamento da gestão também se dará a cada quadrimestre, nos moldes do art. 54 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

As contas do Governo referem-se à consolidação de seus resultados, num exercício específico, envolvendo todas as suas entidades, consubstanciando-se no balanço geral do governo, sendo estas prestadas segundo o disposto no inciso I do art. 71 da Constituição Federal. Pelo teor do art. 56 da Lei de Responsabilidade Fiscal, estas são apreciadas mediante parecer prévio²¹ dos tribunais de contas respectivos e julgadas pelo Poder Legislativo.

Assim, conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal²², os dados e relatórios exigidos pela citada lei devem ser remetidos ao Tribunal de Contas, como também o ba-

lanço geral do Governo, para o respectivo exame e avaliação, em procedimento específico para cada caso.

Com referência às contas de Gestão do chefe do poder ou órgão, importa destacar que sua publicação deve ser efetuada a cada quadrimestre ou semestre, na comunidade local, inclusive com remessa de relatórios ao Tribunal de Contas. Assim, os relatórios de gestão fiscal remetidos ao Tribunal de Contas são convertidos em processo, onde é verificado o atendimento do contido na Lei de Responsabilidade Fiscal, e, no caso de descumprimento, podem resultar na aplicação das penalidades impostas ao gestor responsável, na forma da Lei.

Destaque-se ainda o conteúdo do art. 49 da LRF, que exige que as contas prestadas pelo chefe do Poder Executivo deverão ficar à disposição da sociedade durante todo o exercício seguinte, no Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para quaisquer consultas.

Controle e Fiscalização

Controle, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira²³, “é a fiscalização exercida sobre as atividades das pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos etc., para que tais atividades não se desviem das normas preestabelecidas”.

Entretanto, para que a função controle seja exercida é necessário que se tenha, primeiramente, dois pressupostos: o planejamento, onde se dá o estabelecimento dos objetivos, das políticas e da situação proposta que se deseja atingir, atribuindo-se também os pa-

²¹ Conforme dispõe o art. 56 da LRF, o Tribunal de Contas deve emitir seu parecer prévio separadamente dos Poderes e Órgãos indicados no art. 20 da citada lei.

²² No Tribunal de Contas de Santa Catarina, a cobrança do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal se verifica através da Instrução Normativa nº TC 002/2001, cuja remessa dos dados e informações são capturadas por meio eletrônico, através do sistema LRF-NET, disponibilizado na internet.

²³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986

drões de desempenho – a previsão e a execução. E, de outro lado, a operacionalização ou a execução, em que se constata a efetivação dos padrões traçados, ou a implementação daquilo que foi planejado. Então, o controle se dá no confronto entre os padrões de medida com as tarefas realizadas, isto é, a comparação entre o planejamento e a execução.

A Lei de Responsabilidade Fiscal utiliza-se da forma de controle já preconizada na Constituição Federal, qual seja, a utilização do sistema de controle interno²⁴, ou do autocontrole praticado pelo administrador mediante as avaliações constantes entre o que foi planejado e o que está sendo executado, possibilitando que a administração adote as medidas corretivas para manter o que fora anteriormente estabelecido, e também a utilização do controle externo²⁵, cujo exercício se dá através do Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

O controle na Administração Pública deve atentar principalmente às questões relacionadas à realização do orçamento, o acompanhamento do cumprimento das metas traçadas e o atendimento dos limites legais. Esse controle deve ser o mais adequado possível, dando relevo à qualidade das informações, de modo que se possa compreendê-las e fiscalizá-las com mais efetividade.

Assim, consoante os diversos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, devem ser estabelecidos controles, principalmente quanto: a) à verificação do cumprimento de metas

de receita e de resultados e realização de despesas estabelecidos na LDO; b) à efetividade da arrecadação; c) aos procedimentos relativos a renúncia de receitas; d) aos procedimentos para combate à evasão e sonegação fiscal; e) à estimativa do impacto e critérios para criação, expansão, e aumento de despesas; f) à obediência aos limites estabelecidos às despesas com pessoal; g) ao acompanhamento gerencial das despesas com seguridade social; h) à autorização para transferência de recursos ao setor privado; i) à obediência aos limites da dívida pública e critérios de concessão de operações de crédito; j) à concessão de operações de crédito por antecipação da receita; e, l) à dívida flutuante e dos restos a pagar.

Quanto à fiscalização do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo teor do seu artigo 59, esta será efetuada pelo Poder Legislativo, pelos tribunais de contas, pelo sistema de controle interno de cada Poder e pelo Ministério Público, devendo essa fiscalização centrar-se em verificar: a) se as metas estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias foram atingidas; b) se os limites estabelecidos para as despesas de pessoal estão sendo respeitados e, caso estes não estejam atendidos, se estão sendo implementadas medidas para o cumprimento desse limite; c) se os limites e condições para a realização de operações de créditos e inscrição em Restos a Pagar estão sendo cumpridos; d) se os limites estabelecidos para a dívida consolidada e mobiliária estão atendi-

²⁴ O sistema de controle interno é exigido para a União e para os Estados, conforme previsto no art. 74 da Constituição Federal, e, para os Municípios, segundo o art. 31 da Carta Maior.

²⁵ O controle externo se estrutura consoante o disposto no art. 71 da Constituição Federal.

dos; e) se os parâmetros constitucionais relativos aos gastos com o Poder Legislativo e parlamentares estão sendo cumpridos; f) se a destinação dos recursos obtidos com a alienação de ativos está de acordo com a lei.

Ressalte-se a importância deferida aos tribunais de contas, conforme o § 1º do art. 59 da LRF, destacando a missão de monitoramento da arrecadação das receitas e realização de despesas feitas pelos poderes e órgãos da Administração Pública, de modo a alertá-los quanto: a) à exigência de observação das regras para limitação de empenho

estabelecidas na LDO; b) à possibilidade de não-atingimento das metas de resultado primário e nominal fixadas na LDO; c) à ultrapassagem do patamar de 90% dos limites estabelecidos para o montante da dívida consolidada, da dívida mobiliária, das operações de crédito e concessões de garantias e das despesas de pessoal; d) ao desrespeito dos limites definidos em lei, sobre os gastos com inativos e pensionistas; e) a fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Responsabilização e sanções

A Lei de Responsabilidade Fiscal prevê que quando forem constatados descumprimentos às suas regras, poderá ocorrer a responsabilização, que gerará penalidades de ordem institucional e/ou pessoal, também chamadas de sanções, que podem ser administrativas²⁶ e penais. Assim, tanto o ente federativo quanto os agentes responsáveis que descumprirem as normas previstas na citada lei sujeitam-se às sanções nela preconizadas, como também, em outros dispositivos legais, conforme dispõe o art. 73 da LRF, principalmente as sanções pessoais contidas na Lei nº 10.028/00, que trata sobre os crimes de responsabilidade fiscal.

Sobre a responsabilização institucional, também processada e julgada pelo Tribunal de Contas, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal prevê a punição com suspensão das transferên-

cias voluntárias, das garantias e contratação de operações de crédito, inclusive as operações de crédito por antecipação de receitas - ARO, e ocorre quando: a) deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos estabelecidos em lei; a) deixar de instituir, prever ou cobrar os impostos de sua competência constitucional; b) deixar de cumprir ou exceder os limites relativos às despesas com pessoal, sem adoção das medidas corretivas; c) deixar de cumprir os limites constitucionais com educação e saúde; d) deixar de cumprir ou exceder os limites estabelecidos à dívida pública; e) deixar de enviar os dados à União para a consolidação; f) captar ou receber recursos de antecipação de tributos de contribuintes; g) assumir obrigações com fornecedores de bens mediante aceite ou aval de títulos de crédito ou simila-

²⁶ MILESKI, Helio Saul. Op. cit. p. 114 - "as sanções administrativas constituem-se penalidades de dois tipos: a) suspensão de transferências voluntárias e b) multa por infração às leis de finanças públicas.

res; h) captar recursos junto a fundos e entidades da administração direta.

Acerca da responsabilização pessoal, conforme determina o art. 5º da Lei nº 10.028/00, também são aplicadas sanções pelos tribunais de contas em processos cujos julgamentos são de sua competência, e, entre outras, referem-se àquelas infrações administrativas puníveis com multa, inclusive podendo ser de 30% (trinta por cento) dos vencimentos anuais do agente, sem prejuízo das sanções penais aplicáveis, quando este: a) deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos estabelecidos em lei; b) propor lei de diretrizes orçamentárias anual sem a fixação das metas fiscais na forma da lei; c) deixar de expedir ato de limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidas em lei; d) deixar de ordenar

ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo; e) geração de despesa ou assunção de obrigação sem obediência às normas de previsão orçamentária e para as despesas de caráter continuado; f) inscrever despesas em restos a pagar sem a devida e suficiente disponibilidade de caixa para suportá-los; g) aumentar despesas com pessoal nos últimos seis meses de mandato; h) provocar desequilíbrios orçamentários e financeiros.

Ainda segundo o art. 73 da LRF, o agente público responsável por descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal poderá ser responsabilizado e punido criminalmente, consoante dispositivos de diversas leis penais²⁷, especialmente a Lei nº 10.028 de 19 de outubro de 2000, posteriormente editada.

Considerações finais

A novel norma jurídica exsurge no contexto nacional com o objetivo de estabelecer um código de conduta a ser obedecido por todos os administradores públicos, abrangendo todas as esferas do Governo, de modo a proporcionar a participação popular e o equilíbrio das contas públicas.

Para tanto, a lei se alicerça em quatro regras fundamentais: o planejamento das ações do Governo, em que são determina-

das e acompanhadas as metas da administração com objetivo de seus cumprimentos; a transparência, exigindo a participação popular nas ações Governo; o controle e a fiscalização obrigando avaliações periódicas sobre o cumprimento da lei e, por final, a responsabilização, no caso de resultar descumprimentos à lei, imputando sanções tanto ao ente como ao administrador responsável.

²⁷ Lei Complementar nº 101/2000, art. 73. As infrações dos dispositivos desta Lei Complementar serão punidas segundo o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); a Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950; o Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992; e demais normas da legislação pertinente.

O planejamento das ações de governo ganhou relevância com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal, principalmente no que tange à avaliação da eficiência do Governo no cumprimento das metas traçadas. Lembre-se que conforme a nova redação dada ao “caput” do art. 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional nº 19/98, a eficiência foi elevada ao nível de princípio constitucional.

Com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a transparência começou a despontar no seio social, impondo aos administradores públicos a obrigatoriedade de adotar medidas para tornar a sua administração mais “transparente”, exigindo-se efetividade na aplicação dos recursos públicos. Então, não basta apenas dar publicidade dos atos do Governo, porque a transparência exige que as ações praticadas pelo Governo sejam também compreendidas pela comunidade, de modo a permitir a formação de juízo.

Entretanto, sobre a compreensão dos relatórios emitidos em atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal, vale destacar o alerta da renomada doutrinadora Yara Darcy Police Monteiro²⁸:

[...] os documentos aludidos constituem-se em peças técnicas de finanças públicas de compreensão restrita aos versados na matéria, por isso, a divulgação imposta pela lei não alcançará, por certo, a amplitude dos efeitos pretendidos. Portanto, ainda que sejam efetivados todos os instrumentos que a Lei denomina como de “transparência” na gestão fiscal dos governos, conforme exige a Lei Fiscal, deve ser percorrido perseverante caminho no sentido de melhor

informar a população sobre o conteúdo dos relatórios exigidos, ou seja, em linguagem de entendimento popular, minimizando a inquestionável complexidade desses documentos.

A ação do controle consolida-se na forma preconizada na Constituição Federal, ou seja, através do sistema de controle interno e do controle externo. A autoridade administrativa, através do controle interno, sob sua responsabilidade, deverá acompanhar o cumprimento das metas e limites fixados pela lei, estabelecendo o que se chama de autocontrole. O controle externo, efetuado pelo Poder Legislativo, tribunais de contas, Ministério Público e a sociedade em geral, ocorre principalmente através da leitura de relatórios, documentos e balanços, que demonstram as ações do Governo. Importante destacar a função orientadora desempenhada pelos tribunais de contas, informando as entidades sujeitas à sua fiscalização sobre o comportamento que deverá ser adotado perante os dispositivos da lei, diante da larga possibilidade de interpretação do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Por fim, sobre a responsabilização e sanção dos administradores e entes que descumpriram os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, cumpre a imputação de sanções específicas, para cada caso, prenunciadas na própria lei ou previstas em outras conforme trata o art. 73 da LRF, impedindo o ente de receber transferências voluntárias de outros entes e de realizar operações de crédito, impondo também, aos administradores responsáveis, punições administrativas e penais.

²⁸ MONTEIRO, Yara Darcy Police. Op. cit. p. 489.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n°s 1/92 a 31/2000 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão n°s 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001, 407 p.

BRASIL. Lei Complementar n° 101: Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. **Diário Oficial da União**. Brasília, n.86, 04 de maio de 2000.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura e. **Apontamentos sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal**. Belo Horizonte: ATRICON, jul. 2000, p. 7-21.

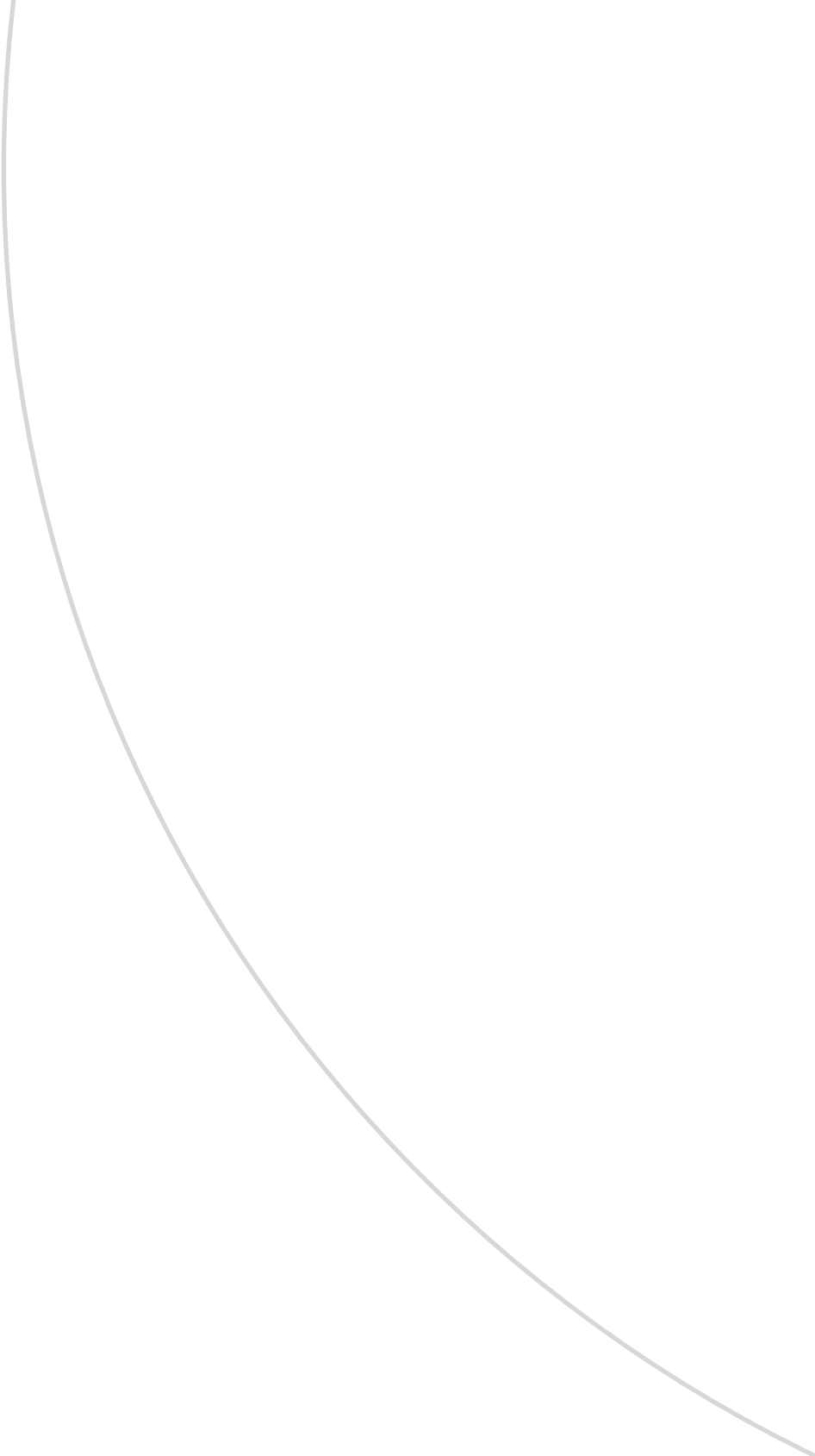
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MONTEIRO, Yara Darcy Police. A Lei de Responsabilidade Fiscal: aspectos jurídicos. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: Ed. NDJ, ano XVIII, n° 7, 2002, pp. 485-490.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis: DDSG/ALESC, 2000.

SANTA CATARINA, Tribunal de Contas. **Guia: lei de responsabilidade fiscal: lei complementar n° 101/2000**. Florianópolis: Tribunal de Contas, 2001.



A atuação do Tribunal de Contas no controle fiscal da administração pública

Geraldo José Gomes*

Introdução

O Tribunal de Contas de Santa Catarina, já incumbido constitucionalmente da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional, teve, a partir de maio de 2000, incluída em suas competências a verificação do cumprimento da gestão fiscal do Estado e dos municípios catarinenses, em razão da aprovação da Lei Complementar 101/2000, popularmente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal.

Considerada uma lei moralizadora das finanças públicas, a LRF está demonstrando na prática, após quatro anos de existência, que efetivamente as administrações públicas estão incorporando a idéia de combater o desequilíbrio (déficit), entre a receita arrecadada e a despesa realizada, utilizando-se principalmente dos instrumentos de planejamento exigidos no texto legal.

A Lei Complementar 101/2000 traz, de início, os requisitos básicos da responsabilidade na gestão fiscal, dos quais destaca-se o planejamento detalhado e transparente em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o atingimento de metas de resultados entre receitas e despesas e o cumprimento de limites¹.

Diante do rigorismo da LRF, a responsabilidade do controle externo aumenta, e conseqüentemente os tribunais de contas devem estar estruturados o suficiente para verificar o cumprimento da Lei, dando à sociedade um retorno necessário e tempestivo sobre o desempenho da gestão fiscal do poder ou órgão fiscalizado.

* Administrador. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

¹ Lei Complementar 101, de 04.05.2000, artigo 1.

A gestão fiscal demonstrada por meio eletrônico

O Sistema LRFnet

A Instrução Normativa nº 002/2001 trata da remessa de dados ao Tribunal de Contas de Santa Catarina pelos municípios e pelo Estado, utilizando a rede mundial de computadores – Internet, e constitui-se num instrumento eficiente de controle da gestão fiscal².

Cada poder ou órgão possui uma senha que possibilita acessar as planilhas de dados a serem preenchidas e encaminhadas pela internet ao TCE. Somente após a confirmação, os dados são encaminhados.

O Tribunal de Contas é obrigado, pela Instrução Normativa 002/2001, a disponibilizar as planilhas, pelo menos 15 dias antes dos prazos finais de remessa.

Após o recebimento dos dados encaminhados pelos municípios via internet, o Tribunal de Contas procede a análise à luz da Lei Complementar 101/2000, em especial no artigo 59, que dispõe:

“Art. 59 – O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e do Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei Complementar, com ênfase no que se refere a”:

- I – atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
- II – limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em Restos a Pagar;
- III – medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;
- IV – providências tomadas, conforme o disposto no artigo 31, para recondução dos

montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;

V – destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei Complementar;

VI – cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver;

Parágrafo 1º – Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no artigo 20, quando constatarem:

I – a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º (veto) e no art. 9º;

II – que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90%(noventa por cento) do limite ;

III – que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;

IV – que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;

V – fatos que comprometeram os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

Parágrafo 2º – Compete ainda aos Tribunais de Contas verificar os cálculos dos limites da despesa total com pessoal de cada Poder e órgão referido no artigo 20”.

Pontos de controle da LRF

Diante da exigência legal do artigo citado, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina analisa os dados enviados e divulga o resultado no seu Site — www.tce.sc.gov.br - lei de responsabilidade fiscal —, possibilitando a

² Instrução Normativa nº 002/2001, aprovada em outubro de 2000 pelo Pleno do Tribunal de Contas de Santa Catarina, regulamenta a remessa de dados informatizados da gestão fiscal pelos poderes e órgãos estaduais e municipais.

verificação por Poder e por município, quando for o caso, do cumprimento ou não dos pontos de controle existentes do sistema.

Esses pontos de controle, devidamente especificados a seguir, com a identificação, na área municipal, de quem está obrigado ao seu

cumprimento (SIM ou NÃO), são de periodicidade variável, ou seja, podem ser bimestrais, trimestrais ou semestrais, no caso de municípios com menos de 50.000 habitantes, que optarem conforme disposto no artigo 63 da Lei Complementar 101/2000.

Pontos de Controle Executivo Legislativo Município

Pontos de Controle	Executivo	Legislativo	Município
Ausência da remessa de dados ao Tribunal de Contas - Res. TC 06/2001	Sim	Sim	Sim
Remessa de dados ao TC com atraso - Res. TC 06/2001	Sim	Sim	Sim
Divulgação do Relatório de Gestão fiscal - LRF art. 55, § 2º	Sim	Sim	Não
Divulgação deste Relatório com atraso - LRF art. 55, § 2º	Sim	Sim	Não
Divulgação do Relatório Resumido de Execução Orçamentária - LRF art. 52	Sim	Não	Não
Divulgação desse Relatório com atraso - LRF art. 52	Sim	Não	Não
Cumprimento das metas bimestrais de arrecadação- LRF art. 13	Sim	Não	Sim
Atingimento das metas de receita da LDO - LRF art. 4º, § 1º	Sim	Não	Sim
Atingimento das metas de despesa da LDO - LRF art. 4º, § 1º	Sim	Não	Sim
Limite de gastos com pessoal - LRF arts. 19 e 20	Sim	Sim	Sim
Limite de alerta (90%) nos gastos com pessoal - LRF, art. 59, § 1º, II	Sim	Sim	Sim
Limite de gastos totais do poder legislativo - LRF art. 59, VI - C.F. art. 29-A	Não	Sim	Não
Limite individual da remuneração de vereadores - LRF art. 59, VI - C.F. art. 29, VI	Não	Sim	Não
Limite total da remuneração dos vereadores - LRF art. 59, VI - C.F. art. 29, VII	Não	Sim	Não
Limite de gastos com folha de pagamento dos vereadores - LRF art. 59, VI - C.F. art. 29-A, § 1º	Não	Sim	Não
Resultado primário - LRF art. 4º § 1º c/c art. 9º	Sim	Sim	Sim
Resultado nominal - LRF art. 4º § 1º c/c art. 9º	Sim	Sim	Sim
Aplicação de 25% das Receitas de Impostos em Ensino - C.F. art. 212	Não	Não	Sim
Aplicação de 60% dos 25% de Impostos em Ensino Fundamental - C.F. art. 60 - ADCT	Não	Não	Sim
Aplicação de 60% da Receita do FUNDEF na remuneração de profissionais do magistério - C.F. art. 60, § 5º- ADCT	Não	Não	Sim
Aplicação do limite de gastos em ações e serviços de saúde - C.F. art. 77 - ADCT	Não	Não	Sim

O Tribunal de Contas de Santa Catarina atua o resultado da verificação dos pontos de controle em processo específico e individualizado por Poder, aplicando, em caso de descumprimento, as penalidades previstas na Lei Complementar 202/2000, artigo 70, e no seu Regimento Interno (Resolução. TC 06/2001).

Quando não há a divulgação do Relatório de Gestão Fiscal de qualquer período fiscal, poderá o Tribunal de Contas aplicar multa de

30% dos vencimentos anuais do responsável pelo Poder, nos termos da Lei Federal 10.028/2000, artigo 5º, inciso I, e parágrafo 1º.

Faz-se mister ainda ressaltar que os dados encaminhados pelos municípios não foram auditados e, portanto, podem a qualquer momento ser alterados, em razão da constatação, pelo Tribunal de Contas, da ausência de veracidade, após a realização de auditorias “in loco”, e da análise do Balanço Geral do município.

Lei de Responsabilidade Fiscal – causas e consequências

De início, vamos retroagir a junho de 1993, mais precisamente ao dia 21, no qual foi aprovada a Lei Federal 8.666/93, conhecida como Lei de Licitações, trazendo novidades em relação ao defasado e inconsistente Decreto 2.300/86, principalmente quanto à definição de procedimentos licitatórios e de contratos.

A principal alteração, porém, estava nas penalidades a serem aplicadas aos administradores públicos que descumprissem os dispositivos do citado diploma legal, incluídas na própria Lei 8.666/93, a partir do artigo 81 e seguindo até o 108.

As mudanças dos procedimentos que envolvem a realização do certame foram tão substanciais que provocaram muitas reflexões, questionamentos e protestos por parte de alguns administradores públicos, culminando, em agosto de 1993, com o fechamento de prefeituras municipais, com o objetivo de alterar e até, para os mais indignados, de revogar a Lei Federal.

A aprovação da Lei 8.666/93 com maior rigor, para coibir os abusos que ocorriam comumente na realização de licitações e diante

da pouco eficiente legislação existente era necessária. Atualmente, dez anos após sua entrada em vigor, pode-se afirmar que os resultados, se não satisfatórios, foram positivos à medida que dificultaram as manipulações que existiam com mais frequência antes de junho de 1993.

Esse exemplo de alteração na legislação que rege a administração pública deve ser mencionado para verificar-se não somente quanto foi importante o surgimento da Lei Complementar 101/2000, popularmente conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, ou LRF, mas também ressaltar as causas de sua aprovação, bem como as várias e importantes consequências para a administração pública após o dia 04 de maio de 2000, data em que foi aprovada.

A idéia principal da LRF, como se sabe, está resumida em seu artigo primeiro, o qual ressalta como princípios da responsabilidade fiscal a existência de planejamento, transparência, definição e cumprimento de metas de receita e despesa, limites de gastos com pessoal, serviços de terceiros, operações de crédito, bem como qualquer fator ou procedimento que possa comprometer o equilíbrio das contas públicas.

Anteriormente a maio de 2000, os agentes políticos, detentores de mandato e responsáveis por poderes ou órgãos públicos, via de regra, prestavam contas anualmente, através do Balanço Anual elaborado e encaminhado aos tribunais de contas, no início do exercício seguinte. Assim, por exemplo, no caso de prefeitos, 25% de seu mandato de quatro anos era conhecido oficialmente após o término de sua gestão, fazendo com que houvesse um distanciamento considerável entre as ações praticadas no exercício da função e a efetiva prestação de contas, dificultando, ainda, possíveis correções para evitar o comprometimento da gestão seguinte.

A LRF manteve as regras existentes para prestação de contas anual, através do Balanço Geral a ser analisado pelos tribunais de contas, porém, objetivando a demonstração e cumprimento do mais novo princípio constitucional, o da eficiência, junto com o da publicidade, introduziu os períodos fiscais, nos quais a apresentação e publicação, inclusive em meios eletrônicos, de Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária e de Gestão Fiscal com periodicidade bimestral e quadrimestral ou semestral, respectivamente, permitiram que o administrador público seja avaliado e acompanhado periodicamente, não somente pelo controle externo, mas também pela população interessada em saber como está seu município, Estado e até a União.

A partir das regras trazidas pela LRF quanto à demonstração desses relatórios nos períodos fiscais e não somente uma única vez no exercício, pode-se retornar ao exemplo citado anteriormente referente ao prefeito municipal com apenas a prestação de contas anual.

Nesse caso temos uma nova realidade, ou seja, o prefeito prestará contas após o encerramento de seu mandato, somente do último período fiscal do exercício, correspondente a um quadrimestre ou um semestre, conforme opção disposta no artigo 63 da Lei.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO foi mais valorizada com a entrada em vigor da LRF, em especial o artigo 4º, deixando de ser aquela peça muitas vezes fictícia e elaborada sem qualquer planejamento.

A LDO assumiu uma condição primordial para a administração pública, sendo imprescindível para quem deseja alterar o orçamento ou praticar renúncia de receita, por exemplo.

Os Anexos de Metas Fiscais e de Riscos Fiscais da LDO, exigidos pela LRF, fizeram não somente com que os gestores de recursos públicos cumpram metas previamente planejadas, como também, em caso de descumprimento, que sejam adotadas medidas de correção, das quais se destaca a limitação de empenho (artigo 9º), a ser adotada se as metas bimestrais de arrecadação não forem efetivadas.

Antes da aprovação da Lei Complementar 101/2000, mais precisamente até o exercício de 1999, pode-se mencionar como procedimento normal a inscrição em dívida ativa de créditos não pagos pelos contribuintes, mas, cuja cobrança acabava sendo uma regra deixada de lado por alguns administradores públicos, em prol da política local, visando a obtenção de benefícios próprios durante o período eleitoral.

Para coibir essa prática, a LRF, em seu artigo 11, dispõe que é requisito essencial da responsabilidade na gestão fiscal a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tri-

butos da competência do ente, inclusive impõe restrições para quem não os cumpre, principalmente a impossibilidade de receber transferências voluntárias.

Verifica-se, portanto, que o rigor da Lei Complementar 101/2000, nesse sentido, decorreu justamente da irresponsabilidade de administradores públicos que insistiam em ser omissos quanto a providências, inclusive judiciais, para arrecadar os tributos de sua competência.

Quando o assunto é desequilíbrio das contas públicas, um dos primeiros “vilões” a ser focado é a despesa com pessoal. Por muitos anos antes e após a promulgação da atual Constituição Federal do Brasil, as notícias de abusos de gastos públicos estavam quase sempre relacionadas à contratação de pessoas para a administração pública de forma irregular e até imoral. Ausência de concurso público, inchamento desnecessário do quadro de pessoal e altos salários em relação às atribuições do cargo eram alguns dos motivos que deixaram a área de pessoal no topo daquelas que exigiam uma legislação infraconstitucional mais rígida.

Houve, nos exercícios de 1996 e 1999, uma tentativa de regular melhor os gastos com pessoal, através da aprovação de leis complementares, denominadas, cada uma, popularmente de “Lei Camata”, por serem seus projetos de autoria da congressista Rita Camata.

Estas leis foram importantes à medida que definiram limites de gastos com pessoal para os entes da federação, porém traziam uma certa benevolência quando esses limites eram descumpridos, possibilitando a adequação legal em até 12 meses.

Também estava ausente dessas leis a definição clara e objetiva de quais gastos eram

considerados no limite de pessoal, resultando na adoção de critérios distintos conforme a região ou Estado.

A LRF trouxe, em seus artigos 18 a 23, regras rígidas, porém claras, quanto a limites a serem cumpridos, prazos para adequação e principalmente quais os gastos a serem considerados no cálculo, agindo de forma a regulamentar, por completo, o artigo 169 da Constituição Federal.

Além de elencar quais os gastos a serem computados no cálculo do limite com pessoal, o art. 18 veio consagrar a inclusão de todas as despesas de caráter remuneratório, contando com o importante auxílio da Portaria nº 163 da Secretaria do Tesouro Nacional – STN, que trata da nova classificação contábil das despesas, incluindo como novidade o Grupo de Natureza da Despesa, em especial o código 1 – Pessoal e Encargos Sociais, no qual são contabilizadas todas as despesas de caráter remuneratório.

Ocorre ainda que as legislações anteriores que regulavam a matéria não eram completas, permitindo que despesas de pessoal “escapassem” do limite de gastos através da terceirização. Era um artifício muito utilizado por alguns gestores públicos que tinham dificuldades de cumprir a lei, diante do inchaço da máquina administrativa.

Assim, novamente a LRF veio corrigir, ou melhor, suprir a omissão legal, através da exigência contida no parágrafo 1º do citado artigo 18, considerando no cômputo dos gastos com pessoal a contratação de mão-de-obra para substituir servidores. Ou seja: terceirizar os serviços próprios e de responsabilidade do poder público implica considerar as respectivas despesas no limite definido pela LRF, no artigo 20, para gastos com pessoal.

Cabe ressaltar, ainda, que ao contrário da Lei Camata que permitia o ajuste do limite de gastos com pessoal em “suaves” doze meses, a Lei Complementar 101/2000, além de reduzir a adequação ao patamar legal em no máximo dois

quadrimestres, impõe procedimentos a serem adotados para a devida redução, além de impedir a obtenção de operações de crédito e o recebimento de transferências voluntárias enquanto permanecer o percentual superior ao estabelecido na lei³.

Verificação pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina dos limites de 6% e 54% de Gastos com Pessoal – Lei Complementar 101/2000, artigo 20, III, “a” e “b”.

Poder Executivo Municipal - 2º semestre e 3º quadrimestre

Resultado	2002	2003	Variação %
Cumpriu	242	209	-13,63
Descumpriu	17	49	188,23
Limite prudencial	23	28	21,37
Não remeteu	11	7	-36,36
Total	293	293	

Fonte : Sistema LRFnet –TCE-SC⁴

Poder Legislativo Municipal - 2º semestre e 3º quadrimestre

Resultado	2002	2003	Variação %
Cumpriu	252	261	3,57
Descumpriu	8	4	-50,00
Limite prudencial	1	3	200,00
Não remeteu	32	25	-21,87
Total	293	293	

Fonte : Sistema LRFnet –TCE-SC

Gastos com Pessoal – Natureza das Despesas

Natureza da Despesa (Exemplos)	Inclui no Limite de Pessoal
Salário dos servidores ativos	Sim
Salário dos servidores inativos	Sim
Pensões	Sim
Contribuição previdenciária - patronal	Sim
Gratificações	Sim

continua

³ GOMES, Geraldo José. Lei de Responsabilidade Fiscal – Causas e Consequências. In: *Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina*, Florianópolis, n.1, ano 1, p. 93.

⁴ Sistema LRFnet, Tribunal de Contas de Santa Catarina, instituído pela Instrução Normativa 01/2001, dados do exercício de 2003 ainda sujeitos a alteração em razão da análise das contas do mesmo exercício.

continuação

Natureza da Despesa (Exemplos)	Inclui no Limite de Pessoal
Sessões extraordinárias	Não
Subsídios dos agentes políticos	Sim
Horas extras	Sim
Contratação temporária para atender o excepcional interesse público e exercer funções não próprias do poder ou órgão	Não
Contratação temporária para atender o excepcional interesse público e substituir servidores	Sim
Salário-família - estatutário	Sim
Salário-família - CLT	Não
Diárias	Não
Licença-prêmio	Sim
Férias	Sim
Terceirização de mão-de-obra para exercer funções integrantes do quadro de pessoal	Sim
Terceirização de mão de obra para exercer funções não integrantes do quadro de pessoal, porém próprias do poder ou órgão	Sim
Terceirização de mão de obra para exercer funções eventuais não integrantes do quadro de pessoal	Não
Inativos pagos com recursos da alienação de ativos	Não
Saldo de salário pago na rescisão	Sim
Pagamento de incentivo por demissão	Não
Auxílios : natalidade, creche e funeral	Não
Contribuição ao Pasep	Não
Pagamento do Pasep aos servidores	Não
Despesas de exercícios anteriores de caráter remuneratório	Sim
Ressarcimento de despesas com servidores à disposição	Sim

Conclusão

A história da administração pública passa por constantes mudanças, porém indubitavelmente o dia 04 de maio de 2000 foi um dos mais significativos. Ao contrário de outras legislações que apregoaram a moralidade

com a utilização de penas para os descumpridores, a Lei Complementar 101/2000 obteve a inédita consciência dos administradores públicos em utilizar os recursos públicos de forma planejada.

É evidente que a Lei 10.028/2000, que trata das penalidades da Lei de Responsabilidade Fiscal inibe alguns procedimentos irregulares, porém, atualmente já é comum os gestores públicos negarem a realização de atos que podem comprometer o equilíbrio das contas públicas e apresentarem justificativas convincentes em nome da retidão que rege a utilização dos recursos da administração pública.

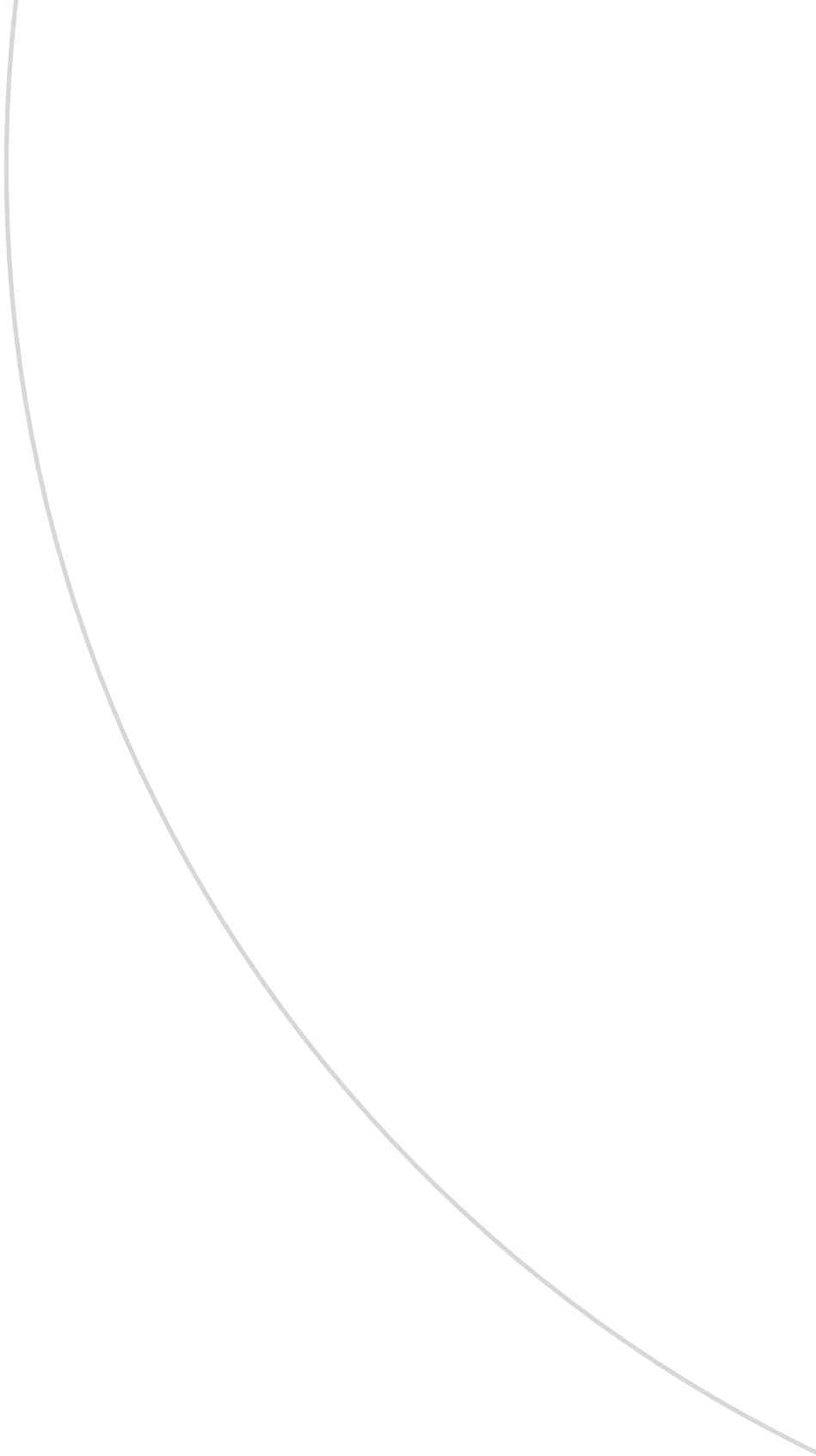
Para os tribunais de contas a responsabilidade da gestão fiscal, instituída formalmente pela Lei Complementar 101/2000, ao mesmo tempo que elevou as atribuições do controle externo, constitui-se em importante instrumento moralizador da administração pública, contribuindo efetivamente para a redução de irregularidades comuns até o exercício de 2000, relacionadas ao planejamento e a execução orçamentária e financeira do órgão ou Poder fiscalizado.

Referências

BRASIL. Lei Complementar nº 101. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. **Diário Oficial da União**. Brasília, n. 86, 04 de maio de 2000.

REVISTA DO TCE DE SANTA CATARINA. Tribunal de Contas de Santa Catarina: Florianópolis, SC, nº1, 2003.

TOLEDO JÚNIOR, Flávio C. de e ROSSI, Sérgio Cerqueira. **Lei de Responsabilidade Fiscal**: comentada artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2002.



Desmitificando a Lei de Responsabilidade Fiscal

Hamilton Hobus Hoemke*

Introdução

A elaboração deste trabalho parte da premissa de que por um lado, tem-se os leitores que trabalham hodiernamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal, sem, contudo, aterem-se aos seus propósitos e ao contexto no qual foi inserida; de outro lado, tem-se os que, estudiosos do Direito, apartam-se da análise desta lei e até mesmo de sua primeira leitura, por saberem ser ela portadora de comandos e conceitos que exigem do leitor conhecimentos não comumente ministrados

nas faculdades de Direito.

Este artigo foi organizado de forma a levar o leitor a naturalmente assimilar alguns conceitos extraídos da Lei de Responsabilidade Fiscal pela aplicação de técnicas de interpretação e integração da norma jurídica.

No Direito, a maioria dos doutrinadores utiliza-se da interpretação quando a norma possui obscuridade ou ambigüidade, e da integração quando a norma apresenta lacuna, ou seja, omissão.

Natureza jurídica da Lei de Responsabilidade Fiscal

Estrutura da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei de Responsabilidade Fiscal é a Lei Complementar nº 101/2000, de 04/05/2000, publicada no Diário Oficial da União de 05/05/2000. Encontra fundamento de validade entre os artigos 163 e 169 da Constituição Fe-

deral, no capítulo que trata das Finanças Públicas. Justamente por tratar de matéria complementar à Constituição, o quorum de votação é mais exigente do que as leis ordinárias, demandando aprovação por maioria absoluta¹ pelas duas casas do Congresso Nacional (Senado Federal e Câmara dos Deputados).

* Advogado. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

¹ BRASIL. Constituição Federal. Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.

Em linhas gerais, do início da LC nº 101/2000 para o seu fim, tem-se uma parte de conceitos. O que é ente da Federação, o que é receita corrente líquida etc. Na segunda parte tem-se o planejamento, de natureza nitidamente orçamentária, disciplinando sobre Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, por exemplo. Adiante há duas partes muito importantes, que tratam da receita e da despesa públicas. Em despesa está incluído o controle da despesa com pessoal. Em seguida, tem-se disposições tratando do repasse de recursos para o setor privado e da dívida pública. No capítulo 8º (oitavo) há disposições a respeito do controle do patrimônio público. No capítulo seguinte, o 9º (nono) trata de contas públicas, sua elaboração e divulgação. Nesta parte, há disposições, especialmente no art. 50, que tratam de normas contábeis em complementação à Lei nº 4.320/64. No art. 59 a Lei de Responsabilidade Fiscal elegeu os Tribunais de Contas como seus guardiões.

Não é necessário ir muito além de uma leitura para concluir que a Lei de Responsabilidade Fiscal sofre influência de dois importantes ramos do Direito Público: o Direito Financeiro e o Direito Administrativo.

Direito financeiro

O Direito Financeiro é o ramo do Direito Público que tem como objeto de estudo as normas que compõem a organização e a

estrutura financeira do Estado. A estrutura financeira, por sua vez, tem por objeto de estudo os fenômenos financeiros, cuja manifestação se dá sobremaneira na atividade de obter recursos e na realização de gastos². Em resumo, disciplina as receitas e despesas públicas.

É o próprio conceito de Direito Financeiro que, desde logo, introduz a orientação básica do intérprete para aplicar os princípios gerais e setoriais que lhe são pertinentes, por isso, convém tê-lo presente, como o conjunto de princípios, preceitos e atos concretos que regem as atividades administrativas do Estado e das demais pessoas incumbidas da gestão de recursos públicos financeiros e patrimoniais, ditadas pelo interesse público legal, legítima e lícitamente definido pelos órgãos competentes. (MOREIRA NETO, 2000, p. 79)

É diferente da contabilidade governamental que, na condição de ramo da ciência contábil, preocupa-se do registro, controle e demonstração dos fatos mensuráveis em moeda e que afetam o patrimônio do ente público³. A contabilidade é inerte, não cria Direito. Sua função é orientar e controlar os atos e fatos da administração econômica⁴.

Direito administrativo

Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 3 e 15.

³ ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. *Introdução à Contabilidade Governamental: da teoria à prática*. Salvador: Zênite, 1999, p. 23.

⁴ *Idem*. p. 24 (conceito oficial de contabilidade apresentado no 1º Congresso Brasileiro de Contabilistas, realizado na cidade do Rio de Janeiro, de 17 a 27 de agosto de 1924).

do Estado (...) e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade e moralidade⁵.

São princípios constitucionais da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência⁶. Tem-se ainda o da economicidade e o da legitimidade no art. 70 da Constituição Federal.

O estudo do Direito divide-o em dois grandes ramos: o Direito Público e o Direito Privado. Pertencem ao primeiro, portanto, tanto o Direito Financeiro quanto o Direito Administrativo.

O princípio norteador do Direito Público é o da supremacia do interesse público. É o que informa ao sujeito que, quando há conflito de interesses, deve prevalecer o interesse público. Está-se falando de interesse da sociedade e não de interesse do governo, pois sabe-se que o governo é transitório, e a administração pública perene.

Celso Antônio Bandeira de Mello é trans-lúcido quando aborda o princípio da supremacia do interesse público, afirmando ser “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.” (MELLO, 2001, p. 67)

Retornando à Lei de Responsabilidade Fiscal, sabe-se que esta lei é fruto da onda ocidental pela boa gestão dos recursos públicos. Essa tendência pode ser observada pelos do-

cumentos que embasaram a formulação da própria LC nº 101/2000: a cartilha Fiscal Transparency do Fundo Monetário Internacional, o Tratado de Maastricht, o Budget Enforcement Act dos Estados Unidos da América - EUA e o Fiscal Responsibility Act da Nova Zelândia⁷. Portanto, não é lei genuinamente brasileira e é nesse contexto que deve ser lida, analisada e interpretada. É público e notório que o Brasil⁸ possui dívidas com organismos internacionais, o FMI por exemplo, decorrentes de empréstimos. Pela lógica, é interesse primordial dos próprios organismos credores que a parte devedora (Brasil) mantenha a contabilidade dentro de parâmetros aceitáveis no âmbito internacional e que haja mecanismos legais garantidores do pagamento dos recursos emprestados, seja limitando os gastos dos devedores em despesas correntes, seja por desobstaculizar o pagamento de dívidas decorrentes de empréstimos. É de se admitir também que o controle dos gastos públicos já era há muito uma reivindicação da sociedade brasileira, no entanto, partir daí e chegar a alguns absurdos previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal é um longo caminho.

Para exemplificar, o art. 51 da Lei de Responsabilidade Fiscal determina que as contas devem ser encaminhadas ao Poder Executivo da União, até 31 de maio para os estados e 30 de abril para

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002, p. 47.

⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 37, caput.

⁷ NASCIMENTO, Edson Ronaldo & Ilvo Debus. *Lei Complementar 101/2000: entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília: ESAF, 2002, p. 14-6.

⁸ Entenda-se o ente público como contratante com o organismo internacional na captação de recursos externos.

os municípios, sob pena de tais entes ficarem impedidos de receber transferências voluntárias e contratar operações de crédito. No entanto, os estados e municípios que não encaminharem suas contas no prazo poderão receber transfe-

rências voluntárias e contratar operações de crédito para refinarçar a dívida mobiliária, que pode ser interna ou externa, ou seja, com organismos nacionais ou internacionais que emprestam dinheiro aos estados e municípios.

Técnicas de interpretação e integração

Utilizam-se as técnicas de interpretação para solucionar problemas de obscuridade ou ambigüidade da norma. A integração, por sua vez, é utilizada para preencher as omissões deixadas pela norma e é aplicada subsidiariamente à interpretação⁹.

Quanto à interpretação, tem-se a seguinte classificação:

Quanto ao sujeito:

- 1) autêntica: quando o sentido de algum termo é explicado pela mesma lei ou outra;
- 2) doutrinária: quando provém dos doutrinadores;
- 3) jurisprudencial: provém de reiteradas decisões judiciais.

Quanto ao meio:

- 1) gramatical ou literal: busca interpretar nos termos da lei, utilizando-se de técnicas gramaticais;
- 2) histórica: considera o momento histórico no qual a norma foi produzida;
- 3) sistemática: utiliza-se de normas de todo o ordenamento jurídico, com preferência para as do mesmo ramo ou afins;
- 4) lógica: aplicação da racionalidade, é o que faz sentido ao intérprete.

- 5) teleológica: busca o fim das normas (alguns entendem ser a aplicação do princípio da finalidade do direito administrativo e não propriamente técnica de interpretação).

Quanto à extensão:

- 1) declarativa: exatos termos da lei
- 2) extensiva: amplia o texto de lei; é aplicado quando a lei disse menos do que deveria.
- 3) restritiva: restringe o texto de lei, quando a lei disse mais do que deveria.

A integração aplica os meios que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 4.657/1942) lhe põe à disposição, que são os seguintes:

- 1) Analogia: é a aplicação de regra que trata de hipótese semelhante a um caso não previsto em lei.
 - 1.1 *legis* - estende uma regra existente a um caso de características afins. Aplicação de uma só norma;
 - 1.2 *juris* - aplica ao caso não previsto uma norma não existente, por sistematicidade. Utiliza-se de um conjunto de normas. Esta regra é impraticável no Direito Administrativo, em razão do princípio da legalidade (MOREIRA NETO, 2002, p. 107).

⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 74.

- 2) Costumes: práticas reiteradas lícitas reconhecidas como fontes do direito.
- 3) Princípios gerais de direito: são critérios superiores que regem institutos jurídicos, são também fontes de direito. Informam e são informados pela doutrina, jurisprudência, política, economia e sociedade.

Alguém poderia perguntar: “mas qual o critério para que eu possa escolher a melhor técnica?” É bom lembrar que não existe melhor técnica, existe aquela que melhor se aplica ao caso concreto. O ideal é utilizar todas as técnicas de interpretação e integração.

A questão é interessante. O Superior Tribunal de Justiça - STJ, em recente julgado¹⁰ a respeito da possibilidade de abortamento de

nascituro com anencefalia, decidiu que não é cabível a interpretação extensiva ou analogia em *malam partem*. O que isto significa? A norma penal penaliza o aborto (art. 124 a 127, CP), porém exclui a punibilidade em apenas duas hipóteses, (a) para salvar a vida da gestante, e (b) em decorrência de estupro (art. 128, I e II, CP). O aborto de nascituro com anencefalia, apesar de não estar expresso, estaria previsto na norma ou então houve omissão do legislador que deveria ter previsto. Qual a solução? Resposta: aplicar as duas possibilidades de interpretação e integração, buscando um alcance ou um significado para a regra. Neste caso em particular não se admitiu adotar estas regras em desfavor da vida.

Casos de interpretação e integração na Lei de Responsabilidade Fiscal

Interpretação autêntica

Quase toda a norma jurídica tem em si uma interpretação autêntica, porque está quase sempre dizendo o direito. No entanto, pode-se encontrar esse tipo de interpretação na Lei de Responsabilidade Fiscal, com maior notoriedade, nos seguintes artigos:

- artigo 1º, § 1º, LRF - delimita o que se entende por responsabilidade na gestão fiscal;
- artigo 2º, LRF - conceitua ente da Federação, empresa controlada, empresa estatal dependente e receita corrente líquida;
- artigo 20, § 2º, LRF - conceitua órgão para fins de limite de despesa com pessoal;
- artigo 26, § 2º, LRF - explica situação que se caracterizaria como destinação de recursos públicos para o setor privado;
- artigo 29, LRF - define dívida pública consolidada, dívida pública mobiliária, opera-

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - STJ. Acórdão da Quinta Turma, publicado no Informativo STJ nº 199: O *habeas corpus* foi impetrado em favor do nascituro, ora no oitavo mês de gestação, contra decisão do Tribunal a quo que autorizara intervenção cirúrgica na mãe para interromper a gravidez. Essa cirurgia foi permitida ao fundamento de que o feto padece de anencefalia, doença que levaria à inviabilidade de sua vida pós-natal. A Turma, porém, concedeu a ordem, pois a hipótese em questão não se enquadra em nenhuma daquelas descritas de forma restrita no art. 128 do CP. Assim, não há como se dar interpretação extensiva ou analogia in *malam partem*; há que se prestigiar o princípio da reserva legal. HC 32.159-RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 17/2/2004.

ção de crédito, concessão, garantia e refinanciamento;

- artigo 64, §§ 1º e 2º, LRF – define o que consiste ser assistência técnica, cooperativa e financeira da União aos municípios.

Estes são exemplos nos quais a própria Lei de Responsabilidade Fiscal conceitua, porém, há outros pontos que a lei deixou de fazê-lo dando azo ao trabalho dos intérpretes, como, por exemplo, o art. 16, § 3º, que deixou para a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO a definição da despesa irrelevante. Os doutrinadores apresentaram-se em dizer que a LDO não poderia definir qualquer valor como irrelevante, haveria de respeitar limites. Os doutrinadores fizeram interpretação sistemática com o artigo 24, II, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), não podendo, portanto, ultrapassar R\$ 8.000,00.

Interpretação doutrinária e jurisprudencial

Normalmente, nas interpretações doutrinária e jurisprudencial utiliza-se também da interpretação quanto aos meios: literal, histórico, sistemático, lógico e teleológico, bem como quanto à extensão: declarativa, restritiva ou extensiva.

Hans Kelsen afirma que há interpretação autêntica quando é feita pelo órgão aplicador do Direito:

Um advogado que, no interesse do seu constituinte, propõe ao tribunal apenas uma das várias interpretações possíveis

da norma jurídica a aplicar a certo caso, e um escritor que, num comentário, elege uma interpretação determinada, entre as várias interpretações possíveis, como a única “acertada”, não realizam uma função jurídico-científica mas uma função jurídico-política (de política jurídica). Eles procuram exercer influência sobre a criação do Direito. Isto não lhes pode, evidentemente, ser proibido. Mas não o podem fazer em nome da ciência jurídica, como frequentemente fazem. (KELSEN, 1996, p. 396)

Interpretação sistemática

Um exemplo de interpretação sistemática é aquela da qual poderá nascer conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais. A LC nº 101/2000, art. 19, II e III, determina que a despesa total com pessoal não poderá ser superior a 60% (sessenta por cento) da receita corrente líquida, para os estados e municípios¹¹. Por outro lado, o art. 60, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, determina que uma proporção não inferior a 60% (sessenta por cento) dos recursos do Fundef¹² será destinada ao pagamento dos professores do ensino fundamental em efetivo exercício no magistério. Ocorrendo superação do percentual da despesa total com pessoal ao mesmo tempo que o ente público estadual ou municipal for obrigado a aplicar os recursos do Fundef no pagamento do pessoal do magistério, haveria conflito aparente de normas.

¹¹ BRASIL. Lei Complementar Federal nº 101/2000. Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: (...) II – Estados: 60% (sessenta por cento); III – Municípios: 60% (sessenta por cento).

¹² Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério.

Em regra, a norma hierarquicamente superior e anterior à outra prevalece sobre as demais, no entanto, cada caso deve ser analisado separadamente. A observância da norma constitucional não implica, por si só, a regularização do eventual descumprimento de norma infraconstitucional. O ideal é o cumprimento de todas as normas válidas do ordenamento jurídico. Se o descumprimento da norma infraconstitucional referente ao controle de pessoal for a única medida de observância da norma constitucional, esta irregularidade poderá ser minimizada ou até sanada em face da superioridade da Constituição Federal.

Neste caso, não se pode estudar cada diploma separadamente. É necessário cotejá-los, adotando o princípio da hierarquia das normas para solucionar a eventual irregularidade do caso concreto pelo descumprimento de norma infraconstitucional.

Interpretação restritiva

O artigo 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, determina a nulidade de pleno direito do ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos últimos cento e oitenta dias do final de mandato do titular do respectivo Poder ou órgão.

À primeira vista, pela interpretação literal, todo e qualquer ato que resultasse em aumento da despesa com pessoal seria nulo, se expedido nos últimos 180 dias de manda-

to; porém, esta não foi a interpretação mais adequada à norma.

Diante de situações concretas, este parágrafo foi mitigado pela doutrina¹³ e pela jurisprudência¹⁴ para que o alcance do comando normativo fosse restringido, reduzindo a possibilidade de eventual prejuízo de ordem pública irreversível para a sociedade.

Um exemplo ilustra bem a questão. Na hipótese da ocorrência de calamidade pública em determinada região, situação esta que demandasse a contratação emergencial de profissionais da área médica e defesa civil, dentre outros profissionais. Tais contratações, pela interpretação meramente literal, estariam vedadas. No entanto, conforme já dito, situações emergenciais como esta ficariam fora do alcance do art. 21, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, em cumprimento ao princípio de direito público, o da supremacia do interesse público.

A interpretação restritiva tem como objetivo corrigir a norma objeto de interpretação, de forma a adequá-la ao que realmente quer abranger, deixando de alcançar situações que poderiam causar uma injustiça social.

Interpretação extensiva ou integração analógica

Da análise das técnicas de interpretação e integração restou notória a existência de uma linha muito tênue entre a interpretação extensiva e a integração analógica. A primeira visa

¹³ SCHMITT, Rosane Heineck. Despesas com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato e a lei de responsabilidade fiscal. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, volume especial, p.56-67, 2002

¹⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Prejulgado 1252 - Processo: CON-02/08599614. Parecer: COG-532/02. Decisão: 30/10/2002. Origem: Secretaria de Estado da Administração. Relator: Conselheiro Luiz Suzin Marini. Data da Sessão: 13/11/2002. Publicado no Diário Oficial em 09/04/2003.

expandir o alcance da norma para atingir outras situações, enquanto a segunda procura demonstrar as características análogas de outras situações para que a norma seja aplicada também às situações não expressamente previstas.

O artigo 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal trata de vedações quando o Poder ou órgão encontra-se na faixa do limite prudencial com a despesa de pessoal. Esse limite prudencial é a faixa de 5% antes que se atinja o limite total. Em tal condição, algumas condutas são vedadas, tais como, concessão de aumento e criação de cargo, emprego ou função. Dentre as vedações, uma em especial merece atenção, é a regra do inciso IV do mesmo artigo, com a seguinte redação:

Art. 22. A verificação do cumprimento dos limites estabelecidos nos artigos 19 e 20 será realizada ao final de cada quadrimestre.

Parágrafo único. Se a despesa total com pessoal exceder 95% (noventa e cinco por cento) do limite, são vedados ao Poder ou órgão referido no artigo 20 que houver incorrido no excesso:

...

IV - provimento de cargo público, admissão ou contratação de pessoal a qualquer título, **ressalvada a reposição de-**

corrente de aposentadoria ou falecimento de servidores das áreas de educação, saúde e segurança; (grifou-se)

Note-se que a regra é clara. Estão ressalvadas somente a reposição decorrente de aposentadoria ou falecimento das áreas de educação, saúde e segurança. Essas áreas são privilegiadas pela Constituição Federal, conforme asseguram os artigos 144 para a segurança pública¹⁵, 196 para a saúde¹⁶ e 205 para a educação¹⁷.

No entanto, o foco que se procura dar é quanto às possibilidades de vacância do cargo público que a lei limitou a apenas duas, a aposentadoria e o falecimento, quando se sabe que existem outras: exoneração, demissão e promoção.

Diante de situações singulares, especiais, nas quais se dá a vacância de cargos públicos nas hipóteses não contempladas na Lei de Responsabilidade Fiscal, é que o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sensível aos valores sociais, deu interpretação extensiva à citada norma para o fim de alcançar as outras espécies de vacância, englobando todas as cinco, ou seja, a aposentadoria, o falecimento, a exoneração, a demissão e a promoção¹⁸.

¹⁵ BRASIL. Constituição Federal. Art. 144. *A segurança pública, **dever do Estado, direito e responsabilidade de todos**, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:* (grifou-se)

¹⁶ BRASIL. Constituição Federal. Art. 196. ***A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.* (grifou-se)

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Art. 205. ***A educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.* (grifou-se)

¹⁸ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. **Prejulgado 1421** A ressalva contida no inciso IV do parágrafo único do art. 22 da Lei de Responsabilidade Fiscal abrange, também, as demais espécies de vacância do cargo público, como a exoneração, a demissão e a promoção. Processo: CON-03/03395370 Parecer: COG-385/03 Decisão: 2695/2003 Origem: Secretaria de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão Relator: Conselheiro Luiz Suzin Marini Data da Sessão: 13/08/2003. Publicado no Diário Oficial em 01/10/2003.

Tal entendimento leva em consideração aspectos que vão além do texto legal, conforme já dito, o da supremacia do interesse público. Não é possível limitar-se a despesa com pessoal em detrimento da urgente e necessária prestação do serviço público.

O parecer que deu origem ao entendimento deste Tribunal de Contas utilizou-se da técnica de interpretação extensiva, se bem que não haveria prejuízo, mas acréscimo ao trabalho se também ou alternativamente tivesse adotado a técnica da integração analógica.

Interpretação teleológica

Por fim, o último exemplo e talvez o de mais difícil assimilação, pois trabalha com conceitos menos comuns e correlatos entre as áreas do Direito, da Economia e da Contabilidade.

Trata-se da exclusão do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF dos gastos com pessoal e da receita corrente líquida. O efeito dessa exclusão é a diminuição do montante registrado em ambos os cálculos. A contabilização deve permanecer, porém o montante não compõe os demonstrativos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Esse imposto é de competência constitucional da União (art. 153, III, CF), no entanto, pertencem aos estados, Distrito Federal e municípios o IRRF sobre os rendimentos pagos por eles (art. 157, I e 158, I, CF). Nesse caso, cada ente público, ao pagar a remuneração do seu pessoal, retém o que a lei determina devido pelo trabalhador e contabiliza no seu balanço como receita própria¹⁹.

O ente público paga os servidores com os recursos que a sociedade lhe colocou à disposição através do sistema de arrecadação de tributos. O valor pago aos servidores é a própria remuneração diminuída do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF, que fica com o ente pagador. O registro contábil dessas operações, ou seja, (a) o ingresso dos tributos através do processo de arrecadação, (b) o pagamento dos vencimentos dos servidores públicos, (c) a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF e, por fim, (d) o ingresso dessa retenção como receita no próprio ente público, gera duplicidades que a Lei de Responsabilidade Fiscal procura evitar.

Os recursos disponibilizados ao Estado pela arrecadação de outros tributos e transferências intergovernamentais servem, dentre outras destinações, para o pagamento das despesas com pessoal, entretanto, parte desse valor é justamente a receita do próprio ente público. Em conclusão, o Estado paga a própria receita. A contabilidade deve registrar esta movimentação para fins de fiscalização; contudo, financeiramente não ocorre qualquer alteração no erário.

Para fins de argumentação, é instrutivo visualizar dez livros, representando a arrecadação do Estado; destes dez livros, cinco seriam para entregar a alguém, simbolizando o pagamento da remuneração do servidor. Porém, antes que se complete a transferência dos cinco livros, entregam-se apenas quatro, afirmando que aquele um que o ente público re-

¹⁹ BRASIL. Portaria STN nº 212/01, de 04/06/01, determina que a arrecadação do imposto descrito nos incisos I (IRRF), dos artigos 157 e 158, da CF, é contabilizada como receita tributária, utilizando a classificação 1112.04.30 - Retido nas Fontes e não mais a 1721.01.04 - Transferência de Imposto sobre a Renda Retido nas Fontes.

teve corresponde a uma dívida do próprio servidor para com o ente público, representando o Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF. Contabilmente, visualizam-se os dez livros, depois os cinco livros sendo entregues ao servidor, em seguida o retorno de um dos livros do servidor ao ente público. Por outro lado, financeiramente, visualizam-se os dez livros, em seguida, a entrega de quatro livros ao servidor. O exemplo é simples para que possa alcançar seu objetivo: a compreensão.

A própria Lei de Responsabilidade Fiscal, demonstrando a preocupação de evidenciar a realidade em detrimento da contabilização, determina que a “receita corrente líquida será apurada somando-se as receitas arrecadadas no mês em referência e nos onze anteriores, excluídas as duplicidades.”²⁰

Outros fatores que levam ao entendimento de que o objetivo da Lei de Responsabilidade Fiscal é o controle financeiro das contas públicas podem ser extraídos dela mesma, como, por exemplo, o conceito de despesa total com pessoal, do art. 18, no qual afirma ser o somatório dos gastos do ente da Federação com ativos, inativos e pensionistas²¹.

Observe-se que a Lei de Responsabilidade Fiscal referiu-se a gastos, ou seja, despesa fi-

nanceira que representa um decréscimo patrimonial.

Pela compreensão do sistema arrecadador estatal, a forma de pagamento das despesas com pessoal, a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte dos servidores públicos, o registro dessa retenção como receita tributária no próprio ente remunerador e a ausência de ajustes ou compensações com a União, que é a titular desse imposto, leva à conclusão de que não há movimentação financeira de receita ou despesa, mas apenas registros contábeis.

Esta conclusão leva ao entendimento de que os efeitos financeiros têm tratamento especial pela Lei de Responsabilidade Fiscal, compondo demonstrativos que procuram evidenciar a saúde financeira do ente público, evitando possíveis duplicidades, dubiedades ou qualquer outra forma de mascarar a real situação por conta de registros contábeis obrigatórios.

Esse entendimento é compartilhado pelos ministérios públicos do Espírito Santo, Paraná, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Sul, Goiás, Piauí, Rondônia, Amapá, Rio de Janeiro e Amazonas, com fundamento em pareceres dos respectivos tribunais de contas estaduais²².

²⁰ BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000, de 04/05/2000 - Lei de Responsabilidade Fiscal. Art. 2º, § 3º.

²¹ BRASIL. Lei Complementar nº 101/2000, art. 18. *Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.* (grifou-se)

²² PINTER, Silvia. TCE alerta órgão para reduzir despesa com pessoal. *A Notícia*, Joinville, p. A5, 26 mar.2004.

Conclusão

As técnicas de interpretação e integração devem ser utilizadas na busca de uma melhor elucidação da lei. Especificamente, em relação à lei de responsabilidade fiscal, os princípios

de direito financeiro e administrativo são os basilares nesse trabalho de hermenêutica, como é possível observar nos exemplos colacionados neste trabalho.

Referências

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos. **Introdução à contabilidade governamental:** da teoria à prática. Salvador: Zênite, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

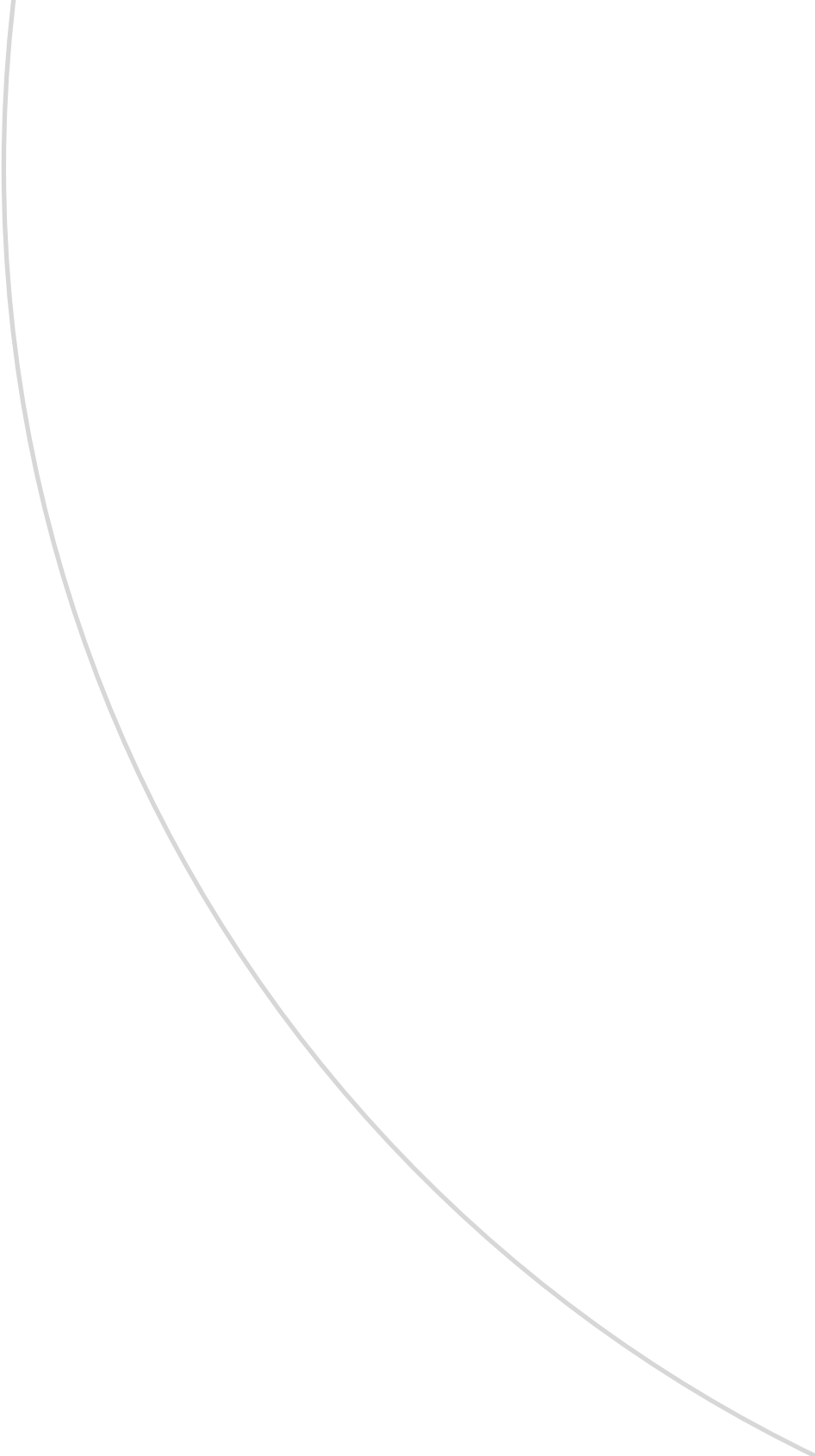
MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de Direito Administrativo.** 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus princípios jurídicos. **REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, Rio de Janeiro, v.221, p.71-93, jul./set. 2000.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo; DEBUS, Ilvo. **Lei Complementar 101/2000:** entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal. Brasília: ESAF, 2002.

SCHMITT, Rosane Heineck. Despesas com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato e a lei de responsabilidade fiscal. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 4, volume especial, p.56-67, 2002.



A atuação do Ministério Público na efetivação da Lei de Responsabilidade Fiscal

Affonso Ghizzo Neto*

“O Ministério Público não aceita causas nem representa partes, edifica causas e sustenta-as, como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas”
(Antônio Cluny, in *Pensar o ministério público hoje*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997).

Introdução

A instituição do Ministério Público representa hoje a defesa da própria liberdade. Nos termos do art. 127 da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Detém imprescindível parcela de soberania estatal, edificando fundamentos a favor da coletividade e do bem comum.

Portanto, torna-se imperioso compreender a natureza política da Instituição, verificando as principais funções que lhe são conferidas, bem como os instrumentos disponíveis para o exercício de suas atribuições.

O exercício da titularidade da ação penal e das curadorias coletivas representa a defesa da legalidade democrática necessária à consolidação do verdadeiro Estado de direito democrá-

tico, sendo primordial a intervenção do Ministério Público enquanto advogado-magistrado da sociedade.

Incumbido de relevantes funções – promover, privativamente, a ação penal pública; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos, promovendo, inclusive, as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos; exercer o controle externo da atividade policial; etc. (art. 129, e incisos, da CF) – o Ministério Público não pode esquivar-se de apreciar (ajustar extrajudicialmente ou em juízo) e decidir, aplicando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, sobre a necessidade e a relevância do respectivo exercício funcional.

É importante destacar que o Ministério Público, em que pese a regra geral de atuação

Promotor de Justiça em Santa Catarina.

regrada pelos princípios da legalidade estrita, da objetividade e da imparcialidade, poderá (deverá), analisando situações fáticas individualmente, conforme a peculiaridade de cada caso concreto, determinar quais ocorrências irrelevantes para a coletividade devem ser ignoradas (proporcionalidade e razoabilidade).

Com efeito, a atuação ministerial sempre deve ser conduzida por uma investigação preliminar valorativa, comparando a situação fática e seu enquadramento jurídico, a relevância e o interesse público, assim como a probabilidade inicial de sucesso da demanda. Como bem assevera António Cluny, ao indicar o juízo de possibilidade razoável da condenação final que deve pautar o exercício da atividade ministerial, *verbis*: “*Tal juízo probalístico incorpora e constrói-se a partir do objecto fundamental sobre o qual irá incidir o juízo do juiz*” (in *Pensar o ministério público hoje*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 51).

António Cluny resume com extrema felicidade: “**O Ministério Público não aceita causas nem representa partes, edifica causas e sustenta-as, como parte em julgamento, enquanto as julgar fundadas.**

Isso não significa, porém, que o Ministério Público tenha poder de disposição sobre o conteúdo material da acção penal (princípio da indisponibilidade do objecto processual)... Tão só se quer referir que o Ministério Público, por

causa do dever de objectividade, tem em cada momento de ajuizar da sustentabilidade da pretensão acusatória” (obra citada, p. 53).

O Ministério Público exerce suas funções em nome do Estado de direito democrático, no estrito (e amplo) interesse difuso e coletivo, jamais representando interesses individuais ou desejos de determinadas classes.

Neste contexto, importante a observação dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios fundamentais que garantem a universalidade dos direitos difusos e coletivos dos administrados e administradores perante a Administração Pública, em respeito ao próprio Estado de direito democrático.

Com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, o Ministério Público, além de possuir o dever expresso de fiscalizar o fiel cumprimento das normas vigentes, possui importante papel como controlador das atividades administrativas, seja na defesa do erário ou em outras questões fiscais, direta ou indiretamente, relacionadas com o gerenciamento administrativo. Vejamos, portanto, os principais aspectos da atuação do Ministério Público na efetivação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A atuação do Ministério Público em face da LRF

A Lei de Responsabilidade Fiscal é um código de conduta destinado aos gestores públicos, com nítido desiderato de se fazer obedecer as normas e os limites das finanças

públicas (art. 163, inciso I, da Constituição Federal), resguardando-se os interesses difusos e coletivos da comunidade. Disciplinando a gestão dos recursos públicos, a Lei

de Responsabilidade Fiscal possibilita o equilíbrio, a transparência e o controle dos gastos e das contas públicas. Em outras palavras: nenhum gestor público poderá gastar mais do que arrecada.

O planejamento, o controle e a fiscalização das receitas e despesas, a transparência, e a responsabilização dos gestores públicos deficientes ou corruptos são preceitos fundamentais constantes na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Necessário, portanto, um controle real da atividade pública, com especial atenção para o cumprimento do orçamento público, das metas fiscais e dos limites previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O gestor público faltoso deverá ser responsabilizado através da imposição de diversas penalidades, atingindo-o pessoalmente e o próprio governo (art. 73 da LRF).

A suspensão das transferências voluntárias, das garantias e contratação de operações de crédito, inclusive a antecipação de receita orçamentária (ARO), são sanções institucionais que atingem diretamente o ente público administrado.

As sanções administrativas serão aplicadas pelo Tribunal de Contas (multas).

Restando caracterizado qualquer crime de sua parte, o gestor público estará sujeito também às sanções criminais previstas nos respectivos dispositivos legais.

O ressarcimento dos danos, a suspensão dos direitos políticos, a perda de função pública, a perda dos bens obtidos irregularmente, a multa civil e a proibição de contratar com administração pública e receber benefícios são sanções de natureza cível que poderão ser aplicadas ao gestor público ímprobo.

A atuação do Ministério Público em decorrência da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal poderia, numa visão deficiente do texto legal, ser resumida à condição de mero e superficial fiscalizador (art. 60, incisos I *usque* VII, da LRF). Vejamos:

“Art. 60. O Poder Legislativo, diretamente ou com o auxílio dos Tribunais de Contas, e o sistema de controle interno de cada Poder e o Ministério Público, fiscalizarão o cumprimento das normas desta Lei, com ênfase no que se refere a:
“I – atingimento das metas estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias;
“II – limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em restos a pagar;
“III – medidas adotadas para o retorno da despesa total com pessoal ao respectivo limite, nos termos dos arts. 22 e 23;
“IV – providências tomadas, conforme disposto no art. 31, para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
“V – destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e as desta Lei;
“VI – cumprimento da lei de diretrizes orçamentárias quanto à aplicação de recursos de que trata o art. 4º, inciso IV;
“VII – cumprimento do limite de gastos totais dos legislativos municipais, quando houver”.

Os comandos indicados nos incisos do artigo são objetivos e determinados, não causando maiores dificuldades de interpretação. Ressalte-se a exigência do inciso III, segundo a qual a despesa de pessoal não pode exceder 95 % do limite legal fixado, sob pena de imposição das sanções previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, devendo ainda ser eliminados pelo gestor público, nos dois quadrimestres

seguintes, os excessos constatados como irregulares. Destaque também para o conteúdo do inciso IV, que exige a recondução da dívida aos limites legais determinados. Por fim, conforme norma prescrita no inciso VI, deve a lei de diretrizes orçamentárias conter a avaliação da situação financeira e atuarial.

Ao contrário do que se poderia interpretar pela leitura isolada do dispositivo em apreço, o Ministério Público deve usar todos os instrumentos que lhe estão disponíveis (ação penal pública, inquérito civil, ação civil pública etc.) para fazer cumprir o ordenamento legal.

Embora tenha o poder-dever de analisar a relevância do suposto ato de irresponsabilidade fiscal, aplicando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, o Ministério Público deverá agir com objetividade e imparcialidade, sempre verificando a sustentabilidade da pretensão desejada.

A observação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade é obrigação do membro do Ministério Público. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possuem uma ligação estreita. A importância de ambos os princípios à responsabilização do ato de irresponsabilidade fiscal encontra fundamento na análise da discricionariedade administrativa, bem como na ampliação da apreciação do ato de irresponsabilidade fiscal por parte do órgão do Ministério Público.

Referidos princípios exigem do gestor público congruência e responsabilidade em sua atuação administrativa. Deverá observar o comando da lei, sua finalidade, a concretização do ato, os meios utilizados para o alcance deste e o efetivo atendimento dos interesses públicos. Com bom senso, visão técnica e

valoração dos interesses sociais envolvidos na situação concreta, o gestor público deverá respeitar o comando da Lei de Responsabilidade Fiscal, sempre fundamentado nos princípios constitucionais ora invocados.

Usando os instrumentos constitucionais disponíveis, numa interpretação ampla e justificada, cabe ao Ministério Público ter especial atenção com 5 (cinco) questões de destaque previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal:

1ª) Gastos com Pessoal

A Lei de Responsabilidade Fiscal indica limites de gastos com pessoal, como percentual das receitas, para os três Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, distribuídos em percentuais determinados.

2ª) Dívida Pública

Estabelecidos os limites e os respectivos percentuais para pagamento das dívidas públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, atribuição esta do Senado Federal, através de proposta do Presidente da República, cabe apenas questionar a flexibilidade da exigência perante diversas obrigações constitucionais impostas aos gestores públicos. Por exemplo: deixar de satisfazer o pagamento integral da dívida pública no percentual indicado em virtude de investimentos urgentes e necessários no social, decorrentes de uma tragédia natural inesperada (Furacão Catarina). Indaga-se: praticaria referido gestor público um ato de irresponsabilidade fiscal, ou estaria cumprindo mandamento constitucional superior?

3ª) Metas Fiscais

A Lei de Responsabilidade Fiscal determina o estabelecimento de metas fiscais trienais.

Assim, o gestor público poderá planejar as receitas e as despesas de seu governo, podendo retificar eventuais deficiências e/ou dificuldades inicialmente não previstas.

4º) **Compensações**

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que nenhum gestor público poderá criar uma nova despesa continuada - por prazo superior a 2 (dois) anos - sem indicar sua fonte de receita ou a redução de uma outra despesa pré-existente.

5º) **Ano Eleitoral**

A Lei de Responsabilidade Fiscal contém restrições adicionais para controle das contas públicas em anos eleitorais, sendo vedada a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO), a contratação de despesas que não possam ser pagas no respectivo ano, salvo disponibilidade de caixa, e o aumento de despesa com pessoal nos Poderes Legislativo e Executivo nos 180 dias anteriores ao final da legislatura ou mandato.

O Ministério Público deve buscar junto aos gestores públicos a responsabilidade administrativa, consistente na gestão fiscal planejada e transparente, prevenindo riscos e corrigindo desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, em busca do fiel cumprimento das metas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal (§ 1º art. 1º).

Embora seja dever do Tribunal de Contas alertar os órgãos competentes sobre eventuais irregularidades existentes no cumprimento das metas e deveres financeiros determinados pela Lei de Responsabilidade Fiscal, o Ministério Público pode e deve agir de ofício, seja investigando ou interpondo judicialmente o remédio próprio para corrigir e responsabilizar o gestor público faltoso.

O fundamental para efetivação do comando previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal é a análise conjunta com o Texto Constitucional e toda legislação extravagante aplicável, em especial a Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

A Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000

A responsabilização penal ou criminal rege-se pelos princípios e normas do Direito Penal, apresentando suas peculiaridades, especialmente com relação ao direito de punir do Estado, sendo mais exigente na comprovação da autoria e materialidade do ato de irresponsabilidade fiscal criminoso. Entre os crimes a que estão sujeitos os gestores públicos se encontram os delitos funcionais, político-administrativos e comuns.

Responsabilizando penalmente os agentes públicos, encontram-se os delitos comuns pra-

ticados contra a Administração Pública previstos nos arts. 312 a 326 e 359-A a 359-H, todos do Código Penal Brasileiro. Os crimes são próprios, tendo como sujeito ativo o agente público, ressalvada a possibilidade de co-autoria ou de participação do particular nos termos do art. 30 do mesmo Estatuto Criminal. Entre os crimes comuns próprios de maior incidência encontra-se o peculato, a prevaricação, a concussão, com “destaque especial” para a corrupção passiva.

Importante frisar que, com a edição da Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, que acrescentou os arts. 359-A a 359-H ao Código Penal Brasileiro, houve considerável adição à responsabilização criminal direcionada aos gestores públicos faltosos.

Destaque ainda para o art. 4º da Lei nº 10.028/00, que acrescentou no art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, os incisos XVI *usque* XXIII, todos referentes a práticas financeiras e administrativas caracterizadoras de crimes especiais.

Com a regulamentação da matéria fiscal pela Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, a Administração Pública, mais do que nunca, deverá observar em suas finanças a obediência direta aos princípios da Administração Pública e as regras específicas previstas na própria Lei Complementar, sob pena de incidir em diversas e graves sanções penais.

A gestão fiscal deverá ser planejada, transparente e responsável, evitando-se riscos nas atividades públicas desenvolvidas, evidenciada a preocupação com o equilíbrio das contas públicas.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, inovadoramente, responsabiliza os gestores públicos ímprobos pela má gestão financeira, devendo ser realizada fiscalização sistemática nas atividades públicas (mensal, anual e plurianual). Em curtas palavras: o administrador não poderá gastar mais do que arrecada.

Em harmonia com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei n. 10.028, de 19 de outubro de 2000, acrescentou novas figuras penais no Código Penal e no Decreto-lei nº 201/67, objetivando defender a própria Administração Pública, resguardadas suas finanças através da imposição cumulativa de sanções (pena privativa de liberdade e multa pecuniária).

A interpretação conjunta com a Constituição Federal de 1988

Como referido alhures, impossível efetivar o comando da Lei de Responsabilidade Fiscal sem a necessária interpretação simultânea com o Texto Constitucional de 1988. A Constituição Federal ampliou consideravelmente as funções do Ministério Público, que atua, hoje, como verdadeiro defensor da sociedade, paladino da justiça e da moralidade, fiscalizador por excelência do efetivo cumprimento do comando previsto na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Entre suas funções encontra-se a obrigação de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e

social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, inc. III).

Como se vê, a Constituição da República aumentou o alcance da Lei da Ação Civil Pública, determinando o Ministério Público como defensor da própria cidadania, devendo resguardar todos os interesses difusos e coletivos, entre os quais o efetivo e regular cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O Ministério Público deve ficar atento para constatar eventuais descumprimentos dos diversos comandos da Lei de Responsabilidade Fiscal, apurando pessoalmente, através de pro-

cedimento próprio (inquérito civil), a existência ou não do ato de irresponsabilidade fiscal.

Restando comprovado o ato de irresponsabilidade fiscal, analisando cada situação concreta individualmente, com proporcionalidade e razoabilidade, o Ministério Público poderá

propor a ação civil pública competente para proteção dos interesses públicos lesados pelo gestor público, sem prejuízo da interposição da respectiva ação penal pública cabível, caso também tipificado algum crime previsto no ordenamento legal.

A interpretação conjunta com a Lei Federal nº 8.429/92

Necessário também, à luz do texto constitucional, fazer uma leitura conjunta entre a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Improbidade Administrativa – Lei Federal nº 8.429/92.

A prática do ato de irresponsabilidade fiscal, via de regra, também vai caracterizar a prática de ato de improbidade administrativa. Nos termos da Lei n. 8.429/92, diversas sanções podem ser aplicadas ao gestor público que não observe o comando prescrito na Lei de Responsabilidade Fiscal.

O art. 5 da Lei de Improbidade Administrativa determina que **“ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”**. Entendimento imediato é que a responsabilização civil correspondente ao ato de irresponsabilidade fiscal (também ato de improbidade administrativa) se exterioriza em decorrência do comportamento desobediente, faltoso ou omissivo do gestor público que, dolosa ou culposamente, causa prejuízo à Administração Pública. Neste caso, o gestor público que agir – ou se omitir – dolosa ou culposamente (vínculo subjetivo), causando, através da desobediência ao co-

mando da Lei de Responsabilidade Fiscal, um ato ímprobo em prejuízo do erário público, presente o nexo de causalidade entre a má gestão fiscal e o resultado lesivo, responderá severamente nos termos da Lei n. 8.429/92.

É muito importante destacar que a responsabilização civil pela prática de ato de irresponsabilidade fiscal, quando também caracterizado o ato de improbidade administrativa, não depende da efetiva comprovação da ocorrência de dano material ou da aprovação ou rejeição das contas pelo Tribunal de Contas (LIA, art. 21 e incisos I e II).

Além das penas institucionais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, como suspensão das transferências voluntárias, das garantias e contratação de operações de crédito, inclusive a antecipação de receita orçamentária, o gestor público faltoso deverá ressarcir os danos resultantes da má gestão pública, sujeitando-se ainda às seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, perda dos bens obtidos irregularmente, multa civil e proibição de contratar com administração pública e receber benefícios, sem prejuízo de outras sanções administrativas e penais.

Conclusão

Com independência e objetividade, o Ministério Público deve cobrar da administração pública o fiel cumprimento do compromisso ético e moral dos gestores públicos, com a estrita observância dos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que deverão ser observados através de uma interpretação conjunta com a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Improbidade Administrativa e o Código Penal, além de outras legislações especiais.

O respeito aos princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, serve como alicerce fundamental de controle e de fiscalização da administração pública pelo órgão do Ministério Público.

Verificada a ampla atuação constitucional do Ministério Público, exercendo importantes funções para consolidação do estado de direito democrático, não podemos pensar a democracia numa visão restrita e limitada do aparelhamento político estatal. Uma visão panorâmica torna-se necessária.

A importância da atuação ministerial, além da pacificação dos casos concretos que lhe são ofertados extrajudicial e judicialmente, encontra respaldo no simbolismo que a sua existência, por si só, representa, presente a possibilidade de efetivo controle dos diversos aparelhos políticos e administrativos do Estado e, em especial, a fiscalização das finanças públicas e o efetivo cumprimento das normas estabelecidas na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não podemos esquecer, entretanto, que a sociedade está sujeita a poderosas pressões de determinados grupos, flagrante a manipulação da mídia e, em consequência, da opinião pública nacional.

O Ministério Público, enquanto agente político constitucional, a quem incumbem importantes funções (art. 129, e incisos, da CF), alcançou um papel fundamental e imprescindível para a vida democrática moderna. Ao Ministério Público cabe a difícil missão constitucional de agir em defesa da legalidade democrática e da igualdade universal entre os cidadãos brasileiros.

Assim, o aperfeiçoamento do Ministério Público, através da consolidação de sua autonomia política – hoje o Chefe da Instituição ainda é indicado pelo Chefe do Executivo –, bem como das garantias necessárias ao independente e responsável exercício funcional, livre de intervenções político-partidárias, é medida que se impõe com urgência.

É preciso (re)pensar o Ministério Público para que lhe sejam fornecidos instrumentos reais para a concretização efetiva de suas responsabilidades constitucionais, dando à Instituição maior poder de fogo, visibilidade, transparência e organização funcional, sem prejuízo da devida responsabilização de eventuais membros deficientes e/ou corruptos. Depois de assegurada a pretendida independência política, possível será o exercício e o cumprimento das inúmeras e importantes funções ministeriais determinadas pela Constituição Federal de 1988. Funções estas que deverão ser sempre exercidas com imparcialidade.

lidade e objetividade em busca dos interesses comuns dos cidadãos.

António Cluny conclui com propriedade peculiar, *verbis*: “**Pensar o Ministério Público hoje implica, assim e antes do mais, assumir claramente a natureza eminentemente judicial deste órgão e dela extrair todas as necessárias conseqüências democráticas.**

Isto é, pressupõe concebê-lo como uma magistratura dotada de uma organização que lhe assegure a unidade e a eficácia, mas também, como um corpo de magistrados que, por isso, devem dispor de um estatuto que salvaguarde um exigente regime de garantias e lhes preserve, com visibilidade e responsabi-

dade públicas, a imparcialidade e, portanto, a objectividade” (in *Pensar o ministério público hoje*, Edições Cosmos, Lisboa, 1997, p. 150).

Neste quadro dramático, de normas, de paixões, de interesses politiqueiros escusos e de desmandos administrativos inconstitucionais, cabe ao Ministério Público, considerando o notável instrumento que representa a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, fiscalizar com bom senso o seu fiel cumprimento, efetivando, sob o Manto Constitucional e a legislação extravagante aplicável, as medidas e as ações cabíveis para responsabilizar os gestores públicos relapsos, deficientes e/ou corruptos.

Referências

CLUNY, António. **Pensar o ministério público hoje**. Lisboa: Edições Cosmos, 1997.

GHIZZO NETO, Affonso e GATTRINGER, João Luiz. **Cartilha legal**: uma parceria do Ministério Público de Chapecó, Tribunal de Contas de SC e UNOCHAPECÓ. Chapecó: Argos, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da e GHIZZO NETO, Affonso. **Improbidade administrativa e lei de responsabilidade fiscal**: conexões necessárias. Florianópolis: Habitus, 2001.

A Lei de Improbidade Administrativa

A Lei 8.429/92 e seus aspectos polêmicos 97

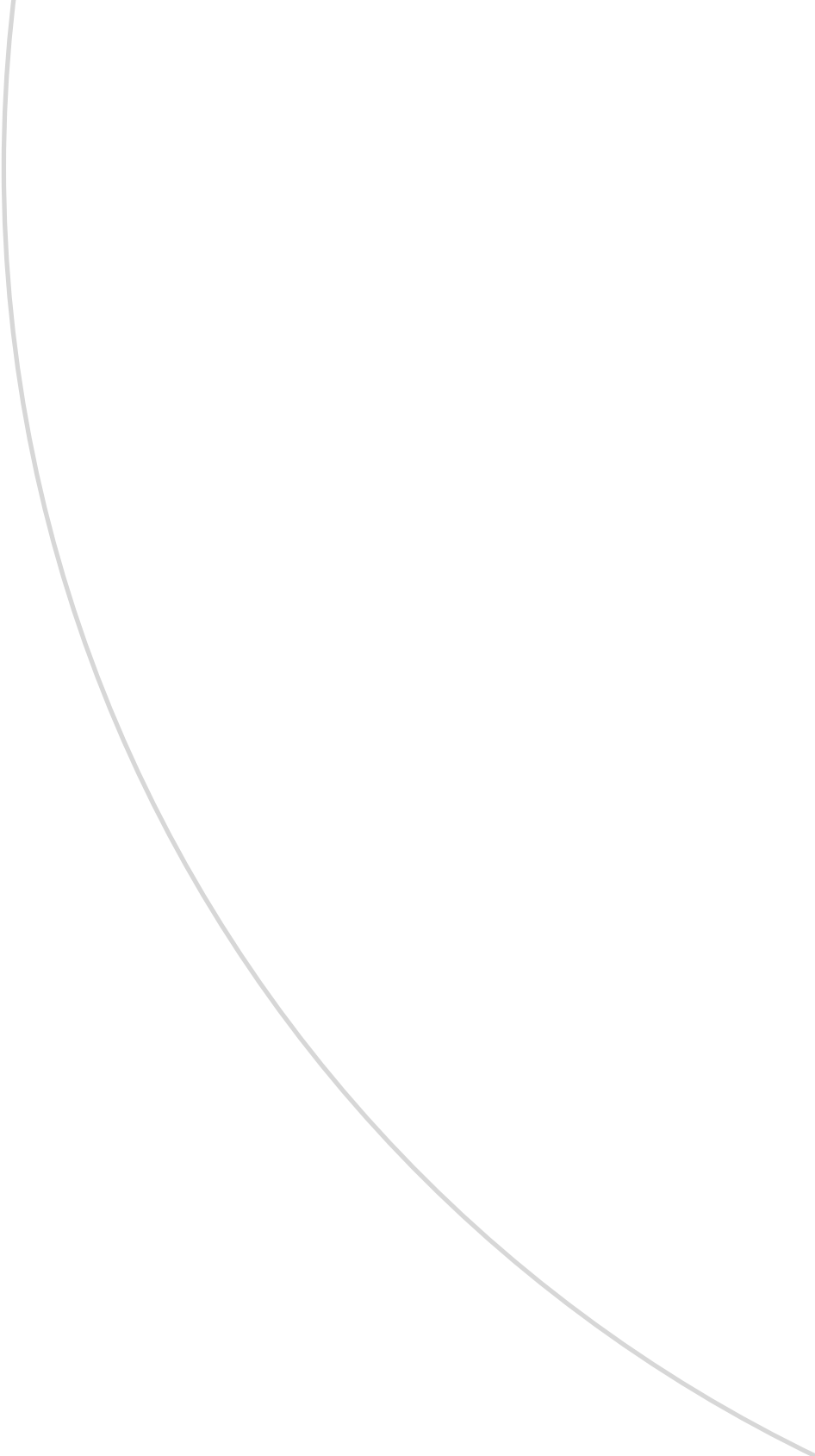
A atuação do Tribunal de Contas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa 107

A Lei de Improbidade Administrativa como fator de aproximação entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas 119

Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

HASSIS/63

Revista do TCE



A Lei 8.429/92 e seus aspectos polêmicos

Luiz Henrique Urquhart Cademartori*

Dentre os instrumentos jurídico-políticos de controle externo do Poder Executivo e, mais além, assecuratórios da própria observância ao que constitui o Estado Democrático de Direito, a Lei 8429/92 – batizada no jargão jurídico administrativo como lei da improbidade administrativa – representou significativo avanço a complementar os mecanismos e instituições de controle já existentes, tais como o Tribunal de Contas.

As razões para tanto ocorrerem, fundamentalmente, pelo fato de que a lei de improbidade administrativa pôs em questão certos mitos institucionais a respeito dos limites de interferência entre as esferas de atuação política, jurídica e moral no âmbito dos poderes do Estado. Isto ocorreu na medida em que deu margem a possibilidades de entrecruzamento entre tais instâncias visando efetivar, a partir da possibilidade de puni-

ção do descumprimento de seus preceitos, um conjunto de diretrizes vinculantes e permeadas por tais fatores, a orientar a atuação de todos os agentes estatais.

Isso ocorreu na medida em que tal lei instituiu uma paridade entre essas esferas (política, moral e jurídica) no que se refere a um efetivo controle quanto à observância dos princípios constitucionais – implícitos e explícitos¹ – que regem a atividade administrativa do Poder Público, equiparando para efeitos de sujeição aos seus preceitos os assim chamados agentes públicos, vale dizer, “*toda aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função (...)*” – art. 2º da Lei 8429/92 – em quaisquer dos órgãos ou entidades do Estado.

* Professor da Universidade do Vale do Itajaí e Cesusc

¹ Sobre o tema atinente aos princípios constitucionais implícitos e explícitos e sua aplicação, conferir CADEMARTORI, Luiz Henrique. *Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 84-117

Necessário se faz destacar que, para efeitos da lei de improbidade, a moralidade pública coloca-se como elemento central do qual a probidade, ou seja, a honestidade no trato da coisa pública, é uma das suas decorrências, tendo como feixes de irradiação os deveres dos agentes públicos de lealdade às instituições; o zelo e a dedicação às atribuições do cargo; a fiel observância às normas legais e regimentais, dentre outras sujeições, tal como o exemplifica o art. 116 da Lei 8112/90 que, embora normatize a atividade dos servidores públicos *stricto sensu* da União, serve como parâmetro para inúmeras outras leis a reger outras atividades funcionais, necessárias ao bom andamento da Administração Pública.

Entretanto, o se quer chamar a atenção, para efeitos deste estudo, diz respeito ao que foi inicialmente comentado, vale dizer, ao que se constitui como o núcleo simbólico que engloba a Lei 8429/92 e que se refere, precisamente, à sua dimensão moral, política e jurídica. Tal aglutinação de âmbitos não passou despercebida ou mesmo ileisa quanto a mudanças e mesmo às intensas polêmicas que suscitou em várias ocasiões.

A título de exemplo, destaca-se aqui a Reclamação nº 2138-6/DF, encaminhada ao Supremo Tribunal Federal em via recursal e que teve como relator o Ministro Nelson Jobim. A referida peça jurídica originou-se numa ação

de improbidade administrativa impetrada pelo Ministério Público Federal contra o Ministro da Ciência e Tecnologia da gestão governamental passada (governo FHC). A infração apontada refere-se ao uso indevido de aeronaves da FAB – Força Aérea Brasileira – para transporte particular do ministro e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais.

O Ministério Público arguiu infração do *caput* e incisos IX e XIII do artigo 10 da lei de improbidade administrativa, além da infração ao *caput* e inciso I do artigo 11 da mesma lei. Entretanto, não se tratará, aqui, de analisar em detalhes o mérito do pedido do Ministério Público quanto ao caso que desencadeou a ação de improbidade. O que se pretende analisar são alguns dos argumentos centrais, tecidos no relatório da citada reclamação, os quais suscitam questões de significativa relevância quanto à natureza, alcance e observância constitucional da lei de improbidade administrativa.

Adentrando, então, a análise dos argumentos que informam a citada reclamação, afirma o relatório que os chamados “agentes políticos”² (como, por exemplo, Presidente da República ou ministros) não podem submeter-se à regência da lei de improbidade, pois a seu respeito já haveria regime normativo próprio no âmbito dos chamados “crimes de responsabilidade”, previstos na Lei 1.079/50, também conhecida como lei do *impeachment*.

² Segundo a doutrina brasileira, os agentes políticos são espécies do gênero “agente público” e designam os agentes que ocupam suas atribuições na cúpula dos poderes do Estado, sem subordinação hierárquica e, portanto, com independência de atuação, o que também os diferencia dos chamados agentes administrativos ou servidores públicos *stricto sensu*, os quais desempenham atividades profissionais sob uma estrutura hierarquizada de atuação. Cf. MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992, p.72-74

Com efeito, o artigo 9º da citada lei de 1950 prevê hipótese de crime de responsabilidade contra a probidade administrativa, o qual, no seu item 7, contempla como causa de punição a conduta de *“proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo”*. Por ser assim, conclui o relator, Ministro Jobim, os crimes de responsabilidade, tanto se referem a crimes propriamente ditos, como também a infrações político-administrativas.

Com isso, a lei dos crimes de responsabilidade de 1950 define condutas de ordem administrativa e política que podem levar a consequências semelhantes às previstas na lei de improbidade de 1992. Ante tal situação, a forma de prevenção do chamado *“bis in idem”* pelo relator deveria ser o critério hermenêutico da especialidade. Ou seja: para agentes políticos se aplicaria integralmente e exclusivamente a Lei 1079/50 e não uma lei que abrange todos os agentes do Estado, como é o caso da Lei 8429/92, o que, na época do relatório, acarretaria o foro especial de julgamento – ao contrário da lei de improbidade – típico das condutas penais atribuíveis a alguns dos agentes políticos, tal como o prevê o artigo 102, I alíneas “a” e “c” da Constituição Federal e também já previsto na Lei 1.079/50, recepcionada pela Constituição.

Analizando-se tais argumentos com maior atenção, não há razão para entender-se que certas condutas não possam ter previsão punitiva em mais de uma lei e para os mesmos agentes, desde que a natureza do processo, o âmbito de aplicação e as consequências punitivas sejam diferentes e considerando-se, também, que as hipóteses das normas dificilmente serão idênticas de forma absoluta, o que levará a optar por aquela que descreva mais

precisamente a conduta a ser regulada.

É o que ocorre, a título de exemplo para o caso em apreço no relatório, com respeito ao enquadramento legal pedido pelo Ministério Público para regular a conduta do então Ministro de Ciência e Tecnologia e a resposta dada pelo Ministro Relator Nelson Jobim. Se, de uma parte, a Lei 1.079/50 fala em observância da probidade administrativa e pune seu descumprimento, como o citado item 7 da mesma menciona, através da vaga expressão *proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo*, a Lei 8429/92 é bem mais precisa na descrição da hipótese sujeita a sanção para o caso em questão, pois os seus artigos 10, XIII e 11, I descrevem, respectivamente: *“ permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades”* e: *“ praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”*

Ainda na esteira do problema de normas diversas tratarem de condutas punitivas semelhantes para os mesmos agentes, é o que ocorre, por exemplo, com relação às condutas tidas como infrações administrativas disciplinares, segundo o artigo 117 e seus incisos, da Lei 8112/90 (estatuto dos servidores públicos da União) e as condutas capituladas como crimes segundo o Título XI do Código Penal (Dos Crimes Contra a Administração Pública). Mais precisamente quando se observam as coincidências em previsões tais como a de *Advocacia Ad-*

ministrativa – segundo a terminologia da doutrina e jurisprudência penais – prevista no seu artigo 321, a saber: *“Patrocinar, direta ou indiretamente, o interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário”* e, de outra parte, os incisos IX e XI do artigo 117 da Lei 8112/90, ao tratar, respectivamente, do uso da função pública visando obter proveito pessoal ou de outrem e a vedação de atuação como procurador ou intermediário junto a repartições públicas.

Ainda a título de exemplo, observe-se, também, a previsão de corrupção passiva prevista no artigo 317 do Código Penal que estabelece: *“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”* e a previsão do artigo 117, XII, que veda: *“receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições”*

Ora, percebe-se que em ambos os casos (da lei penal e do estatuto dos servidores federais), embora as condutas descritas sejam quase idênticas, trata-se de processos punitivos de natureza diversa, os quais não se confundem e nem se excluem mesmo quando incidem sobre o mesmo agente. Tanto é assim, que o artigo 125 da Lei 8112/90 prevê que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

O que legitima tal cumulatividade punitiva são, precisamente, as diferenças entre a natureza penal exercida no âmbito de um processo judicial, no caso das disposições do Código Penal, e a natureza administrativa disciplinar das condutas previstas na Lei 8112/90.

Além disso, as sanções penais, nos casos citados, implicam privação de liberdade e/ou imposição de multa ao infrator, enquanto na esfera administrativa, as sanções são, conforme a gravidade ou circunstâncias do caso e do agente : advertência; suspensão, demissão; destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade; portanto, diversas nas suas conseqüências e passíveis de cumulação com as sanções penais.

No caso da Lei 8429/92, observa-se que ela contempla rito processual próprio, previsto nos seus artigos 14 a 18, tendo também conseqüências punitivas que lhe são próprias (suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilização de bens e obrigação de ressarcimento ao erário do que foi desviado) segundo o seu artigo 12 e incisos, dentre outras sanções.

Pelas razões apontadas, não há que se identificar as sanções por improbidade com sanções de natureza penal ou mesmo político-penal, como no caso da Lei 1.079/50. A esse respeito, a Constituição Federal é suficientemente clara quando afirma no preceito que gerou a lei de improbidade, ou seja, no seu artigo 37, § 4º *“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública (...) **sem prejuízo da ação penal cabível** (grifo acrescido)”*

Pelo que se depreende do artigo, basta uma simples interpretação literal dos termos estatuídos na norma constitucional para eliminar qualquer dúvida quanto à exclusão de uma suposta natureza penal de tal lei.

Não bastasse a *Lei Maior* já ter esclarecido tal questão, qual seja, a separação dessas instâncias punitivas, a própria Lei 8429/92

deixou clara a especificidade própria de suas sanções, as quais se apresentam como diversas, inclusive, das sanções civis e administrativas, conforme se verá. Cabe ressaltar antes que, a despeito da afirmação de que a ação de improbidade é uma “ação civil com forte conteúdo penal”, conforme argumenta o Ministro Relator Nelson Jobim, citando, para tanto, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, os quais entendem que a natureza da ação com base na Lei 8429/92 é a de “ação civil de improbidade” tratando de delitos que, teoricamente seriam “crimes de responsabilidade” (remetidos, então, à Lei 1.079/50) e não “crimes comuns”, há que se questionar tal argumento.

Entende-se como mais coerente o argumento de que a lei de improbidade tem especificidade própria quanto à sua natureza jurídica, diversa, então, das esferas penal, administrativa ou civil com base, inclusive, no que já foi descrito. Vale dizer: na já existência de normas punitivas nos âmbitos penal e administrativo, além da responsabilização civil prevista em legislação ainda mais antiga, todas elas coexistindo harmonicamente, inclusive para efeitos processuais e seguindo ritos independentes, com possibilidades de conexão, também previstas em lei, quando as circunstâncias o exigem. Cite-se como exemplo o artigo 125 da Lei 8112/90, que estatui: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”; porém, segundo o artigo seguinte, 126: “A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria”

No mesmo diapasão, a Lei 8429/92 estabelece a sua especificidade, de ação de improbidade, diferente das demais, ao afirmar no seu artigo 12 que: “**Independentemente das sanções penais, civis e administrativas** (grifo acrescido), previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações(...)”

Ressalte-se ainda que o peculiar processo de encaminhamento da ação de improbidade prevista na Lei 8429/92 também prevê conexões com o processo administrativo disciplinar (no seu artigo 14, § 3º) e com o processo civil (no seu artigo 16, § 1º).

Cabe ainda discutir as conexões da lei de improbidade com os campos da Política e da Moral, eis que é precisamente o âmbito político, o qual, em franca convergência com o âmbito jurídico, suscita a afirmação do Ministro Nelson Jobim de que a ação de improbidade é uma “ação civil de forte conteúdo penal” (e se acrescentaria: também moral) com “incontestáveis aspectos políticos”.

Tal afirmação vem para embasar o argumento de que não seria possível atribuir competência a juízes de primeira instância para processar e julgar agentes políticos com base na Lei 8429/92, não deixando clara a argumentação, se apenas se consideram como instâncias políticas e, portanto, competentes para adentrar tal âmbito de apreciação, os tribunais superiores ou estaduais ou somente o Supremo Tribunal Federal.

Resulta questionável tal argumento pelo fato de que, em primeiro lugar, os sistemas do Direito, Moral e Política são passíveis de entrecruzamento de forma legítima, a partir da observância de regras procedimentais próprias

prias que tornam o acoplamento incidental entre tais sistemas possível e, com base em processos de ação comunicativa, permeáveis ao discurso moral. Sob essa dinâmica, tais processos permeiam os discursos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário³.

Assim é que tal questão remete-se a um problema de equacionamento das relações e conexões entre os discursos desses poderes em vez da possibilidade de atuação nos campos moral e político, dos seus órgãos componentes (tais como as diversas instâncias do Judiciário, por exemplo) pois ao resolver-se o problema das possibilidades de conexões legítimas entre os discursos moral, político e jurídico nas esferas de atuação legislativa, executiva e judiciária, resolve-se também, o problema da legitimidade dos seus órgãos integrantes – quaisquer que sejam suas instâncias – quando tratam de questões políticas, morais ou jurídicas.

Inicialmente, ressalte-se que a *independência e harmonia entre os poderes*, proclamadas no artigo 2º da Constituição Federal, não podem ser interpretadas enfatizando-se a noção de *independência* como uma forma de conceber os poderes estatais encerrados em compartimentos fechados e impenetráveis na sua competência de atuação, na medida em que a própria condição de *harmonia* deve pressupor formas de abertura sistêmica entre os poderes, visando uma troca de dados ou informações que se revela fundamental para sua própria subsistência.

Tal orientação também tem o mérito de não comprometer uma apropriada concepção de *independência*, a qual não pode ser considerada como sinônimo de isolamento mas sim de respeito pelas atividades precípua de cada poder, dentro da atribuição de competências prevista na Constituição. Somente dessa forma, ambas as expressões – *independência e harmonia* – podem ser conciliadas em uma mesma diretriz.

É por essa razão que se entende que a clássica teoria da “Separação de Poderes”, idealizada por Aristóteles e, mais tarde, desenvolvida por Locke, e finalmente consagrada por Montesquieu, necessita, hoje, de um redimensionamento na sua compreensão na medida em que a versão clássica da tripartição de poderes, interpretada de forma rigorosamente literal, historicamente descontextualizada e sem um viés pragmático, resulta incompatível com os atuais sistemas políticos constitucionais, onde cada um dos poderes estatais, além das suas funções precípua, também desempenha atividades típicas dos outros poderes, tais como ter iniciativa de leis que lhes são próprias ou levar a efeito processos administrativos ou políticos.

A inter-relação entre os campos da Moral, Política e Direito nos atuais contextos institucionais pode ser visualizada a partir de uma configuração de tais campos como sistemas que, embora fechados na sua lógica de atuação e fundamentação interna, admitem a troca de informações ou dados

³ Para mais detalhes sobre esse tema, conferir: CADEMARTORI, Luiz Henrique. As Relações entre Direito, Moral e Política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann in DULTRA, Rogério (org.) *Direito e política*. Porto Alegre: Síntese, 2004. No citado artigo, tenta-se buscar, entre outras coisas, certos elementos de convergência entre as teorias de Habermas e Luhmann a serem adaptados ao contexto jurídico brasileiro.

que são processados, quando advindos de outro sistema, a partir dos seus próprios critérios procedimentais.

Tome-se como exemplo disso, tratando dos sistemas Político e do Direito, a permanente exposição do sistema jurídico aos impulsos políticos, quando são criadas novas leis, as quais são equacionadas pelo sistema jurídico seguindo as regras da própria legislação que, por sua vez, não tolera tudo o que seria desejável no plano político.

No campo da política, tal sistema pode tolerar mais facilmente as “perturbações” no interior do seu sistema, produzidas sob a forma de decisões judiciais tais como a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei (politicamente importante) e, mais precisamente, para efeitos do tema deste estudo, os casos de improbidade administrativa ou ainda crimes de responsabilidade fiscal ou política, cujo caráter de interferência e regulação dos âmbitos moral, político e econômico é consideravelmente alto.

Em realidade, o mecanismo institucional que torna possível o entrecruzamento de esferas tais como a política e jurídica é a própria Constituição, por deter um caráter simultaneamente político, moral e jurídico, servindo como interface de acoplamento entre tais sistemas sem acarretar a perda de legitimidade ou especificidade funcional para nenhum deles.

Situando tais conexões a partir do marco jurídico, pode-se entender que não se verificam problemas de legitimidade para o Judiciário, seja qual for a sua instância, a respeito da possibilidade de adentrar o campo político – a partir de regras processuais pertinentes – visando resguardar os valores morais constitucionalmente proclamados e que,

no caso da Lei 8429/92, encontram-se, em parte, regulamentados.

Foram, precisamente, argumentos contrários a estes, desenvolvidos na Reclamação 2138/DF e acima questionados, que, em parte, contribuíram para a edição da Lei 10.628/02, a qual terminou por instituir o foro privilegiado para os agentes políticos, já abrangidos por tal prerrogativa nos casos de crimes comuns ou de responsabilidade nos termos dos artigos 102, I, “b” e “c”; 105, I, “a”; 108, I, “a” e 125, § 1º, todos da Constituição Federal.

Mais precisamente, a nova lei alterou o artigo 84 do Código de Processo Penal, determinando na nova redação do seu *caput* que: *A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, relativamente às pessoas que devem responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade*; já os seus parágrafos 1º e 2º estabelecem respectivamente que: *A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública*; e ainda: *A ação de improbidade administrativa de que trata a Lei 8429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º*.

Pelo que se pode observar do teor de tais disposições, a nova lei agravou, ainda mais, a suposta identificação de cunho sancionatório

entre a improbidade administrativa e os crimes de responsabilidade. Se antes do advento desta nova lei, parte do Supremo Tribunal Federal, conforme já se comentou, entendia problemática a equivalência de natureza jurídica de sanções como as previstas no artigo 9º, item 7, da Lei 1.079/50 e nos artigos 9º *caput* e incisos IV e XII; 10, IX e XIII e 11, I da Lei 8429/92, tendo-se demonstrado neste estudo como incongruente tal afirmação. Mesmo que se aceitasse tal tese, a Lei 10.628/02 teria, então, acentuado o referido (na Reclamação 2138/DF) *bis in idem* punitivo, ao determinar, inclusive, o mesmo foro (especial) para julgar originariamente os crimes comuns e de responsabilidade, somando-se a eles os atos de improbidade administrativa.

Além desse problema, a nova lei, sem maiores razões para tanto, estendeu a prerrogativa de funções dos agentes políticos por ela abrangidos, para efeitos de responsabilização judicial, mesmo após a cessação do exercício da sua função pública.

Outro ponto polêmico trazido pela Lei 10.628/02 foi a desvinculação do conceito de “agente político” daquele que, originariamente, se depreendia da Lei 8429/92, qual seja, o de “agente político” sendo espécie do gênero “agente público”, conforme se lê no artigo 2º da Lei 8429/92, já transcrito e comentado.

Ocorre que foi, precisamente, a abrangência do conceito de “agente público” que veio a facilitar o controle, para efeitos de atos de improbidade, dos atos praticados pelos mais

variados sujeitos que, sob diversos regimes de atuação: estatutários, celetistas ou especiais, com ou sem prerrogativas especiais, desempenham atividades, direta ou indiretamente vinculadas ao Estado. Com tal entendimento legal, a lei de improbidade tornou paritário o *status* funcional de todos eles, para efeito de foro competente (comum) na propositura e julgamento de ações de improbidade, em perfeita consonância com uma efetiva concepção republicana de Estado Democrático de Direito, consoante o artigo 1º da Constituição Federal, a qual não mais demanda a sua observância em caráter apenas formal mas, acima de tudo, substancial.

Com relação a uma suposta “caça às bruxas” que de forma desenfreada e visando aos “holofotes da mídia” poderiam ser perpetradas pelos representantes do Ministério Público oficiando em instâncias inferiores do Judiciário, como um dos órgãos legitimados a propor ações de improbidade, a Lei 8429/92 foi providente ao estabelecer, no seu artigo 19, sanções para denúncias contra pessoa que se sabe inocente como única previsão de caráter penal prevista nos seus dispositivos. Caso se quisesse melhor precisar as medidas preventivas contra pessoas sobre as quais não estivessem a pesar claros indícios, bastaria alterar ou aperfeiçoar a redação do artigo 19 da lei.

Por todas essas razões, entende-se relevantes as arguições de inconstitucionalidade que foram levantadas contra a Lei 10.628/02, as quais passam, a seguir, a ser analisadas⁴.

⁴ Cf. a respeito dos argumentos de inconstitucionalidade da Lei 10.628/02: BUENO, Cassio Scarpinella. O Foro especial para as ações de improbidade administrativa e a Lei 10.628/02 in BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo de Rezende (coordenadores) *Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais*. São Paulo: Malheiros, 2003

Argumenta-se, em primeiro lugar, que as competências de atuação e julgamento atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, ao Superior Tribunal de Justiça e tribunais regionais federais, foram enumeradas em caráter taxativo e, portanto, de forma exaustiva pela Constituição Federal. Isto equivale a dizer que não é possível contrariar os artigos 102, 105 e 108 da Constituição, entendendo-se que uma lei federal possa ter a prerrogativa de definir, ampliar ou reduzir competências já estabelecidas no ordenamento constitucional.

Para arrematar tal conclusão, cite-se o artigo 93 do Código de Processo Civil, o qual, pelo que já foi argumentado, teria maior pertinência para tratar a respeito de ações de improbidade, pois estas não possuem natureza penal e se instauram via ação civil pública. Esse dispositivo processual estabelece que: *Regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e de organização judiciária. A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste código.*

A propósito disto, também chama a atenção o fato de que as alterações na lei de improbidade tenham decorrido de uma lei que alterou dispositivo do Código de Processo Penal. Embora não se encontre, no ordenamento jurídico brasileiro, nenhuma sanção para o caso de alterar-se norma de determinado campo do Direito, através de lei oriunda de outro campo jurídico, do ponto de vista de técnica legislativa, comete-se visível erro no caso das alterações advindas com a Lei 10.628/02.

Isso ocorre porque a Lei Complementar 95/98, que regulamenta o artigo 59 da Constituição Federal, ao disciplinar o processo técnico de elaboração de leis, no seu artigo 7º, estatui

que: *O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:*

(...)

II – a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão

(...)

IV – o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Pelo que se pode observar, a Lei 8429/92 possui procedimento próprio (procedimento especial, nela incorporado pela Medida Provisória 2.225-45/2001) e guardando conexões mais estreitas com a lei processual civil; a esse respeito vale a remissão ao artigo 17, quando seu *caput* faz referência ao “rito ordinário” da “ação principal” sendo que esta ação principal guarda estreitas conexões com a ação cautelar civil, explicitada no artigo 16, ambos da Lei 8429/92.

Por todas as razões neste trabalho enfocadas, pode-se concluir que:

- 1 – Embora a Lei 8429/92 tenha necessárias conexões com o âmbito civil e o administrativo-disciplinar, possui natureza procedimental e material própria como “ação de improbidade”, não se confundindo, pois, com uma ação penal, civil ou administrativa.
- 2 – O seu conceito abrangente, previsto no seu artigo 2º, de agente público não pode ser descaracterizado pela cisão do conceito-gênero de agente político, pois o dispositivo em questão (artigo 2º da Lei 8429/92) não

abre nenhuma exceção para tais efeitos, e o Código de Processo Penal, à luz da Lei Complementar 95/98 e da Constituição Federal, não é, tecnicamente ou juridicamente, fonte de estabelecimento de foro especial para agentes políticos no ajuizamento de ações de improbidade administrativa.

- 3 – Os aspectos políticos e de moralidade da Lei 8429/92 respeitam os devidos limites

de tolerância na interferência entre os âmbitos da Moral, Política e Direito, a partir do marco constitucional como interface de conexão entre tais esferas e sob as regras procedimentais da Lei 8429/92, que asseguram suficiente legitimidade às diversas instâncias do Judiciário no julgamento de ações de improbidade contra qualquer agente do Estado.

Referências

BUENO, Cássio Scarpinella. O Foro Especial para as Ações de Improbidade Administrativa e a Lei 10.628/02. In: BUENO, Cássio Scarpinella e PORTO FILHO, Pedro Paulo. (Coordenadores) **Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais**. São Paulo: Malheiros, 2003

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá 2001

_____. As relações entre direito, moral e política sob as perspectivas procedimental-comunicativa e sistêmica: as visões de Habermas e Luhmann. In: DULTRA, Rogério (organizador) **Direito e política**. Porto Alegre: Síntese, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1992

A atuação do Tribunal de Contas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

Neimar Paludo*

A Lei de Improbidade Administrativa constitui instrumento normativo da maior abrangência para responsabilização de agentes públicos por práticas que ferem a lei e a moralidade e os demais princípios do Direito Público, quando, então, atuam em contra-posição ao interesse público.

Como salienta Wallace Paiva Martins Junior¹, “há uma distância, às vezes pequenas, às vezes grande, entre o Estado ideal e o Estado real, e a ciência jurídica, bem conhecendo essa dura realidade, fornece meios para a responsabilização do agente público pelo mau uso do poder que o povo lhe confere”. Um desses instrumentos é a Lei de Improbidade Administrativa.

Um efetivo Estado Democrático de Direito só se afirma quando aceita o controle social sobre a Administração Pública, em todos os seus poderes. Mas a efetivação desse controle requer a adoção de mecanismos apropriados e legitimados a fim de obter todos os elementos concludentes de que o administrador está realizando uma gestão adequada ou conduz seus atos

pelo caminho da improbidade. O Tribunal de Contas é um dos órgãos oficiais criados para o exercício desse controle, que muitas vezes foge ao alcance do cidadão comum.

Probidade administrativa, intimamente ligada à moralidade administrativa, desde o início da República vinha sendo cobrada por Rui Barbosa, mentor dos tribunais de contas. Para ele, uma corte de contas seria um instrumento institucional para barrar a corrupção que grassava desde os primeiros anos da nova forma de governo.

Na sistemática constitucional brasileira, o Tribunal de Contas constitui órgão com independência funcional e financeira, com a missão de exercer o controle externo da Administração Pública, cujo arcabouço normativo quanto à sua competência e estruturação está delineado nos arts. 70 *usque* 75 da Constituição Federal. As regras basilares ali fixadas se aplicam ao Tribunal de Contas da União e aos tribunais de contas dos estados e dos municípios, onde houver.

* Advogado. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC

¹ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1.

O controle externo é exercido em três aspectos basilares: na emissão de pareceres prévios sobre as contas do Estado e de cada um dos municípios; no julgamento das contas dos administradores públicos e da prestação de contas de quem receba recursos do erário; e no registro de atos de admissão de pessoal e de concessões de aposentadorias, reformas e pensões.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina, a exemplo de seus congêneres, tem seu foco direcionado para os aspectos de execução orçamentária (receitas e despesas) e verificação da legalidade de atos típicos da Administração Pública, como atos de pessoal, licitações e contratos, prestação de contas de recursos antecipados e de subvenções e investimentos em obras.

No desenvolvimento das atividades voltadas ao exercício de sua competência constitucional, suas ações fiscalizatórias têm em vista prioritariamente a apreciação de contas verificando o cumprimento das leis orçamentárias e dos princípios e preceitos constitucionais relacionados à Administração Pública. Consoante seu Regimento Interno (art. 46), “a fiscalização a cargo do Tribunal, mediante auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial tem por objetivo verificar a legalidade, a legitimidade, a moralidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia dos atos administrativos”.

Nos atos de gestão o Tribunal de Contas tem centrado sua atuação na verificação da correta aplicação das leis aos atos e contratos administrativos, e na observância dos princípios constitucionais de legalidade, igualdade, publicidade, impessoalidade, moralidade e eficiência,

além de outros princípios atinentes à Administração Pública, como a economicidade, a razoabilidade e a supremacia do interesse público, incluindo a verificação do cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A questão da probidade (ou improbidade) administrativa está implícita nessa atuação. Não se trata de objetivo específico do Tribunal, mas uma decorrência da atuação no âmbito da sua competência. A rigor, os tribunais de contas carecem de atuação sistematizada em relação à Lei de Improbidade Administrativa. Evidentemente, no exame de contas, atos e contratos administrativos, podem surgir situações das quais se possa concluir pela ocorrência de improbidade administrativa, especialmente ante a lesão ao patrimônio público, ou, mais comumente, diante de atos atentatórios aos princípios de administração pública. É um processo evolutivo, tendente à integração de organismos que atuam com objetivos comuns: a defesa da sociedade.

Em sua missão, o Tribunal de Contas tem marcada atuação na proteção do erário. É próprio dos regimes democráticos a existência de sistemas de controle, visando à preservação da moralidade administrativa, senão há inevitável tendência ao beneficiamento de grupos, em detrimento da coletividade. Martins Júnior² comenta:

A sobrevivência do Estado Democrático de Direito impõe, necessariamente, a proteção da moralidade e da probidade administrativa nos atos administrativos em geral, exaltando as regras de boa administração e extirpando da gerência dos negócios públicos agentes que ostentam inabilitação moral para o exercício das funções públicas.

² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Op. cit., p. 2.

Nesse sentido, assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha³:

Não se pode considerar a existência de democracia sem ética, bem como não se pode considerá-la tão-somente existente por ausência de violência física; e, afinal, a falta de ética no exercício do desempenho dos cargos públicos significa uma violência moral contra os cidadãos, contra os administrados, sendo, portanto, absolutamente inaceitável.

A atuação antiética caracteriza afronta aos princípios de Direito Público, dentre eles a moralidade, e por consequência, da probidade administrativa, que tem fundamento na moral jurídica, compreendida nos princípios gerais de direito.⁴ Sérgio Ferraz⁵, com pertinência, anota:

A idéia de moralidade está a permear por todo o campo a atuação do administrador, deflagrando, necessariamente, a idéia de boa-fé, a de motivação, a de congruência, a de compatibilidade, a de proporcionalidade, a de razoabilidade, todo esse elenco de princípios depois filtrados e consignados na fórmula mais restrita que o *caput* do artigo 37 traz. Toda essa série de idéias generosas e notáveis deve hoje marcar necessariamente a atuação do administrador.

A Lei nº 8.429/92), inspirada e instigada pelo dispositivo do art. 37, *caput* e § 4º da Constituição da República, foi introduzida no

cenário jurídico como mais um mecanismo legal para fazer valer a probidade administrativa. No dizer de Cármen Lúcia:

Tendo por base exatamente o quanto posto como princípio naquele diploma maior, essa lei veio dar densidade e eficácia ao princípio da moralidade administrativa, a qual, em seu art. 4º, reitera a obrigação dos agentes públicos velarem pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato de assuntos inerentes aos seus respectivos ofícios, o que já se contém, igualmente expresso, no art. 37 da Constituição da República.

A Lei nº 8.429, de 1992, surgiu num momento de plena redemocratização na história brasileira, e também de outros países sul-americanos⁶, como o Chile, que em 1993 editou a Lei nº 19.653, sobre a Probidade Administrativa Aplicável aos Órgãos da Administração do Estado, donde se extrai elucidativos enunciados:

Artículo 3º. La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade administrativa e controle das finanças públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, Dez/2000. São Paulo: NDJ, 2000, p. 919.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 920.

⁵ FERRAZ, Sérgio. O Tribunal de Contas e a moralidade administrativa. Palestra proferida em 22.10.97, durante o XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil, realizado no Rio de Janeiro.

⁶ Em Honduras existe um órgão vinculado à Contraloría General de la República, a “Dirección de Probidad Administrativa”, cuja denominação bem representa a especificidade de sua atuação.

La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica, en conformidad con la Constitución Política y las leyes.

...

Artículo 54.- Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa.

El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.

Su inobservancia acarreará las responsabilidades y sanciones que determinen la Constitución, las leyes y el párrafo 4º de este Título, en su caso.

O controle externo, que tem por escopo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público e suas entidades nos aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação e subvenções, renúncias de receitas (art. 70, CF) e dos demais princípios constitucionais - impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, CF) - acaba por ter contato com condutas consideradas impro-

bas pela Lei nº 8.429/92. Não obstante, não pode aplicar as sanções nela prevista, competência reservada ao Poder Judiciário, quando provocado.

De outro lado, o Tribunal de Contas detém competência sancionatória própria. Quando constatada irregularidade ou ilegitimidade em atos administrativos, as normas do Tribunal prevêem sanções no âmbito de sua competência administrativa. Apurado dano ao erário, o Tribunal determina o ressarcimento dos valores aos cofres públicos, nos termos do art. 71, VIII, da Constituição da República, do art. 58 da Constituição Estadual e art. 21 da Lei Complementar nº 202/00. Tal penalidade se assemelha à sanção prevista no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa. Além do ressarcimento, o Tribunal aplica multa proporcional ao dano. Estamos diante do exercício de jurisdição administrativa.

As sanções impostas pelo Tribunal estão adstritas ao âmbito administrativo. Talvez por essa razão, as cortes de contas ficam circunscritas às normas que fundamentam suas decisões e que lhes permitem aplicação de penalidades, sem dar ênfase específica à Lei de Improbidade, todavia sem deixar de colaborar com o Ministério Público e com o Poder Judiciário.

A maioria das infrações tipificadas como ato de improbidade administrativa são igualmente passíveis de sanção pelo Tribunal de Contas. Essa identidade poderia configurar um *bis in idem* em certos casos, como quando o Tribunal de Contas determinar a devolução de valores, e o Poder Judiciário o fizer em julgamento de ação de improbidade administrativa. No entanto, como já dito, tra-

ta-se de jurisdições distintas: uma administrativa (tribunais de contas) e outra a jurisdicional por excelência (*jurisdictione* – dizer do direito). Nesse caso, cumprindo uma das sanções, o responsável estará cumprindo a outra, já que não se poderia exigir duplo ressarcimento do dano ao erário.

A comprovação da ocorrência de atos de improbidade administrativa, especialmente quando relacionados ao enriquecimento ilícito, nem sempre constitui tarefa fácil. Paralelamente a outras dificuldades operacionais, o Tribunal de Contas enfrenta limitações originárias do arcabouço jurídico em que está circunscrito. Uma delas decorre da competência das cortes de contas, restrita à apuração de fatos exclusivamente no âmbito público. O Tribunal não detém competência legal para realizar levantamentos, diligências e inspeções ou ter acesso à contabilidade de empresas privadas, acesso à movimentação bancária de agentes públicos ou de quaisquer outras pessoas. Sequer pode o Tribunal requerer ao Poder Judiciário autorização para investigação de particulares (uma das prerrogativas conferidas ao Ministério Público). E, não raro, a efetivação de atos de improbidade conta com a participação de terceiros, não integrantes da Administração Pública.

Outra limitação decorre do âmbito constitucional de atuação do TCE, como já dito, primordialmente voltada à apreciação das contas anuais de governo do Estado e dos municípios e do julgamento das contas anuais dos administradores de órgãos da Administração Direta do Estado, câmaras municipais, autarquias, fundações, fundos e empresas públicas e de empresas de economia mista.

No caso da análise das contas anuais de Governo, compete ao Tribunal efetuar a apreciação geral e fundamentada da gestão, voltada à verificação do cumprimento das normas relativas à execução orçamentária (receitas e despesas), verificação de cumprimento de preceitos constitucionais, especialmente aqueles relacionados à aplicação de recursos em ensino e saúde, e, mais recentemente, quanto ao cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal.

O escopo dessa apreciação cinge-se à análise de balanços, balancetes e outras peças contábeis, em confronto com a lei orçamentária, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual, embora o resultado de auditorias realizadas nas unidades sujeitas à jurisdição administrativa do Tribunal também sejam consideradas para a formação do juízo que recomendará a aprovação ou rejeição das contas de governo.

Por isso, a apreciação de contas de governo resulta limitada possibilidade de imediata constatação da ocorrência de atos de improbidade administrativa, pois o Tribunal fica circunscrito a emitir parecer prévio sobre as contas apresentadas pelo governador e das contas apresentadas por prefeitos – no caso de Santa Catarina, atualmente 293 –, além das reapreciações decorrentes de interposição de recursos pelos prefeitos interessados ou pelas câmaras de vereadores.

Também é da competência do Tribunal de Santa Catarina julgar a contas anuais dos administradores das mais de 200 câmaras municipais com autonomia financeiro-orçamentária, mais de 186 autarquias e fundações municipais, mais de 1.047 fundos municipais, 19 empresas públicas e de economia mista.

dos municípios. No âmbito estadual, devem ser julgadas anualmente as contas dos dirigentes dos órgãos da Administração Direta, que abrange as 49 secretarias estaduais, incluídas as recentes 29 secretarias de desenvolvimento regionais, os poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público e Tribunal de Contas. Também são julgadas as contas de 07 autarquias, 06 fundações, 16 sociedades de economia mista e de 31 fundos estaduais. Isto representa análise e julgamento de quase 2.000 unidades.

Embora as contas anuais dos administradores permitam maior possibilidade de constatação da incidência de atos de improbidade administrativa, ainda é restrita. É que a improbidade costuma ficar evidenciada nos atos específicos de gestão, tais como em atos de pessoal, processos licitatórios, contratos e outros atos administrativos.

Na medida das disponibilidades de recursos humanos, o Tribunal realiza inspeções e auditorias para verificar a regularidade dos atos de gestão, onde há efetiva possibilidade de constatar atos de improbidade. Nesses atos de gestão são analisados, dentre outros: atos de pessoal (admissões, contratações, despesas, aposentadorias etc.);

- prestação de contas de recursos antecipados e de subvenções;
- licitações e contratos e atos jurídicos análogos;
- aplicação de recursos em obras públicas;
- registros contábeis e execução orçamentária;
- renúncia de receitas;
- aplicação de recursos nas finalidades determinadas por lei (normalmente por meio de fundos).

Os indícios de atos de improbidade administrativa podem surgir como decorrência natural do exame das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores da administração pública do Estado e dos municípios ou de atos administrativos específicos (atos de pessoal, licitações, contratações, prestação de contas etc.).

Para verificação dos atos de gestão e de responsabilidade fiscal, além dos exames de documentos remetidos ao Tribunal, são realizadas inspeções e auditorias ordinárias e especiais. Auditorias ordinárias são aquelas previamente programadas. As especiais decorrem de solicitações da Assembléia Legislativa ou por determinação do Tribunal Pleno em circunstâncias que mereçam auditoria específica, dentre elas os casos de denúncia e representação.

A constatação de atos de improbidade administrativa pelo Tribunal de Contas normalmente ocorre em exame de processos de prestação de contas, de processos licitatórios, notadamente em auditorias ordinárias ou especiais, e em decorrência de denúncias ou representações apresentadas ao Tribunal.

Anualmente o Tribunal estabelece uma programação de auditorias, previamente aprovadas pelo Pleno em sessão administrativa, visando estabelecer prioridades, critérios de seleção de unidades, tipo de auditoria a ser realizada e outros aspectos administrativos internos. Para o exercício de 2004 foram programadas 502 auditorias. A execução das auditorias pode revelar evidências de improbidade administrativa. Em 2001 o Tribunal realizou 556 auditorias e inspeções - das quais, mais de 300 em municípios -, em 2002 executou 402 auditorias e inspeções e 501 no exercício de 2003.

Se do resultado das auditorias, do exame das contas anuais de governo, de contas de administradores ou de atos de gestão específicos os auditores constatarem irregularidades de que resultem dano ao erário, o Tribunal Pleno pode determinar abertura de processo de tomada de contas especial. O procedimento da tomada de contas especial, consagrado em outros tribunais, como o Tribunal de Contas da União, tem por objetivo promover o levantamento da efetiva ocorrência do dano, seu montante e identificação dos responsáveis. Outro aspecto relevante da instituição desse procedimento está na oportunização do exercício do contraditório e da ampla defesa ao interessado, mediante citação formal, garantia constitucional a ser preservada em todos os processos em que houver aplicação de penalidade a agentes públicos ou a terceiros que utilizem recursos públicos de forma inadequada.

Como salienta o eminente professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes⁷, conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, as contas anuais dão um apanhado da aplicação e movimentação de todos os bens e recursos públicos geridos pelo órgão, e as tomadas de contas especiais objetivam “apurar responsabilidade por omissão ou irregularidade no dever de prestar contas ou um dano causado ao erário; certificar a regularidade ou irregularidade das contas e identificar, no âmbito da Administração Pública, *lato sensu*, o agente público responsável por omissão no dever de prestar contas, prestação de contas de forma irregular ou dano causado ao erário”, com vistas à recomposição da lesão.

A tomada de contas especial proporciona condições de elaboração de um processo administrativo mais completo do ponto de vista procedimental, formal e de conteúdo material, podendo servir como elemento informativo efetivo para eventual proposição de ação perante o Poder Judiciário, como é o caso da Ação Civil Pública pelo Ministério Público, quando apuradas irregularidades que demandem essa providência. Com isso, certamente o Tribunal de Contas estará contribuindo de forma ainda mais eficaz com o Ministério Público.

Não se pode negar a carência de sistematização de atuação com vista à verificação da ocorrência de atos de improbidade administrativa, embora a Lei de Improbidade seja constantemente invocada para fundamentar decisões do Tribunal. Com efeito, se uma conduta é tipificada como ato de improbidade administrativa, razão maior terá a Corte de Contas para considerar ilegítimo o ato e aplicar as sanções que lhe esteja disponível por força de lei.

Outro aspecto a ser considerado no exercício do controle externo é o operacional. Na dinâmica da administração pública contemporânea, a exemplo do setor privado, um município pode produzir dezenas ou centenas de atos administrativos num mesmo dia, resultado do sistema burocrático, em seu sentido original. É compreensível que um órgão fiscalizador externo não terá meios operacionais para verificar a regularidade de todos os atos. Daí porque se utiliza uma das ferramentas da auditoria: a amostragem, confiando na premissa de que se a parte é boa, há grande probabilidade de o todo

⁷ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública*. 2 ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 42.

ser bom. Mas essa sistemática também não é infalível. Muitos administradores se aproveitam da sensação generalizada de impunidade para atuar ao arrepio da lei, de forma imoral e com desonestidade perante o interesse público e a coletividade, ingredientes típicos da improbidade administrativa.

Contudo, além das auditorias ordinariamente realizadas, nas quais pode detectar atos de improbidade, o Tribunal conta com o apoio da própria sociedade, através de denúncias e representações. O acolhimento de denúncias está previsto no art. 65 da Lei Complementar nº 202/00 (Lei Orgânica do Tribunal), ao dispor que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado. Mas é antes de tudo uma garantia constitucional, alicerçada no art. 71, § 2º, da Constituição do Brasil e art. 62, § 2º, da Constituição do Estado.

De forma semelhante, o Tribunal também pode acolher representações formuladas por agentes públicos para dar conhecimento de irregularidades de que tenham conhecimento em razão do cargo (art. 66 da LC 202/00), recebendo o mesmo tratamento das denúncias. Há também outro tipo de representação, específica sobre processos licitatórios, nos termos do art. 113 da Lei nº 8.666/93, em que o Tribunal também julga a procedência das alegações dos representantes, podendo surgir indícios de atos de improbidade administrativa. O Poder Judiciário, especialmente a Justiça Trabalhista, também representa ao Tribunal

quando julga ações em que o Poder Público sofre condenação pecuniária em decorrência de atos irregulares praticados por agentes públicos no exercício de suas funções.

Em relação às denúncias, podemos informar que nos últimos quatro anos o Tribunal recebeu mais de 300 denúncias, realizando auditorias específicas para apurar *in loco* os fatos irregulares nelas indicados. Neste exercício de 2002 já ingressaram mais de 40 denúncias. As representações - de agentes públicos, órgãos, autoridades judiciárias e relativas a licitações e contratos (art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93) - ultrapassaram 500 expedientes desde 2000.

O Tribunal de Contas de Santa Catarina é um dos poucos a manter uma estrutura específica para apuração de denúncias e representações. Possui a Diretoria de Denúncias e Representações para realizar a apuração da procedência dos fatos denunciados. Isto permite maior agilidade na apuração de irregularidades nos órgãos e entidades sujeitos à jurisdição administrativa do Tribunal, com resultados práticos mais eficazes. Jorge Ulysses Jacoby Fernandes⁸ afirma que os órgãos de controle têm uma “função essencial na manutenção dos valores éticos de uma sociedade e podem alavancar a restauração dos mais nobres valores da cultura moral, inclusive servindo-se da indignação popular para colocá-lo a serviço da dignidade”.

Com os avanços tecnológicos na área da auditoria pública, a tendência é ampliar as possibilidades de detecção de atos irregulares e a agilização na sua apuração. Hoje, pela utilização da informática, o Tribunal já tem opor-

⁸ FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte. Fórum, 2003, p. 658.

tunidade de estar mais presente e de maneira tempestiva, podendo detectar com maior facilidade indícios de irregularidade. Um dos pioneiros no uso da informática na fiscalização, o Tribunal utiliza seu sistema de captação de dados dos municípios como uma das ferramentas para a fiscalização, analisando empenhos, licitações, contratos e outros atos.

No caso da Lei de Responsabilidade Fiscal, os municípios (Executivo e Legislativo) remetem suas informações via internet, e em poucos dias o Tribunal efetua análise quase vinte pontos de controle sobre o cumprimento da lei, disponibilizando os resultados no seu *site*, à disposição de qualquer cidadão.

Como já salientado, o controle externo a cargo dos tribunais de contas não está em condições de apreciar a totalidade dos atos da Administração Pública. Por isso mesmo, e com fulcro na Constituição, a Corte de Contas está insistindo, principalmente nos municípios, na efetiva implantação do sistema de controle interno. Só este tem condições de acompanhar mais de perto o dia-a-dia da Administração Pública e revelar a ocorrência de atos irregulares, inclusive de improbidade administrativa, auxiliando o Tribunal de Contas nessa tarefa.

Em sua atuação fiscalizadora da regularidade das contas e atos de gestão, o Tribunal de Contas tem notado a incidência de atos de improbidade administrativa principalmente em situações como:

- utilização de equipamentos e pessoal da Administração Pública para atender interesses particulares sem amparo legal;
- irregularidades na prestação de contas de recursos recebidos;

- desvio de finalidade na aplicação de recursos vinculados (SUS, FUNDEF, convênios);
- recebimento de verbas remuneratórias/indenizatórias indevidas por agentes públicos, especialmente e agentes políticos;
- dispensa de procedimentos licitatórios e contratação com fundamento em inexigibilidades, sem amparo legal, como também fraudes em licitações;
- superfaturamento e desvio de recursos em obras e serviços;
- irregularidades em concursos públicos;
- admissão e contratação de pessoal sem concurso público;
- concessão de aposentadorias e pensões fora dos parâmetros legais;
- renúncia de receitas irregulares (descontos indevidos, anistias de autorização legislativa etc.).

Em relação aos atos que causam lesão ao erário, sem esquecer a imanente improbidade, tem o Tribunal competência, no seu âmbito, para determinar a restituição aos cofres públicos dos valores correspondentes à lesão, embora não fundamentada na Lei de Improbidade, mas na sua Lei Orgânica. E nos termos do art. 59, § 3º, da Constituição Estadual e art. 39 da Lei Complementar nº 202/00, as decisões com esse conteúdo ganham força de título executivo.

Nos atos de improbidade na modalidade de enriquecimento ilícito, a atuação do Tribunal é limitada, por fuge à sua alçada de competência, de vez que as normas pelas quais atua não prevêem possibilidade de aplicação de penalidade administrativa.

Já em relação à espécie dos atos que atentam contra os princípios da Administração

Pública, também a sua Lei Orgânica prevê penalidades pecuniárias em forma de multa, constituindo as penalidades mais comumente aplicadas no âmbito das Cortes de Contas. Também podem fazer determinações e recomendações para correção dos atos e procedimentos visando ao exato cumprimento da Constituição e das leis.

Cabe ressaltar que, independentemente das sanções impostas pelo Tribunal de Contas sobre atos irregulares e ilegítimos, a constatação de atos que contenham grave irregularidade (muitos caracterizando improbidade administrativa), além da comunicação ao Poder competente para a tomada de providências no seu âmbito (chefe do Poder Executivo, do Legislativo, do Judiciário), nos termos do art. 59, XI, da Constituição Estadual, o Tribunal tem promovido a comunicação ao Ministério Público, no bojo do espírito de colaboração e parceria imprescindíveis para o combate à improbidade.

O Tribunal considera irregularidade grave aquela que resulta em julgamento irregular de contas (art. 18, § 3º, LC 202/00), como a omissão no dever de prestar contas, ato de gestão com grave infração à norma legal ou regula-

mentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, e especialmente o que resulta dano ao erário, quer por gestão ilegítima ou antieconômica, quer por desfalque ou desvio de dinheiros e bens.

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado estipula que diante da confirmação de irregularidade grave (desfalque, desvio de bens, irregularidades de que resulte dano ao erário e outras irregularidades), decorrentes de denúncias, após o trânsito em julgado da decisão, o Tribunal representará ao Ministério Público Estadual para os devidos fins.

Enfim, o Tribunal de Contas também atua com vista à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, senão de forma direta, mas como instrumentalizador dos elementos necessários à proposição das ações civis pertinentes pelo órgão legitimado: o Ministério Público. Ademais, a atuação do Tribunal de Contas tem efeito pedagógico, de forma a que os administradores, no exercício de suas funções públicas, tenham o cuidado na observância da lei. Afinal, muitas vezes fere menos o interesse público não fazer do que fazer de forma ilegal e danosa ao erário.

Referências

CHILE. Ley nº 19.653, de 1993, sobre Probidad Administrativa aplicable de los Órganos de la Administración del Estado.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial**: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de contas**: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FERRAZ, Sérgio. **O Tribunal de Contas e a moralidade administrativa**. In: CONGRESSO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, 19., 1997, Rio de Janeiro. Anais do XIX Congresso dos tribunais de contas. Rio de Janeiro: TCE/RJ, 1997, p.64-76.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Improbidade Administrativa e Controle das Finanças Públicas. In: **Boletim de Direito Administrativo**, Dez/2000. São Paulo: NDJ, 2000, p. 919.

A Lei de Improbidade Administrativa como fator de aproximação entre o Ministério Público e o Tribunal de Contas

Elóia Rosa da Silva*

Introdução

A Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, representa um importante instrumento no controle da moralidade administrativa, e, por via de consequência, fator de aproximação entre o Ministério Público, detentor da titularidade da Ação Civil Pública, e o Tribunal de Contas na condição de órgão de controle externo incumbido da fiscalização financeira e orçamentária da Administração Pública.

Nessa vertente, é importante destacar al-

guns aspectos marcantes dessa aproximação tais como a identidade entre os sujeitos passivos da fiscalização do Tribunal de Contas e do dever de probidade, bem como a íntima relação entre o conteúdo e os fins do controle financeiro exercidos pelo TC e o controle da moralidade administrativa exercido pelo MP, destacando-se a figura da representação como instrumento eficaz na parceria entre essas duas importantes instituições.

Sujeitos passivos da fiscalização do Tribunal de Contas e do dever de probidade

Ante os amplos poderes que foram conferidos aos tribunais de contas do Brasil pela Constituição Federal, e diante do dever irrecusável de prestar contas inserido no parágrafo único do artigo 70 da Carta Magna, estão sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas não apenas os agentes públicos assim caracterizados pela existência de vínculo de car-

go, emprego ou função com a Administração Pública, mas todos aqueles a quem a Lei nº 8.429/92, nos arts. 1º e 3º, sujeitou ao dever de probidade administrativa.

A Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina), indica as pessoas que estão sujeitas à sua fiscalização, abrangem-

* Advogada. Auditora Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

do não apenas aquelas que devam prestar contas por expressa disposição de lei, como também os herdeiros dos administradores públicos que responderão, perante a fazenda pública, pelos débitos do *de cujus*, até a parte que na herança lhes couber. Por força do disposto no art. 18, § 2º, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas, no caso de contas julgadas irregulares em face de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, ou de desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, a fiscalização do Tribunal de Contas também alcança o terceiro que contrata com a Administração, ou que tenha interesse na prática do mesmo ato quando, de

qualquer modo, haja concorrido para o dano ao erário, notadamente por que tais atos atentam contra a probidade administrativa.

Sendo assim, a fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas alcança praticamente as mesmas pessoas que estão sujeitas ao dever de probidade indicadas na Lei 8.429/92, sejam os agentes públicos conceituados no art. 2º, sejam os particulares que se enquadrarem no art. 3º da referida Lei, quando, de qualquer modo, hajam concorrido para a prática de ato do qual resulte dano ao erário, revelando nítida identidade entre os sujeitos passivos da fiscalização exercida pelo Tribunal de Contas e os sujeitos passivos do dever de probidade indicados na Lei n. 8.429/92.

O Tribunal de Contas e o Ministério Público na defesa da probidade administrativa

Graças a sua autonomia e ao seu poder decisório, o Tribunal de Contas assume papel fundamental no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública, como instrumento na defesa do erário.

O exercício dessa fiscalização traduz-se numa função estatal da maior relevância, cuja finalidade é fazer prevalecer não apenas o princípio da legalidade dos atos geradores de despesa pública, como todos os princípios orientadores da Administração Pública, em defesa da correta aplicação dos recursos retirados compulsoriamente do cidadão sob a forma de tributo, com o objetivo precípuo de recompor o erário nos casos em que restar configurada a lesão ao patrimônio público.

O controle financeiro e orçamentário alcança a legalidade, a legitimidade e a economicidade

dos atos de gestão, a regularidade das concessões de subvenções e a renúncia de receita.

A legalidade formal tem como característica marcante o exame da regularidade das contas, sob a ótica da execução orçamentária no que tange à arrecadação de receitas e à ordenação da despesa.

A legitimidade deve ser entendida como um *plus* em relação à legalidade formal. O controle da legitimidade compreende o controle da legalidade material e dos demais princípios que emergem do sistema, em especial o princípio da finalidade. Assim, além da conformação do ato com a lei, em sentido formal, o Tribunal de Contas deve verificar, por exemplo, se o ato do administrador atendeu a finalidade pública.

A economicidade exige a valoração dos resultados do ato, compreendendo a eficiência e a eficácia. Esta fiscalização é marcante nas

auditorias de gestão, embora seja possível avaliar os aspectos da economicidade em outros processos instaurados no âmbito do Tribunal de Contas, em especial quando verifica a legalidade das concessões de incentivos fiscais¹.

Exercida a fiscalização sob a ótica da legalidade, legitimidade e economicidade, havendo prejuízo ao erário, o Tribunal de Contas quantifica o dano, identifica o responsável e lhe imputa um débito correspondente ao valor do dano, em decisão com força de título executivo extrajudicial. Não havendo dano em sentido econômico, mas comprovada infração à norma legal de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, que não seja de natureza grave, o Tribunal de Contas pode, ainda, aplicar multa ao gestor ou emitir recomendação para evitar a prática de irregularidades semelhantes no curso da gestão.

A decisão do Tribunal de Contas é encaminhada aos órgãos dos respectivos entes (Estado e Município) e aos órgãos das entidades da administração indireta incumbidos da execução fiscal, findando, assim, a sua atuação.

Destarte, as irregularidades que ensejam o julgamento irregular de contas guardam relação direta com os atos de improbidade punidos na forma da Lei nº 8.429/92, o que implica na remessa da documentação produzida no âmbito do Tribunal de Contas ao Ministério Público, para ajuizamento das ações cabíveis, na forma prevista na sua Lei Orgânica.

Com efeito, a amplitude do espaço fiscalizatório das cortes de contas, em especial pelo controle da legitimidade dos atos de gestão, abre espaço para a atuação do Tribunal de Contas no controle da moralidade administrativa, tutelada pelo Ministério Público, pois a legitimidade, na esteira de culta doutrina, encontra esteio, primordialmente, no equilíbrio e na harmonia entre os valores sociais, éticos e morais do grupamento, ensejando o surgimento de princípios e padrões de conduta de natureza consensual, o que permite divisar uma área de nítida superposição entre a moralidade e a legitimidade dos atos dos agentes públicos².

Contudo, a atuação do Tribunal de Contas no combate aos atos de improbidade se restringe à identificação dos agentes públicos que causarem prejuízo aos cofres públicos, para fins de imputação de débito com vistas ao ressarcimento ao erário, podendo ensinar também a inelegibilidade do agente em razão do julgamento irregular de suas contas. Entretanto, a atuação do MP, na condição de detentor da titularidade da ação penal, do inquérito civil público, e legitimado para a propositura da ação civil pública, vai mais além, ensejando não apenas a apuração dos atos de improbidade que causem prejuízo ao erário, como daqueles que causem enriquecimento ilícito e bem assim dos atos de improbidade que atentem contra os prin-

¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Lumem Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 111.

² GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 111.

cípios da administração pública, ensejando a aplicação, pelo Judiciário, das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/92, que além da indenização do erário, mediante o ressarcimento, prevê a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e a proibição de contratar com o Poder Público.

As comunicações e representações do Tribunal de Contas ao Ministério Público

A Lei Orgânica do Tribunal de Contas faz duas menções ao Ministério Público, deixando expressos os momentos em que a Corte de Contas deve comunicar ao MP fatos apurados na fiscalização que lhe compete, os quais, sem embargo da reposição ao erário determinada pelo Tribunal de Contas, devem ser levados ao conhecimento do Ministério Público para o ajuizamento das ações cabíveis, pois os mesmos atos podem caracterizar ilícitos civis, penais ou atos de improbidade.

O primeiro momento ocorre no julgamento de contas, por força do disposto no art. 18, § 3º, da sua Lei Orgânica, que determina o encaminhamento ao Ministério Público de cópia da documentação pertinente, para propositura das ações cabíveis, quando a prestação de contas for julgada irregular em virtude de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico e de desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, em face da relação direta entre os atos ensejadores do julgamento irregular das contas e os atos de improbidade administrativa. Sendo assim, com a superveniência da Lei nº 8.429/92 que expressamente define a omis-

Assim, a identidade entre o bem tutelado pelo Tribunal de Contas e pelo Ministério Público (patrimônio público), entre o conteúdo da fiscalização (legalidade, moralidade) e entre a finalidade da fiscalização dessas duas instituições no que tange à indenização do erário, são características marcantes da parceria no controle da probidade administrativa.

são no dever de prestar contas como um ato de improbidade administrativa, e da Lei Federal nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, impõe-se a representação ao MP nas hipóteses de omissão no dever de prestar contas, bem como sempre que restar configurada *grave* infração à norma legal de natureza financeira e orçamentária, caracterizadora de crime contra a gestão fiscal.

O segundo momento ocorre na apuração das denúncias e representações feitas ao Tribunal de Contas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, com supedâneo na norma constitucional, atualmente regulamentada pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas que deu ênfase ao controle social destinando um capítulo específico à Denúncia e à Representação, de sorte que serão autuadas como Denúncia as comunicações de ilegalidades feitas pelas pessoas e entidades indicadas no art. 62, § 2º, da Constituição do Estado, e como Representação as comunicações feitas pelos agentes públicos sobre irregularidades que tenham conhecimento em virtude do exercício do cargo, emprego ou função na Administração Pública.

Após a investigação dos fatos denunciados, se restar configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, o Tribunal de Contas identifica o responsável, quantifica o prejuízo e converte o procedimento em tomada de contas especial, para imputação do débito com vistas ao ressarcimento ao erário.

Configurada irregularidade grave tais como dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, desfalque, desvio de dinheiro, bens e valores públicos, ou *grave infração* à norma legal de natureza orçamentária e financeira, o Tribunal de Contas deve representar ao Ministério Público, para a propositura das ações cabíveis.

Contudo, numa interpretação sistêmica dos dispositivos da Lei Complementar nº 202/2000, o Tribunal de Contas deve representar ao Ministério Público somente quando a conduta do agente público for incompatível com a moralidade administrativa, dispensando-se a Representação nos casos em que não restar configurada *grave violação* à norma legal ou regulamentar de natureza financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, e, portanto, passível de multa pelo Tribunal de Contas, nos termos de sua Lei Orgânica.

É evidente que a expressão *grave infração*, tomada como um conceito jurídico indeterminado, deve ser mensurada pelo relator no momento em que formar a sua convicção pelo julgamento regular ou irregular das contas.

Pedidos de auditoria e de perícia contábil para auxiliar o MP nos procedimentos investigatórios de sua competência

A Lei n. 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, atribui competência ao Ministério Público para instaurar, sob sua presidência, inquérito civil ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar.

Com fundamento nesse dispositivo legal, têm sido freqüentes as solicitações formuladas pelo Poder Judiciário ao Tribunal de Contas no sentido de designar servidores da Corte de Contas para atuarem como perito contábil em ações judiciais envolvendo atos praticados por agentes públicos, assim como pedidos do Ministério Público para realizar auditorias com vistas a auxiliar na instrução de procedimentos preparatórios da Ação Civil Pública.

Contudo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas veda expressamente a liberação de servidor para, em razão do exercício do cargo, prestar depoimento destinado a auxiliar a instrução de inquérito policial, atuar como perito judicial, realizar perícia contábil ou outras atividades de natureza assemelhada, ficando o TCE impedido de atender solicitações do Poder Judiciário dessa natureza.

Da mesma forma, fica o Tribunal de Contas impedido de atender pedidos de realização de auditoria feitos pelo MP, em face de que as auditorias do Tribunal de Contas são realizadas por iniciativa própria ou a pedido da Assembléia Legislativa, consoante o disposto no art. 59, inciso IV, da Constituição do Estado.

Sendo assim, e para viabilizar o atendimento das solicitações do Ministério Público, tornando efetiva a parceria entre essas duas importantes instituições voltadas à defesa da probidade administrativa, o Tribunal de Contas de Santa Catarina fez inserir em sua Lei Orgânica e em seu Regimento Interno a figura da Representação, incluindo o MP como pessoa legitimada a representar ao Tribunal sobre matéria sujeita à sua fiscalização.

As comunicações do MP são autuadas como Representação e, dando-se a elas o mesmo tratamento dispensado às denúncias, são acolhidas pelo Tribunal Pleno, o qual determina a re-

alização de inspeção ou auditoria, conforme o caso, destinada a apurar os fatos indicados na Representação. Depois de concluídas as auditorias ou as inspeções, identificados os responsáveis e quantificado o prejuízo, se houver, os procedimentos serão convertidos em tomada de contas especial para imputação de débito, com cópia ao Ministério Público.

Com efeito, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, assim como a Lei de Improbidade Administrativa, representa um importante instrumento de aproximação dessas instituições no combate aos atos de improbidade e na defesa do erário.

Reforma da Previdência

Emenda Constitucional nº 41/2003:
repercussões sobre as aposentadorias
dos servidores públicos

127

A Emenda Constitucional nº 41/03 e o direito
adquirido: constitucionalidade da contribuição
previdenciária dos inativos do regime próprio

135

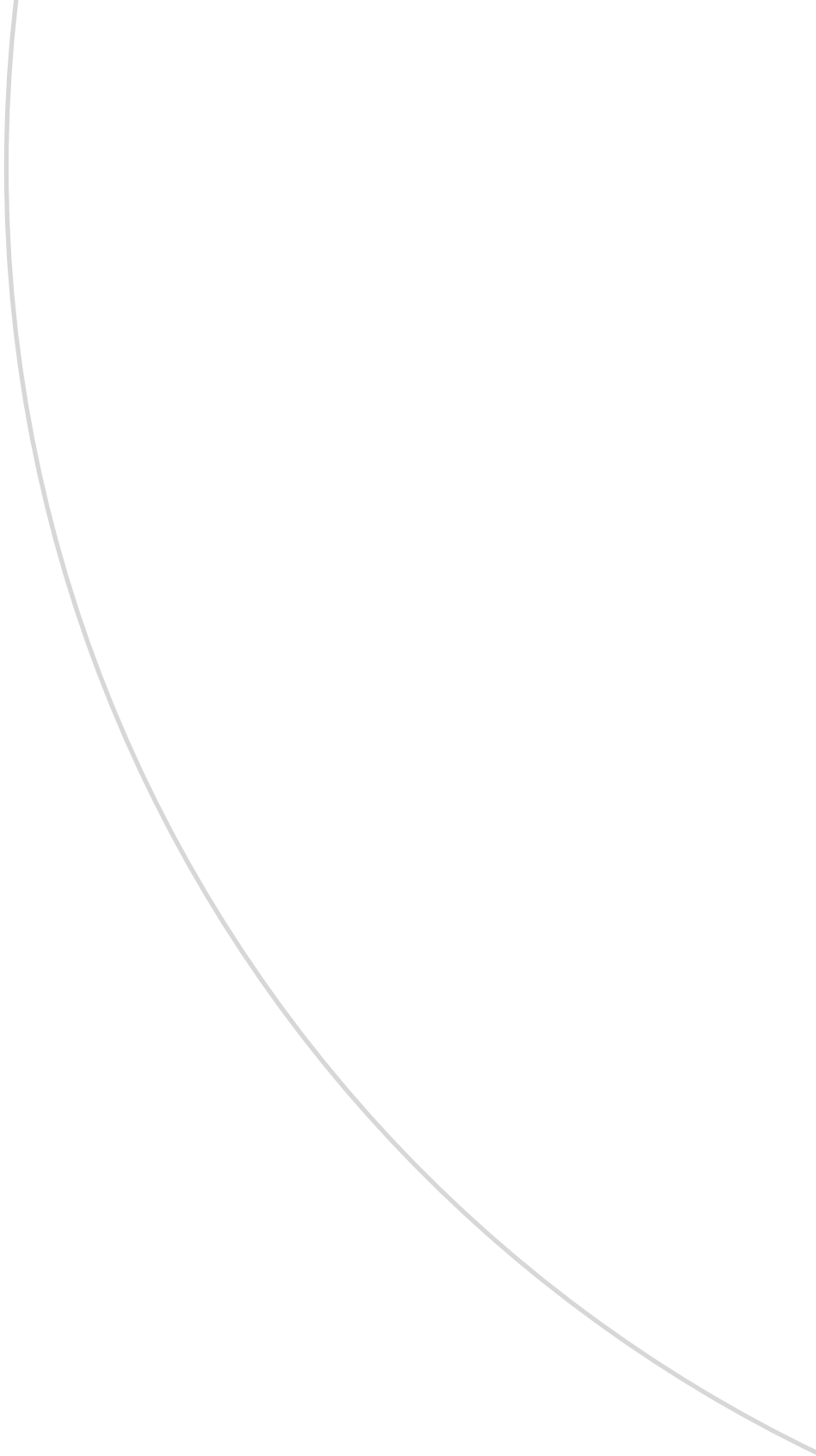
A Reforma da Previdência e a
atuação do Tribunal de Contas

147

Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

HASSIS/63

Revista do TCE



Emenda Constitucional nº 41/2003: repercussões sobre as aposentadorias dos servidores públicos

Eni Terezinha Aragão Duarte*

Segundo o artigo 194 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à assistência e à previdência social. Ela deve ser financiada, de acordo com o art. 195 da Constituição Federal, por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos orçamentários e, também, das seguintes contribuições sociais: I- do empregador, da empresa ou entidade equiparada, incidente sobre as folhas de salários, receitas ou faturamento e lucro; II- do trabalhador e dos demais segurados da previdência; III- sobre a receita dos concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior.

O sistema previdenciário brasileiro é dotado de três regimes: o Regime Geral de Previdência Social (RGPS), Regimes Próprios de Previdência e Regime Complementar de Previdência.

O RGPS é o mais amplo e abrange todos os trabalhadores que exerçam uma atividade, remunerada ou não. É organizado pelo Institu-

to Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social.

Os Regimes Próprios de Previdência são os mantidos pela União, Distrito Federal, estados e alguns municípios em favor dos servidores públicos que ocupam um cargo efetivo. Nem todos os municípios possuem regime próprio de previdência e, dessa forma, seus servidores são obrigatoriamente vinculados ao RGPS.

O RGPS, cujo plano de benefícios regula-se pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, fornece proteção aos seus segurados, classificados em obrigatórios e facultativos. São segurados obrigatórios todos os trabalhadores que exercem atividade remunerada, excluídos os que têm regime próprio de previdência, como os militares e os servidores públicos que exercem cargo efetivo na União, nos estados e nos municípios. Os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e os membros do Tribunal de Contas da União (art. 12 da Lei nº 8.213/91), excetuados os casos em que simultaneamente o trabalhador exerce atividade abrangida pela previdência e pertence a outro

* Advogada. Professora da Univali e da Unisul. Procuradora do INSS aposentada.

regime. Se um trabalhador estiver vinculado a dois regimes distintos deverá contribuir para ambos. Também é possível a aposentação pelos dois regimes, pois atualmente é legal acumular aposentadorias de regimes diferentes.

O Regime Complementar possui caráter facultativo e de natureza privada. No sistema privado há dois subsistemas, aberto e fechado. O fechado, destinado a complementar benefícios do sistema público, opera nos moldes dos fundos de pensão e se baseia em contribuições dos participantes e das empresas, sob o regime de capitalização, sendo acessível apenas aos empregados e dirigentes de determinadas empresas ou grupos econômicos. O subsistema aberto, acessível a toda a população, fornece benefícios de pecúlio ou renda e se baseia também na capitalização¹. Cabe ao Estado, (União), somente a fiscalização e regulamentação de seu funcionamento.

Sob o argumento de agudo déficit da previdência nossa legislação passou por uma profunda reforma a qual está consubstanciada na Emenda Constitucional no. 41 de 19.12.2003.

Para justificar a pretendida reforma uma impressionante e eficaz campanha publicitária foi montada, sob o enfoque de que o orçamento da seguridade social é deficitário, ou seja, a arrecadação de contribuições seria insuficiente para pagar as despesas com aposentadorias e pensões. Para honrar os benefícios o Estado é obrigado a utilizar recursos de outras fontes para cobrir as

necessidades de financiamento. Um segundo argumento adotado foi o da necessidade de eliminar desigualdade do valor das aposentadorias do INSS e dos servidores regidos por estatutos próprios. Entretanto, de acordo com dados extraídos de fontes oficiais e compilados pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social (ANFIP)², a Seguridade Social teve saldo positivo de 31 bilhões no ano de 2001 e de 32 bilhões no ano de 2002.

O déficit de cerca de 17 bilhões anunciado, pelo Governo tem como base a manipulação de dados, que considera parcialmente as receitas e de forma global as despesas. Assim só são consideradas as receitas previdenciárias líquidas, quer dizer, aquelas decorrentes apenas da folha de pagamento, não se computando as provenientes de outras fontes de custeio como por exemplo: COFINS, CPMF e CSLL. Por outro lado, considera-se o total das despesas, ou seja, os benefícios previdenciários urbanos e rurais e a renda mensal vitalícia – amparo ao idoso. Não se cogita aqui discutir a utilidade social de transferência de receitas da previdência urbana para a rural, em que a grande maioria dos trabalhadores rurais nunca contribuiu para o sistema previdenciário e 87% dos benefícios são pagos sem fonte de financiamento, além do pagamento a título de renda mensal ao idoso e ao deficiente – Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS, que juntos somaram, no ano de 2002, 1,6 bilhão sem que houvesse receita correspondente³.

¹ BALERA, Wagner. *Aposentadoria (seguridade social): sistema nacional, seguro social e fundos privados*. Disponível em: <<http://www.anpprev.org.br>>. Acesso em: 12 mar 2004.

² ANFIP- Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. *Análise da Seguridade Social em 2002*. Brasília (DF): ANFIP, 2003.

³ ANFIP- Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Previdência Social. *Análise da Seguridade Social em 2002*. Brasília (DF): ANFIP, 2003.

A previdência do servidor público

A CF/88 deu tratamento diferenciado ao servidor público ocupante de cargos efetivos da União, estados, Distrito Federal e municípios, bem como autarquias e fundações, art. 40 *caput*, com redação da Emenda Constitucional n. 20/98.

O sistema de custeio dos benefícios concedidos aos servidores públicos federais — Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal (PSSS) — foi criado pela Lei 8112/90, art. 231, atualmente revogado com a edição da EC n. 3, de 17.03.93, que acrescentou o § 6º, o art. 40, criando o custeio por meio de recursos orçamentários da União e também de contribuições dos servidores, na forma da lei. A EC nº 20 finalmente definiu a participação dos servidores no custeio de seu próprio regime e também consolidou, vez que já havia legislação ordinária dispondo, a inclusão dos ocupantes de cargos em comissão no RGPS,

da mesma forma em relação aos celetistas (ocupantes de emprego público) e os ocupantes de cargos temporários.

A despesa com os benefícios devidos aos servidores públicos federais e pensionistas é considerada despesa orçamentária da União, paga, portanto, com recursos do Tesouro Nacional, não sendo geridos pelo INSS. O art. 17 da Lei 8212/91 que dispõe sobre o Plano de Custeio da Seguridade Social, entretanto, permite que a União utilize recursos provenientes das contribuições das empresas sobre o faturamento e o lucro para arcar com os chamados Encargos Previdenciários da União – EPUs. Dessa forma, as aposentadorias e pensões do serviço público vêm sendo pagas com desvio de recursos da Seguridade Social, visto que a União, em vez de contribuir para a seguridade, retira valores para pagamento de seus próprios servidores⁴.

As reformas e o equilíbrio financeiro e atuarial

No mundo inteiro, as reformas estão sendo realizadas no sistema previdenciário com base em duas diferentes tendências: Segundo MESA-LAGO⁵, as reformas podem ser estruturais e não-estruturais.

As chamadas reformas não-estruturais buscam o aperfeiçoamento do sistema público, tendo como objetivo, principalmente, uma

vinculação dos sistemas de seguridade social com as necessidades sociais mais prementes, sendo apoiadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Associação Internacional da seguridade Social (AISS). Tais sistemas predominam na Europa ocidental e nos demais países desenvolvidos, onde a forma de financiamento é baseada na repartição. Nes-

⁴ CASTRO, Carlos Alberto, LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: LTr. 2001, p.95.

⁵ MESA-LAGO, Carmelo. Análise comparativa da reforma estrutural do sistema previdenciário realizada em oito países latino-americanos; descrição, avaliação e lições. In: *Revista Conjuntura Social*, Brasília, MPAS, v. 8, n. 4, p. 13 .

ses países as reformas estão se aperfeiçoando e os sistemas adaptados às novas realidades biométricas e sociais, corrigindo eventuais distorções, como a implementação de requisitos mais rigorosos, como o aumento de idade e do tempo de contribuição.

Já as reformas estruturais seguem diretrizes do Banco Mundial e são apoiadas pela Federação Internacional de Administradoras de Fundos de Pensão. O sistema baseia-se em pilares múltiplos de proteção, com o objetivo declarado de aumentar a capacidade de poupança nacional para viabilizar a aceleração do desenvolvimento econômico. Nesse sistema os programas de previdência consistem:

- a) num pilar obrigatório gerenciado pelo governo, com fins redistributivos, e financiado a partir dos impostos, que concederia prestações não ligadas às remunerações, no modelo universalista, ou proporcionais à remuneração até um teto baixo;
- b) num segundo pilar, que pode ser facultativo ou obrigatório de poupança, não redistributivo – que aplica a técnica da previdência em modalidades coletivas, por intermédio de mutualidades, fundações de empresas, fundos de pensões e seguradoras privadas – gerenciados pelo setor privado; em regra são totalmente capitalizados;
- c) num pilar voluntário, individual, financiado por capitalização, para todas aquelas pessoas que desejam mais proteção na aposentadoria.

Essas reformas têm sido implantadas no Leste Europeu e na América Latina, por exem-

plo; Chile, México, Colômbia, Bolívia, Argentina e Uruguai⁶.

Saliente-se que esses países não conseguiram comprovar as vantagens difundidas que o sistema de capitalização ou sistema misto, teoricamente, seriam capazes de produzir mediante acumulação de um maior nível de poupança, supostamente apto a amparar um desenvolvimento econômico mais célere. Uma das principais causas seria a preferência dos responsáveis pela gestão dos fundos de pensão normalmente por investir os recursos no mercado de capitais e não no setor produtivo. Comprovadamente o que ocorre é um grande filão de mercado para as administradoras de fundo de pensão, obrigando os trabalhadores a contribuírem para a previdência privada. Conferindo os resultados da Argentina (1993) e do Uruguai (1995), vimos que as reformas não criaram as alegadas condições de desenvolvimento econômico, razão pela qual fica evidenciada a necessidade de cada país adotar o seu modelo de previdência com base nas suas peculiaridades e condições.

Estranhamente a EC n. 41 inspirou-se no sistema dos três pilares do Banco Mundial. A unificação dos regimes apresenta-se como primeiro passo rumo à privatização, não apenas dos servidores públicos, mas de toda a previdência pública, e corremos o risco de estar caminhando rumo à extinção da previdência pública, a qual será convertida em mera assistência social.

O novo sistema implantado é de caráter contributivo, com benefícios de aposentadoria definidos e valor do piso e do teto estipu-

⁶ ROCHA, Daniel Machado. *Impressões iniciais a respeito de reforma da Previdência Social*. Disponível em <<http://www.trf4.gov.br>>.

lados com clareza. Os que desejarem poderão ampliar sua renda na aposentadoria, mediante fundos de captação de recursos, em regime complementar, obtendo valores de benefícios superiores ao teto do regime básico universal. As principais alterações⁷:

1. Modificar a forma de cálculo dos benefícios de aposentadoria e pensão dos servidores.
2. Guardar relação entre o valor dos proventos e a contribuição efetuada pelo servidor ao longo de sua carreira. O valor do benefício deve refletir o caráter contributivo do sistema, estabelecendo, de forma consistente, os fundamentos do seguro social.
3. A nova metodologia para cálculo dos proventos deve ser baseado na forma de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição do RGPS, no qual são considerados 80% dos melhores salários de contribuição da vida laboral do segurado para se fazer a média.
4. Alteração do cálculo da pensão por morte para reduzir o valor em 30% do que exceder R\$ 2.400,00.
5. Fixação de valor teto para os benefícios pagos aos servidores públicos.
6. Alteração da forma de reajustamento periódico do valor dos benefícios, que não mais fica atrelado aos reajustes da carreira à qual o servidor pertencia.
7. Incentivo para os servidores permanecerem trabalhando quando já tiverem completado as exigências para a aposentadoria. Para isso o servidor receberá um abono igual ao valor da contribuição.
8. Instituição de contribuição dos atuais inativos e pensionistas e dos que vierem a se aposentar.
9. Aumento do valor dos benefícios do RGPS de R\$ 1.869,34 para R\$ 2.400,00.

Contribuição dos inativos

A Emenda Constitucional nº 41 introduziu a tributação dos inativos mediante alterações nos artigos 40 e 149 de nossa Lei Fundamental. A análise desse ponto reclama uma sucinta abordagem, lastreada na teoria geral dos direitos fundamentais e nos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro.

Partindo do caráter contributivo da previdência social, diferentemente dos outros dois ramos da Seguridade Social, constata-se que,

após o esgotamento da obrigação contributiva dos segurados da previdência social - e com a manifestação de vontade do titular, deflagrada a concessão da prestação previdenciária substitutiva - a tributação dos rendimentos das prestações previdenciárias se apresenta contra a própria natureza do seguro social⁸, ofendendo o direito incorporado ao patrimônio dos servidores inativos, de receber, a título de prestação previdenciária, a integralidade dos valores prometidos.

⁷ OLIVEIRA, Aristeu de. *Reforma previdenciária comentada*: EC n. 41, de 19/12/2003 DOU de 31.12.2003. São Paulo: Atlas, 2004, p. 15.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *A contribuição dos Inativos* - Disponível no site: <<http://www.Jus.com.br>>, Acesso em: 22 abr. 2004.

Com o advento da EC nº 20/98, ao mesmo tempo que se promovia o detalhamento das fontes de financiamento da seguridade social, acrescentou-se no artigo 195 importante direito de defesa para os beneficiários do regime geral, estabelecendo-se uma isenção sobre os rendimentos decorrentes das aposentadorias e pensões. Essa norma acabou por ser considerada aplicável ao regime dos servidores públicos, em razão da cláusula contida no §12 do artigo 40, no julgamento da ADIN nº 2.010-2/DF, proposta contra a instituição da contribuição previdenciária para os servidores inativos pela Lei nº 9.783/99.

Na mesma decisão, o relator, Ministro Celso de Mello, asseverou um outro fundamento não menos relevante: a transgressão, por parte da Lei nº 9.783, do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que, não havendo nenhum benefício para os servidores inativos contribuírem para o regime dos servidores públicos, inexistira causa para a instituição da contribuição.

Quanto a esse aspecto, a Emenda 41 aprovada é ainda pior que o projeto original⁹, fazendo absoluto descaso de princípios jurídicos constitucionais, como a segurança jurídica, o ato jurídico perfeito, o equilíbrio financeiro e atuarial e a própria isonomia por estabelecer a inusitada figura dos “limites de isenção distintos”.

Dentro dessa lógica perversa, optou-se por onerar de maneira mais severa as situações definitivamente constituídas. Para os atuais

servidores inativos dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, o limite de isenção será de 50% do novo teto do regime geral, enquanto para inativos e pensionistas da União a isenção atingirá o limite máximo de 60% (art. 4º e seu parágrafo único da PEC). Enquanto isso, para aqueles que terão direito de jubilar-se e de obter o benefício de pensão futuramente, a isenção atingirá o limite máximo dos benefícios do regime geral (§ 18 do art. 40 e §1º do artigo 149).

Com relação aos atuais servidores ativos, em tese, o que poderia ser adotado, sem ofensa a nenhum princípio constitucional, seria o estabelecimento de um benefício de aposentadoria equivalente à renda líquida do servidor, pois, pelas regras atuais, após a jubilação o servidor tem um incremento efetivo de sua renda, uma vez que não descontará mais a contribuição previdenciária. Contrariamente a essa alteração, costuma-se argumentar que a medida nada mais seria do que tributar os inativos por maneira transversa.

É importante lembrar que os servidores públicos que ingressaram no serviço público durante a vigência de regras que permitiam que auferissem aposentadoria integral, após o preenchimento de requisitos estabelecidos pela lei, isto é, após a contribuição durante vários anos sobre a totalidade de seus vencimentos. O que não é possível é, após ter atendido aos requisitos já estabelecidos, o servidor se veja obrigado a atender outras normas impostas pela modificação da lei, que lhe vem diminuir o benefício a que tinha direito.

⁹ ROCHA, Daniel Machado. *Impressões iniciais a respeito de reforma da Previdência Social*. Disponível no site: <<http://www.trf4.gov.br>>

Conclusão

As mudanças introduzidas no Regime Especial do Servidor Público através da EC nº 41/03 foram inspiradas no modelo de três pilares proposto pelo Banco Mundial, o que demonstra uma clara tendência de privatização da previdência dos servidores públicos, que pode ser estendida ao Regime Geral de Previdência Social.

A tarefa de promover reestruturações e aperfeiçoamentos na previdência, tendo em vista transformações demográficas e econômicas, não é aceitável. A questão, entendendo, não deve ser apresentada e analisada apenas pelo enfoque da redução do papel do Estado, ditada por objetivos de superávits fiscais e unicamente para o atendimento de interesses econômicos e financeiros.

A Emenda Constitucional nº 41/03 e o direito adquirido: constitucionalidade da contribuição previdenciária dos inativos do regime próprio

Joseane Aparecida Corrêa*

Introdução

O art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03¹ ao estabelecer a contribuição previdenciária dos inativos colheu algumas situações jurídicas pendentes, ou seja, deu tratamento jurídico diferente daquele conferido pela legislação anterior aos servidores públicos já aposentados, aos que já preencheram os requisitos para aposentação, mas que optaram em permanecer na ativa, e àqueles que estão em fase de aquisição do direito à aposentadoria no serviço público².

A constitucionalidade da Emenda passou a ser atacada sob o argumento de que caracterizaria ofensa ao direito adquirido, especialmente, pelo fato de instituir a contribuição previdenciária dos servidores que já estão usufruindo da aposentadoria e daqueles que já haviam cumprido até 19 de dezembro de 2003 os requisitos para aposentação.

Objetiva-se com este texto demonstrar que o referido art. 4º da Emenda nº 41/03 não ofen-

* Mestre em Instituições Jurídico-Políticas. Professora da Univali. Advogada. Auditora Fiscal de Controle Externo do TCE/SC

¹ Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o \l “art40/”art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o \l “art201/”art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o \l “art201/”art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

² Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência 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 e o disposto neste artigo.

de à cláusula pétrea contida no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que protege o direito adquirido. Com efeito, a Emenda Constitucional n. 41/03 procurou consolidar a efetiva reforma previdenciária implementada pela Emenda Constitucional n. 20/98, com vistas a aproximar os regimes de previdência social dos trabalhadores e dos servidores públicos.

O texto original da Constituição de 1988 dividiu, em seu art. 194, o sistema de seguridade social em três grandes áreas: previdência, assistência social e saúde. Estabeleceu, no art. 195, a

forma de financiamento ou custeio, mediante recursos provenientes do orçamento da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, das contribuições sociais de empregadores e trabalhadores e dos concursos de prognósticos.

A previdência foi organizada em duas vertentes: privada e social. Esta última foi dividida em dois regimes distintos: o regime geral, dos trabalhadores e equiparados, regido pelas normas definidas no art. 201 e ss., e o regime próprio dos servidores públicos, cujas regras estão definidas no art. 40.

A contribuição previdenciária a partir da Constituição de 1988

A Carta Magna estabeleceu que o regime geral teria caráter contributivo, quanto ao regime próprio facultou, em seu artigo 149³, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituir a contribuição social, cobrada de seus servidores, para o custeio de sistemas de previdência e assistência social.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 03/93, a contribuição previdenciária dos servidores federais passou a ser obrigatória, na forma da lei.

Sob a égide da Emenda Constitucional n. 03/93, o Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido de medida cautelar formulado na ADI 1441⁴. Nela, o relator, Ministro Otávio Galotti, entendeu, mesmo que provisoriamente, “ser lícito exigir contribuição dos inativos”⁵. A Emenda Constitucional n. 20/98 estendeu a obrigatoriedade de contribuição aos servidores estaduais, distritais e municipais. Em 1999 entrou em vigor a lei federal n. 9.783/99 que estabeleceu além da contribuição dos servido-

³ Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (*) *Parágrafo Renumeralado pela Emenda Constitucional nº 33, de 11/12/2001: § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.*

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. “art149\167\71/” (Redação dada pela Emenda Constitucional n 41, 19.12.2003).

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro: Octávio Gallotti. Brasília: 28 de junho de 1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2004.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1441. Relator Ministro: Octávio Gallotti. Brasília: 28 de junho de 1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2004

res ativos, a contribuição dos inativos e pensionistas em seu artigo 1º, *caput*, bem como estabeleceu, em seu art. 2º, a progressividade de alíquota.

A lei federal foi questionada em sede de controle concentrado, na ADI 2010⁶, oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia da contribuição dos inativos e pensionistas prevista no art. 1º, *caput*, por unanimidade, bem como a progressividade de alíquotas, definida no art. 2º, da referida lei. Neste particular, foram vencidos os Ministros Nelson Jobim e Moreira Alves, pois consideraram a progressividade constitucional. A decisão vencedora se baseou nos seguintes argumentos:

a) Previsão constitucional deliberadamente excluída - a Constituição Federal conforme a redação dada pela Emenda Constitucional n. 20/98 não admite a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas, por vontade do próprio legislador reformador, uma vez que a disposição que continha tal possibilidade foi objeto de emenda supressiva, nos autos do PEC n. 33/95. Para a Corte Suprema houve uma abstenção expressa do Congresso em estabelecer tal contribuição, uma vez que a única base constitucional que poderia viabilizar a cobrança relativa aos inativos e pensionistas da União da contribuição da seguridade social foi consciente-

mente excluída do texto por iniciativa dos líderes dos partidos políticos que davam sustentação parlamentar ao governo⁷;

b) ausência de causa suficiente ou desrespeito ao princípio constitucional do equilíbrio atuarial. O regime contributivo é por essência retributivo. Em outras palavras, se para o artigo 195, § 5º⁸, da Carta Federal não há benefício sem custeio, por um raciocínio lógico-dedutivo, sem benefício, não há razão suficiente para o custeio, leia-se contribuição. Para o relator, Ministro Celso Mello, com fulcro em doutrinadores como Misabel Derzi, Harada e Hugo de Brito Machado, na relação de seguro não há contribuição sem benefício. Já o Ministro Nelson Jobim em seu voto manifestou opinião discordante quanto à natureza do regime atuarial. Para Jobim, o equilíbrio atuarial do plano de custeio refere-se à relação entre a capacidade de receita e o ônus da despesa, e é isto que, como promessa ou programa, estabeleceu a Constituição. O Ministro Nelson Jobim entendeu que a natureza do sistema de previdência social, tanto no regime geral, quanto no regime próprio, é contributiva, na modalidade de repartição simples, segundo a qual as gerações atuais financiam as gerações passadas, os ativos financiam os inativos, e que, portanto, tal relação não gera direito à não-contribuição;

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 de setembro de 1999. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 maio 2004.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010. Op. cit.

⁸ § 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

- c) caráter tributário da contribuição previdenciária - a contribuição previdenciária seria espécie de tributo de caráter vinculado, constitucionalmente destinada ao custeio e ao financiamento do regime de previdência dos servidores públicos; fora a vinculação tal tributo estaria na órbita dos impostos;
- d) a contribuição dos ativos não fere o princípio da irredutibilidade vencimental - o Supremo Tribunal Federal afastou a tese da irredutibilidade, reconhecendo que não há pretensão capaz de obstar a incidência de tributos, sob o manto da irredutibilidade, desde que respeitadas as diretrizes constitucionais que regem formal e materialmente o direito de tributar, especialmente as regras que impedem a discriminação entre contribuintes em idêntica situação, bem como a tributação confiscatória.

O julgamento definitivo da ADI 2010 foi considerado prejudicado em face da superveniência da Emenda Constitucional nº 41/03⁹.

Da análise do texto da Emenda Constitucional nº 41/03, especialmente no que se refere à alteração do referido artigo 40, pode de-

duzir-se que o legislador reformador procurou sanar os vícios elencados na manifestação preliminar do Supremo Tribunal Federal na ADI 2010, inserindo expressamente no texto constitucional a obrigatoriedade de contribuição dos inativos.

Como dito, o art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03¹⁰ passou a ser atacado em sede de controle concentrado de constitucionalidade em razão de instituir a contribuição previdenciária dos servidores que já estão usufruindo da aposentadoria e daqueles que já haviam cumprido até 19 de dezembro de 2003 os requisitos para aposentação.

As ações diretas de inconstitucionalidade, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, aduzem que a Emenda nº 41/03 ofende à cláusula pétrea do direito adquirido, pois desrespeita a natureza contributiva e sinalagmática do regime previdenciário, bem como ao princípio da igualdade, pois diferencia servidores estaduais e federais, e servidores já aposentados, daqueles que serão inativados após a vigência da nova legislação (a partir de R\$ 1.440,00 para os atuais e de R\$ 2.400,00 para os futuros)¹¹.

⁹ Destino idêntico obteve a ADI 2197, que aduziu a inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 3.310/99, que instituiu a contribuição previdenciária de inativos e pensionistas do Estado do Rio de Janeiro. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro: Maurício Corrêa. Brasília: 10 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2004.

¹⁰ Art. 4º Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o \l "art40/"art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos. Parágrafo único. A contribuição previdenciária a que se refere o *caput* incidirá apenas sobre a parcela dos proventos e das pensões que supere: I - cinquenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o \l "art201/"art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II - sessenta por cento do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o \l "art201/"art. 201 da Constituição Federal, para os servidores inativos e os pensionistas da União.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3099, ADI3105, ADI 3128, ADI 3138, ADI 3143, ADI 3172, ADI 3184. Relatora Ministra Ellen Gracie. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 23 maio 2004.

Até o momento não houve manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à constitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/03.

No Estado de Santa Catarina liminares¹² impediram o desconto a partir de 05 de maio de 2004 da contribuição dos inativos do Estado, instituída pela Lei Estadual nº 266/04.

As Questões de direito intertemporal

O direito intertemporal é o conjunto de normas e princípios que procura explicar e resolver os conflitos gerados entre duas leis sucessivas no tempo, nos casos em que a lei revogada e a lei nova conferem tratamento jurídico diferenciado a uma situação fática que tem conexão com uma e outra legislação. Isso acontece porque existem situações jurídicas que perpassam o tempo de vigência de uma lei, atingindo o tempo de outra. Tais situações são chamadas de situações pendentes, e, em relação a elas, não se sabe ao certo qual lei deve ser aplicada.

O conflito intertemporal nasce da tensão natural nascida do entrelaçamento de normas novas e antigas.

Em verdade, as inovações legislativas trazem em si a idéia de que o tratamento jurídico pensado no presente é melhor que o concebido no passado; a seu turno, a manutenção um regime jurídico anterior tem pelo menos um ponto de grande vantagem: ele reforça nos indivíduos a confiança no sistema jurídico, pela certeza do conhecido. Por ou-

tras palavras, a aplicação da lei nova é sustentada pela idéia de transformação ou progresso social, enquanto a aplicação da lei antiga visa à estabilidade ou segurança das relações jurídicas¹³.

O progresso legislativo ou a modernidade¹⁴ pressupõe que a lei nova seja melhor, porque não seria adequado que todo o aparato legislativo fosse movimentado para que os legisladores elaborassem leis piores. A seu turno, o princípio da estabilidade ou da segurança jurídica advém do senso comum segundo o qual quanto mais tempo uma lei permanecer regulando determinadas situações jurídicas haverá maior tranquilidade nas relações entre os particulares e nas relações entre estes e o Estado. Esta permanência é que garante a sensação de segurança jurídica.

Existem situações jurídicas que por sua própria natureza são precárias. São situações que de antemão estão sujeitas à aplicação imediata da lei nova. Assim sendo, nas situações atinentes ao âmbito processual, em função do seu caráter instrumental, a regra é a aplicação

¹² Cassadas por decisão do Presidente do Supremo Ministro Nelson Jobim em razão do impacto financeiro desfavorável ao equilíbrio das contas públicas.

¹³ CORRÊA, Joseane Aparecida. **A qualificação jurídica do tempo de serviço para fins de aposentadoria de servidor público estadual e a aplicação no tempo da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. 2002. 170 f. Dissertação (Mestrado em Instituições Jurídico-Políticas). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 26.

¹⁴ NORONHA, Fernando. **Direito intertemporal**. Livro em fase de elaboração. Florianópolis. 2004.

da lei vigente no momento em que os atos processuais são realizados. Em outras palavras, não se pode alegar, em regra, direito adquirido à não-incidência da nova norma processual. Também são desse matiz as normas de natureza estatutária, daí porque o Supremo Tribunal Federal¹⁵ tem afirmado que não há direito adquirido a regime jurídico.

Diferenciam-se direito intertemporal e direito transitório, sendo o primeiro composto “pelas normas e pelos princípios aplicáveis em geral a todo e qualquer problema que nasça da sucessão de leis no tempo”¹⁶, enquanto o segundo depende de normas específicas, estabelecidas na própria legislação revogadora, definindo qual das normas em conflito será aplicada ao caso concreto ou às situações pendentes. Desta têmpera são as disposições contidas no art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98 e nos arts. 2.028 e s. do Código Civil.

Fernando Noronha esclarece:

As normas e princípios relativos aos conflitos de leis no tempo são imprescindíveis porque existem fatos ou situações que se prolongam no tempo e porque o tempo de vigência de uma lei não se confunde com aquele em que ela poderá ser aplicável; este pode ser bem mais amplo, alcançando umas vezes o passa-

do (com a lei nova sendo aplicável a fatos passados, como se já estivesse em vigor nesse tempo) e prolongando-se outras vezes para o futuro (com a lei velha permanecendo aplicável a fatos ocorridos no tempo da lei que a substituiu, como se aquela ainda permanecesse vigente)¹⁷.

No direito pátrio existem duas regras de direito intertemporal, de natureza geral, o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, e o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro - Decreto-Lei nº 4.657/42 que determina “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”. Tais normas procuram delimitar os efeitos da lei no tempo, especialmente, pela proteção ao direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Segundo Fernando Noronha:

os problemas de direito intertemporal girarão em torno dessas questões: a) saber se a lei nova deve ou não respeitar efeitos produzidos no passado, à sombra da lei antiga, ou se, pelo contrário, deve ser *retroativa*; b) saber se a lei nova pode modificar os novos efeitos que no seu tempo vierem a ser produzidos por situações jurídicas que já existiam ao tempo em que

¹⁵ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº255328 ED / CE. SERVIDOR PÚBLICO. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. RECLASSIFICAÇÃO NA CARREIRA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO NA ÚLTIMA REFERÊNCIA. Os fundamentos do acórdão do Tribunal local relativos à isonomia, com base no artigo 5º, caput da Lei Maior, entre servidores inativos e ativos, bem como os referentes ao artigo 40, §§ 3º e 4º da Constituição Federal, não são por si suficientes, pois perdem relevo diante do entendimento consagrado nesta Corte de que inexistente direito adquirido a regime jurídico. Embargos de declaração recebidos em parte, tão-somente para esclarecer que os recorridos, ora embargantes, são servidores da ativa e não aposentados. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 08 de outubro de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 maio 2004.

¹⁶ NORONHA. **Direito intertemporal**. p. 3.

¹⁷ NORONHA. **Direito intertemporal**. p. 2.

ela passou a ter vigência, isto é, se pode ser retrospectiva, ou se pelo contrário, deve assegurar à lei velha um grau menor ou maior de pós-atividade; c) saber se a lei nova pode extinguir situações anteriormente constituídas, ou se pode permitir a criação de novas situações jurídicas com base em fatos passados, hipóteses em que também estará sendo retrospectiva; d) saber se pode alterar o processo que já estava em curso e conducente seja à constituição, seja à extinção de situações jurídicas, outra hipótese em que igualmente estará sendo retrospectiva. Quando não ocorrer nenhuma das hipóteses que antecede, dir-se-á que a lei nova se aplica simplesmente a fatos novos, sem quaisquer ligações com o passado, isto é, a fatos totalmente ocorridos no seu tempo; neste caso dir-se-á que ela tem mera eficácia prospectiva (e, aliás, esta será a situação mais comum na vida real).¹⁸

A aplicação prospectiva ou imediata da lei é a mais comum porque é a que reflete a realidade temporal, que determina a aplicação da lei aos fatos ocorridos durante a sua vigência, tal aplicação é traduzida pela máxima latina *tempus regit actum*.

Como afirmado:

A lei não pode alterar os fatos, simplesmente porque os fatos materiais, por pertencerem ao mundo físico, não admitem alteração; mas a lei pode modificar as conseqüências de fatos jurídicos ocorridos no passado. Esta mudança pode operar *ex tunc*, atingindo as conseqüências daquele fato a partir de sua constituição (ou extinção), ou *ex nunc*, ou seja, só a partir da vigência da lei nova; neste caso, os efeitos produzi-

dos até o início da vigência da lei nova serão respeitados. [...] A lei antiga poderá atuar no futuro e afastar a incidência da lei nova.¹⁹

Em outras palavras, a regra geral é a aplicação prospectiva, enquanto a aplicação retroativa e a pós-ativa são as exceções. No ordenamento jurídico brasileiro a aplicação retroativa encontra limitação no ato jurídico perfeito, a proteção ao direito adquirido advém da aplicação pós-ativa da lei antiga.

As normas de direito transitório contidas no artigo 3º da Emenda Constitucional nº 20/93 e da Emenda Constitucional nº 41/03 têm esta característica, pois conferem blindagem aos direitos adquiridos sob a vigência das normas constitucionais anteriores, garantindo a sobrevivência ou aplicação pós-ativa da lei antiga em relação aos fatos (concessão da aposentadoria) que só ocorrerão na vigência das leis novas.

Outra questão relacionada ao direito intertemporal é a dicotomia retroatividade e irretroatividade da lei.

Há um senso comum que a lei é irretroativa, ou melhor, que vigora no ordenamento pátrio o princípio da irretroatividade da lei, e que tal princípio protege indistintamente o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Contudo, é de se esclarecer, que o art. 5º, inciso XXXVI, dirige-se primeiramente ao legislador, impedindo que este elabore leis que desrespeitem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, ou seja, não existe uma disposição proibindo o legislador

¹⁸ Op. cit. p. 6.

¹⁹ CORRÊA. Op. cit. p. 54.

de fazer leis retroativas, e sim, determinando que se o legislador fizer leis retroativas, estas não poderão atingir o ato jurídico perfeito, já que o direito adquirido é garantido, como visto, através da pós-atividade da lei antiga. Com efeito, é de se diferenciar a aplicação da lei no tempo, da proteção ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, pois uma lei pode retroagir sem atingir um e outro.

O artigo 6º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro conceitua direitos adquiridos como sendo “os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Para Francesco Gabba, teórico maior da teoria dos direitos adquiridos: É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo, e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu.²⁰

A principal crítica em relação à teoria dos direitos adquiridos é que ela não tem condições de abarcar todas as situações, especialmente aquelas de natureza não patrimonial, como assevera Fernando Noronha²¹:

Para compreender como a noção de direito adquirido fica desfigurada quando se tenta aplicá-la a direitos sem conteúdo patrimonial, basta ponderar como seria absurdo dizer que alguém, casado antes da Lei do Divórcio, teria adquirido o direito à perpetuidade do casamento.

Vicente Raó²² traz à baila conceito de direito adquirido elaborado por Lassale, comentando:

Para ele, o fundamento e o limite da irretroatividade [aqui no sentido de aplicação prospectiva da lei nova] se identificam com a necessidade de se tutelar a liberdade individual e, assim sendo: a) nenhuma lei pode retroagir e alcançar o indivíduo, atingindo os seus atos voluntário; b) mas retroagir pode qualquer lei, quando alcança os indivíduos fora dos atos de sua vontade, como, por exemplo, com relação às qualidades que ele não adquiriu por si, mas que lhe pertencem em comum, como a toda a humanidade, ou, ainda, quando a lei o alcança, apenas, na medida em que modifica e afeta a própria sociedade, através de suas instituições organizadas.

²⁰ “É acquisto ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge sotto l’impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato” GABBA, C.F. *Teoria della retroattività delle legge*. 3 ed., viv. Accr. Torino:Unione, 1991, v. 1. p. 182. Apud MENDONÇA, Maria Luiza Vianna Pessoa de. **O princípio constitucional da irretroatividade da lei**: a irretroatividade da lei tributária. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 99.

²¹ NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de direito intertemporal. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 23, ano 6, abril-jun., 1998. p. 105.

²² **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha de Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999. p. 371

Ainda:

Note-se, todavia, que o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior a sua aquisição apenas significa que essa restrição ou supressão só

tem efeitos para o futuro. Do contrário o legislador seria praticamente impotente, já que toda alteração de leis, ou edição de novas, atinge, do instante da publicação em diante direitos adquiridos. Destarte, não há direito à permanência de um estatuto legal.²³

Natureza tributária da contribuição previdenciária e o direito adquirido

A contribuição previdenciária, conforme reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal, é espécie do gênero tributo, e como tributo não gera direito adquirido, em outras palavras, ninguém pode recusar-se a pagar novo tributo alegando que tem direito adquirido a não ser tributado.

Colhem-se as seguintes ponderações do voto do Ministro Celso Mello na ADI 2010²⁴:

Cabe reconhecer que não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao poder público, pretensão que vise a obstar o aumento de tributos, a cujo conceito de subsumem as contribuições sociais, como as contribuições pertinentes à seguridade social [...], desde que respeitadas pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem formal e materialmente o exercício da competência impositivos. [...] Como qualquer outro tributo, a contribuição para a seguridade social é passível, em tese, de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas.

Quem pode majorar pode instituir.

Quanto à aplicação das leis tributárias no tempo, vigora a regra da aplicação prospectiva, definida no art. 150, III, “a” da Carta Federal, segundo a qual a lei só pode criar ou aumentar tributo em relação a fatos geradores ocorridos após o início de sua vigência.

Além disso, a Constituição Federal não prevê imunidade tributária no caso da contribuição previdenciária dos servidores pertencentes ao regime próprio. Ela só protege os inativos do regime geral no artigo 195, inciso II²⁵, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

Considerando que a contribuição dos inativos é tributo, ao se afirmar que não se pode aplicar a Emenda nº 41/03 aos inativos em face do direito adquirido, significaria dizer que o Estado estaria impedido de tributar em razão do direito adquirido. Tendo em vista que o direito adquirido é aquele que se incorpora ao patrimônio, não existe possibilidade de ninguém incorporar

²³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves apud NORONHA. **Direito intertemporal**. p. 73.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

²⁵ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201. “art195i/”Redação dada pela Emenda Constitucional n 20, de 1998.

ao patrimônio o direito de não ser tributado. O que o contribuinte possui é o direito de ser tri-

butado conforme os preceitos estabelecidos no art. 145 e ss. da Carta Federal.

Conclusão

A solução das questões relacionadas ao custeio da previdência social passa pela noção de que seja solidariedade e os riscos que as políticas públicas realizadas sob tal manto podem causar ao sistema constitucional especialmente às liberdades individuais e à segurança das relações jurídicas. O Estado brasileiro (e seus poderes) encontra-se constantemente oprimido pelas emergências advindas destes dois postulados.

No entanto, não há como prosperar a tese favorável à existência de direito adquirido à não-incidência de contribuição previdenciária, pois não há direito adquirido à não-incidência tributária. Contudo, há na imposição um grau elevado de desigualdade, já que a Emenda confere tratamento diferenciado entre os servidores aposentados e os que vão se aposentar e entre os servidores públicos estaduais e os federais.

Pode questionar-se, ainda, a justiça da incidência tributária sobre os aposentados do serviço público, já que o sistema tributário oferece outras alternativas à crise fiscal enfrentada pelo Estado brasileiro, mas não será pela tese de ofensa ao direito adquirido que se afastará sua aplicabilidade.

Lembra-se a advertência do Ministro Celso Mello na ADI 2010:

As razões de Estado - quando invocadas como argumento de sustentação de pre-

tensões do Poder Público - representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (circunstância que se revela absolutamente intolerável) a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República comprometendo, desse modo, a idéia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime, está permanentemente exposto à fiscalização de ordem jurídico constitucional dos magistrados e Tribunais²⁶.

Pode deduzir-se da análise da decisão liminar contida na ADI 2010²⁷, que existem argumentos favoráveis tanto à tese da constitucionalidade quanto à da inconstitucionalidade. A primeira possibilidade pode aferir-se da decisão unânime dos ministros quanto à necessidade de expressa previsão constitucional autorizando a instituição da contribuição para os inativos, e, da particular manifestação do Ministro Nelson Jobim, concluindo que a previdência no serviço público é guiada pelo princípio da solidariedade social e que a contribuição previdenciária, no sistema de repartição simples, destina-se ao custeio da Seguridade Social, razão pela qual não há relação direta entre benefício e custeio. A segunda possibilidade fundamenta-se na tese que a contribuição previdenciária é um tributo vinculado, que possui destinação específica, em outras palavras, se para o artigo 195, § 5º, da Carta Federal não

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2010. Op. cit.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit.

há benefício sem custeio, por um raciocínio lógico-dedutivo, sem benefício, não haveria razão suficiente para o custeio.

Infer-se do novo texto do art. 40 da Carta Magna que a inconstitucionalidade, declarada liminarmente na ADI 2010, relacionada à inexistência de expressa previsão constitucional, foi superada em face da inserção pela Emenda Constitucional nº 40/03 da obrigatoriedade da contribuição dos inativos para o custeio do regime previdenciário.

Considerando também que a referida contribuição social destina-se a formar um fundo único para manter o sistema de Seguridade Social, nos termos do art. 195, não se destinando a consolidar uma conta individual, inexistente vinculação entre benefício e custeio ou imunidade que impeça a incidência tributária.

Como assentado na mencionada decisão do Supremo, não há pretensão capaz de obstar a incidência de tributos sob o manto do direito adquirido à irredutibilidade remuneratória, desde que respeitadas as “diretrizes constitucionais que regem formal e materialmente” o direito de tributar, especialmente as regras que impedem a discriminação entre contribuintes em idêntica situação.

Com base na ordem constitucional em vigor e na orientação até então adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à caracterização do que seja e do que não seja direito adquirido e tendo em vista as manifestações contidas na decisão prolatada na ADI 2010, provavelmente, a tese do direito adquirido não será acolhida pelo Supremo, como fundamento jurídico da inconstitucionalidade da contribuição dos inativos.

Pode deduzir-se, ainda, que a tese da inconstitucionalidade em razão do caráter discriminatório da Emenda terá mais chance de prosperar, já que o art. 4º da Emenda nº 41/03 estabelece injustificada diferenciação de tratamento entre os servidores inativos federais e estaduais e entre os que já são inativos e os futuros aposentados.

É de se salientar, por fim, que se as políticas públicas, no que se refere à Previdência Social, tendem a aproximar ao máximo regime próprio e o regime geral, as normas constitucionais a serem elaboradas deverão aplicar as mesmas regras, num e noutro regime, também quanto aos inativos, já que no regime geral, por determinação expressa o art. 195, inciso II, da Constituição Federal, os aposentados estão imunes à contribuição previdenciária. Frisa-se, não porque haja direito adquirido à não-tributação, mas em prol da igualdade tributária.²⁸

²⁸ Entre a palestra realizada no dia 23 de abril de 2004 e a publicação deste artigo o Supremo Tribunal Federal manifestou-se conclusivamente quanto à constitucionalidade da Emenda nº 41/03, nas ADIs 3105 e 3128. Tendo em vista que o objetivo desta publicação é registrar o que foi discutido no Fórum de Controle Externo da Administração Pública, não se tecerá nenhum comentário sobre a decisão, cujo trecho principal a seguir se transcreve: “O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao caput do artigo 004º da Emenda Constitucional nº 041, de 19 de dezembro de 2003, vencidos a Senhora Ministra Ellen Gracie, Relatora, e os Senhores Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Celso de Mello. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos 001 e 011 do parágrafo único do artigo 004º da Emenda Constitucional nº 041/2003, forma pela qual aplica-se então o § 018 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3105. Relatora: Ministra Ellen Greice (voto vencido). Voto vencedor: Ministro Cesar Pelluso. Brasília, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2004.

A Reforma da Previdência e a atuação do Tribunal de Contas

Reinaldo Gomes Ferreira*

Introdução

As grandes transformações que insurgem decorrentes de novas necessidades impostas pela sociedade, fonte material do direito, alimentam o universo jurídico, dando criação a novas leis, fonte formal do direito, que conseqüentemente estarão sempre sujeitas ao controle externo. O caso mais surpreendente de modificação é a nova reforma da previdência que, num passado recente, já havia sido reformulada. Mas, segundo fontes do governo, devido ao déficit do sistema de seguro social dos servidores públicos que alcança valores consideráveis, a previdência deve adaptar-se a uma nova concepção de modelo.

O efeito dessas renovações nas relações jurídicas é que os órgãos de controle externo¹ deverão atuar com mais desenvoltura, proximidade e juízo e que, além da atuação de fiscalizador, devem dar aos responsáveis públicos o suporte técnico necessário para que

possam administrar em total harmonia com as novas normas jurídicas instituídas.

A atuação e o papel do Tribunal de Contas têm acompanhado de forma imediata e precisa todas as mudanças que sofrem as normas jurídicas do direito público.

A instituição Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina tem buscado garantir a importância da aplicação correta desses novos diplomas legais, e não será diferente com a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que trouxe mudanças significativas no sistema previdenciário brasileiro.

É nessa linha de raciocínio que este sucinto trabalho se propõe: aglutinar um entendimento melhor acerca da atuação do Tribunal de Contas, no acompanhamento da aplicação da nova regra previdenciária instituída, que deve ser absorvida com sensatez pela administração pública em todos os níveis.

* Economista. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

¹ Órgãos de Controle Externo – Tribunal de Contas, Ministério Público, ouvidorias, defensorias, curadorias e outros.

Competência do Tribunal de Contas

Ao pronunciar-se acerca do item proposto, cabe ressaltar inicialmente que a competência dos tribunais de contas está expressa no artigo 71 da Constituição Federal (TCU)², constituições estaduais³ (TCE)⁴, em leis orgânicas dos respectivos tribunais de contas, de alguns municípios e em regimentos próprios.

O Tribunal de Contas atua na apreciação e no julgamento do orçamento, aprecia as contas, acompanha e fiscaliza diretamente ou por delegações criadas por lei a execução do orçamento, julgando ainda as contas dos responsáveis por dinheiro ou bens públicos e dos administradores das entidades autárquicas, e por fim a legalidade dos contratos, admissões, aposentadorias, reformas e pensões.

Em resumo, este estudo limitar-se-á às atribuições específicas quanto à competência de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, os atos de aposentadoria, reformas, transferências para a reserva, pensão ou qualquer outro que venha alterar os atos já criados, procedimentos que dão ao Tribunal de Contas a ligação direta com a nova reforma da previdência.

Não podemos esquecer também que o Tribunal de Contas atua no controle externo sobre todos os atos dos chefes do Poder Executivo e demais administradores e responsáveis pelo bem público, incluindo-se aí a administração direta e indireta, inclusive fundações e sociedades, instituídas e mantidas pelo poder público.

A Reforma da Previdência

Aprovada a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003⁵, conhecida como a nova reforma previdenciária, inúmeros re-

flexos incidiram na Administração Pública. Destacam-se as mudanças quanto as formas de pagamento de aposentadorias, pensões,

² Tribunal de Contas da União

³ Constituição do Estado de Santa Catarina:

Art. 59. O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete:

I - ...

II - ...

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

⁴ Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

⁵ Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, publicada no DOU em 31/12/03.

contribuições, fim da paridade entre ativos e inativos, teto máximo, subteto, formas de incorporação de vantagens pecuniárias e outros procedimentos administrativos.

À administração pública, alvo também da reforma, cabe o papel de cumpri-la e implementá-la efetivamente, pois não basta aprovar reformas, como se num passe de mágica, no dia seguinte, tudo estará pronto e funcionando. Não se fazem reformas apenas no papel, mas com mudanças radicais na rotina, no cotidiano, no dia-a-dia vivenciado no âmbito da administração.

Para tanto, no processo de mudanças, a querer atingir determinados fins visados pela administração pública brasileira, imprescindível é o conhecimento, a informação, o envolvimento dos servidores, de seus administradores, e principalmente dos órgãos de controle externo, como decisivo elemento a ser considerado no esforço pelas reformas tão almejadas. Sem tais elementos nada pode ser implementado, nada pode ser difundido e sequer incorporado à nova visão, qual seja, adequação criteriosa do novo diploma legal.

A garantia de que as reformas serão viabilizadas não se encontra no bojo das próprias reformas. Encontra-se, sobretudo, no conhecimento que se tem delas, propiciando a tomada de decisões adequadas a cada caso concreto.

E, dito isto, vem a preocupação de que não basta uma minoria ter conhecimento aprofundado das questões travadas nas reformas. O conhecimento das reformas deve ser amplo e generalizado, difundido e identificado por todos que participam do sistema, e, antes de

tudo, compreendido pelo público interno e externo. Sem tal elemento não existirá capacidade institucional de formular, propor e avaliar a aplicabilidade da nova regra.

Assegurar que as reformas serão implementadas é estabelecer estratégias para que isso possa efetivamente acontecer. As reformas não podem ficar estáticas, imobilizadas, inertes, pois caso contrário corre-se o risco de não se atingir o fim primordial da administração pública, qual seja, a satisfação das necessidades sociais.

Feitas essas considerações não se chega a outra conclusão senão a de que, sem que todos conheçam o arcabouço das reformas aprovadas, sem uma base de conhecimento, não se pode disseminá-las no âmbito da administração pública. E não se podendo aplicá-las, por falta de tal elemento, não se atinge qualquer finalidade de sua existência.

Mas, o ponto que culminou nessa reforma foi que, conforme esclarece a maioria dos doutrinadores, divergente das fontes do governo, nesse cenário, a qualidade da previdência social é discussão vital para o ordenamento jurídico, visto que essas reformas propuseram reformulações técnicas, jurídicas, de conceito, nas entidades públicas e também quanto à forma de desempenhar o papel dos Tribunais de Contas em contato com os administrados.

A Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que modificou o regime de previdência dos servidores públicos e agentes políticos, deverá, sem dúvida, sofrer uma análise mais criteriosa quanto a sua aplicabilidade, por parte dos controles internos e externos.

Efeitos diretos da reforma da previdência sobre a atuação dos Tribunais de Contas

Como se pode observar, o comando constitucional determina que todos os atos expedidos pelos agentes públicos estarão sujeitos ao controle externo. Com efeito, o advento da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que alterou de forma significativa a previdência social, disparou nos tribunais de contas acentuada preocupação com relação aos resultados nas formas de pagamento de proventos de aposentadorias, cálculo do benefício das pensões, limites remuneratórios (teto, subteto/limite máximo), contribuições dos inativos, fim da paridade de remuneração entre servidores ativos e inativos e outras regras impostas. Conseqüentemente, o controle externo exercido pelos tribunais de contas revela-se de maneira evidente e sensível para as despesas relacionadas à previdência social dos órgãos públicos de suas competências.

Nessa linha de posicionamento, também se agrega, aqui, a inquietação das entidades públicas quanto à maneira correta de realizar as despesas dessa natureza, em face da incerteza e da perplexidade geradas pela mudança do novo diploma legal.

É nessa fase que se insere a parte pedagógica dessa relação entre esses órgãos públicos,

tribunais de contas e as entidades fiscalizadas. As dúvidas emergentes com as mudanças legais se convertem em inúmeras consultas⁶ que são formuladas aos tribunais de contas, os quais devem opinar perante o particular da questão suscitada. Por isso, seu pronunciamento é no sentido de adunar uma interpretação lógica acerca da matéria questionada.

É nítido que o raciocínio desenvolvido neste item diz respeito à atuação dos Tribunais de Contas, bem como à preocupação acerca dos efeitos e reflexos que a nova emenda pode acarretar no âmbito público. O seu papel ganha duplo sentido quando das alterações das prescrições jurídicas, o primeiro de órgão orientador e o segundo o de órgão fiscalizador.

Outra questão a merecer especial atenção é a de que a manifestação dos tribunais de contas sobre os atos de concessão de aposentadorias, de admissão, pensão e reformas, segundo a melhor doutrina e jurisprudência, “é ato complexo, porquanto é fruto da conjugação das vontades de diversos órgãos”.⁷ Assim, tem-se a idéia de que esses atos administrativos devem obrigatoriamente passar pelo crivo dos Tribunais de Contas para tornarem-se acabados.

Atribuições do Tribunal de Contas sobre os atos de pessoal, quanto às aposentadorias e pensões

Ao Tribunal de Contas compete, nos termos da Constituição Federal e das constituições estaduais, o exame da legalidade das ad-

missões, aposentadorias, reformas e pensões concedidas pelas autoridades administrativas.

Diante dessa concepção dogmática, todos

⁶ Consultas – Parecer emitido pela Consultoria Geral do Tribunal de Contas.

⁷ MARQUES, Rafael Peixoto de Paula. *O instituto da prescrição no direito administrativo*.

os atos de concessão de aposentadorias e pensões deverão ser necessariamente encaminhados aos tribunais de contas para serem apreciados à luz das normas legais existentes.

Segundo José Luiz Levy⁸, a tarefa de apreciar a legalidade dos atos de concessão de aposentadorias e pensões, consiste em um verdadeiro julgamento administrativo de competência exclusiva das cortes de contas. Portanto, há o entendimento de que o julgamento das aposentadorias e pensões tem natureza meramente administrativa e não judicial.

O art. 71, inciso III, da Constituição Federal, conforme já exposto, concede poder ao Tribu-

nal de Contas da União de aferir a legalidade do ato como forma de controle. Na Constituição Estadual de 05 de outubro de 1989, em conformidade com o disposto nos artigos 59, III e 113, encontramos a mesma competência ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.

Nessa linha de raciocínio, convém expor que a fiscalização, ou seja, o controle do Tribunal de Contas sobre os atos administrativos, a fim de verificar a conformidade com os princípios legais, se dá somente com a administração pública e não com o aposentado. A relação que se estabelece é de controle externo sobre um ato administrativo já confeccionado.

Quem deve remeter documentos para efeito de homologação do Tribunal de Contas

Todas as administrações públicas, diretas ou indiretas, que realizam despesas com pagamento de proventos ou pensões, deverão remeter documentos aos tribunais de contas, regulamentados por resoluções ou instruções normativas, referentes aos atos de concessão de aposentadorias, pensões ou qualquer outro ato que venha a modificar o fundamento legal do ato concessório.

No âmbito estadual e municipal excluem-se apenas as administrações públicas vinculadas ao

Regime Geral de Previdência Social⁹, ou seja, que tenham suas contribuições previdenciárias recolhidas ao Instituto Nacional do Seguro Social.

Por sua vez, isentam-se também, para fins de registro, os atos relacionados aos servidores que ocupam, exclusivamente, cargos comissionados, agentes políticos, admitidos em caráter temporário (ACTs), conforme estabelece o art. 71, III, da Constituição Federal e art. 59, III da Constituição Estadual.

Restrições mais freqüentes quando da análise dos atos de pessoal, em face das reformas previdenciárias

Colocaremos agora um rol de restrições mais freqüentes, em ordem decrescente, que se têm

mantido ao longo das análises realizadas nos processos de concessão de aposentadorias e

⁸ LEVY, José Luiz. O Tribunal de Contas e as Aposentadorias. *Revista de Direito Administrativo*, jul/set.1999, p.136.

⁹ As contribuições organizadas sob forma de regime geral são administradas pelo INSS, e este órgão está sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União.

pensões. Algumas dessas restrições decorrem de interpretações divergentes daquelas pretendidas pelo legislador originário. Muitas dissensões já foram sentenciadas pelos tribunais de contas. Há que se destacar que muitas administrações públicas mantêm cada qual sua posição, esgotando todas as formas de recurso, o que demanda tempo para uma decisão final dos colegiados. O que se pretende dizer neste item, é que nem todas as matérias tratadas nesse campo administrativo são temas pacificados. O universo jurídico em que vivem os servidores públicos cria inúmeras situações que fatalmente repercutirão em batalhas doutrinárias, que, não raro, perpassarão a esfera administrativa e seguirão pelo corredor judiciário em caminhos que margeiam a ambigüidade.

Em suma, podemos listar algumas restrições mais freqüentes detectadas em análises feitas

pelo Tribunal de Contas de Santa Catarina:

- a) averbação de tempo de serviço rural sem a devida comprovação do recolhimento das contribuições devidas;
- b) tempo de serviço insuficiente, em função de arredondamento previsto em lei municipal, vedado pela Constituição Federal;
- c) pagamento de proventos a maior em face de incorporações indevidas referentes a vantagens pecuniárias;
- d) ausência de comprovação de tempo de serviço/contribuição mínimos exigidos na Constituição Federal;
- e) ausência de laudo pericial no caso de pagamento de gratificação a título de insalubridade e periculosidade;
- f) ausência de laudo médico, expedido por órgão médico oficial, para as aposentadorias por invalidez.

Da homologação (aposentadorias e pensões)

A homologação diz respeito à aprovação dada por autoridade administrativa a certos atos particulares para que produzam os efeitos jurídicos que lhes são próprios. Este conceito está embutido de forma tácita no artigo 71, inciso III, da Constituição Federal.

Diante desta idéia, podemos afirmar que a análise dos processos de aposentadorias e pensões, remetidos pelas administrações públicas, terá como objetivo principal o exame da legalidade dos atos concessivos, observando os dispositivos específicos contidos na Constituição Federal, Estadual e leis municipais.

Dito isso, faz-se um breve relato dos procedimentos internos do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina apenas quanto à apreciação dos atos de aposentadoria e pensão.

Após o ingresso dos documentos no Tribunal de Contas, que são exigidos em resolução, estes são devidamente protocolizados e autuados e, sistematicamente, são distribuídos aos relatores que presidirão a instrução dos respectivos processos. Cada processo será analisado pelo Corpo Instrutivo (técnicos) que emitirá um parecer e o encaminhará para o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, onde será submetido a exame e parecer. Poderão, nessa fase processual, ser emitidas as diligências que se fizerem necessárias. Posteriormente, o processo é encaminhado ao relator que preside a instrução do processo, e este, considerando os pareceres do Corpo Instrutivo e do Ministério Público junto ao Tribunal de Con-

tas, emitirá também um parecer e voto que será submetido à apreciação do Tribunal Pleno (art. 35 da Lei Orgânica e art. 123, do Regimento Interno do TCE). Por fim, o Tribunal Pleno pronunciará a decisão, que poderá ser preliminar ou definitiva. No julgamento definitivo o Tribunal poderá homo-

logar ou não o ato administrativo (art. 36, § 2º, da Lei Orgânica do TCE). A decisão será comunicada ao responsável e devidamente publicada no Diário Oficial do Estado, atendendo ao princípio da publicidade preconizado no artigo 37, “caput” da Constituição Federal.

Conclusão

Segundo se verifica, encontra-se aberto um espectro largo nas disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que tem reflexos nos atos administrativos expedidos pelos poderes públicos. Tal fato jurídico repercute diretamente nos órgãos de controle externo, que têm o papel de fiscalizador.

Tudo o que se apresentou aqui não constitui exatamente matéria nova, fica pelo menos evidente o propósito do legislador na sua preocupação com a efetiva aplicação das verbas públicas nas formas de pagamento de proventos de aposentadorias, cálculo do benefício das pensões, limites remuneratórios, contribuições dos inativos, fim da paridade de remuneração entre servidores ativos e inativos, que conseqüentemente passam pelo crivo dos tribunais de contas.

A inserção de novos diplomas legais, que vão orientar e dar vida a todo o ordenamento jurídico-estatal, reflete em comandos múltiplos, que se estendem para os administradores, para os técnicos e para os agentes do controle, interno e externo. A cada um foi reservado papel de grande importância nessas questões, inegavelmente, propostas voltadas para

o aprimoramento na prestação desse serviço público.

Os tribunais de contas têm para si, observadas as determinações emanadas de lei, indubitavelmente, uma autêntica missão, de maior relevância no que toca à nova realidade da previdência social.

Por certo que seus encargos, direcionados para desempenhar suas funções institucionais, não devem nunca se afastar da participação de outros organismos, como as casas legislativas, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e, de um modo geral, com a sociedade civil organizada, para que a função do Tribunal de Contas nesse sistema não se resuma apenas ao exercício da interpretação dogmática de cada caso, ou seja, a análise de qual dispositivo legal genérico deve aplicar-se ao caso específico em questão.

Entretanto, não apenas pelas atribuições constitucionais e legais de que são titulares, mas igualmente em face do preparo técnico que detêm no exercício da atividade fiscalizadora, deverão as cortes de contas atuar em sintonia com os ditames da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, em prol de toda a sociedade

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1988. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. **LEX** — Coletânea de legislação e jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 62, p.5.215, dez. 1998.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos municípios e do Distrito Federal. **LEX** — Coletânea de legislação e jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 28, p.276, jan./mar. 1964.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **LEX** — Coletânea de legislação e jurisprudência: legislação federal e marginália, São Paulo, v.66, p.5, jan. 2002.

LEVY, José Luiz. O Tribunal de Contas e as aposentadorias. **REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO**, Rio de Janeiro, n.217, p.135-150, jul./set. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Santa Catarina**. 5. ed. Florianópolis: Insular, 2002.

SANTA CATARINA. Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e adota outras providências. **Diário Oficial do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, n. 16.561, de 15 de dezembro de 2000.

Tomada de Contas Especial

Tomada de Contas Especial:
um enfoque ante as normas do
Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina 157

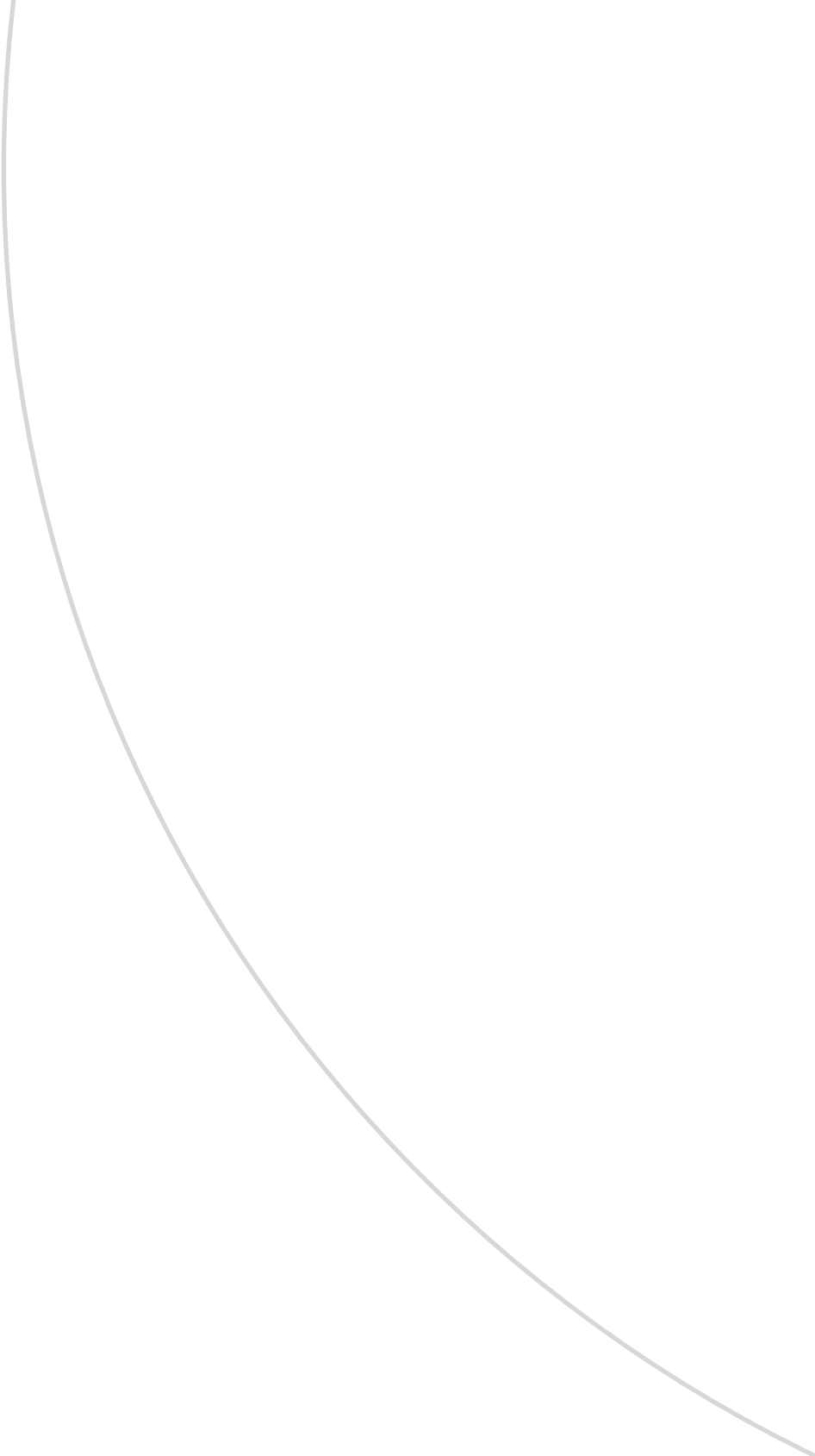
A instauração de Tomada de
Contas Especial: a experiência do TCU 173

A aplicação da Tomada de
Contas Especial na esfera estadual 187

Administrativa • Lei de Responsabilidade Fiscal • Controle Externo e os Princípios Constitucionais

HASSIS/63

Revista do TCE



Tomada de Contas Especial: um enfoque ante as normas do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina

Marcelo Brognoli da Costa*

Introdução

A Tomada de Contas Especial - TCE está inserida no ordenamento jurídico pátrio há longa data, mas, sem laivo de dúvida, é ainda desconhecida por muitos que lidam com a Administração e assumem responsabilidades como gestores de bens e valores públicos.

No caso da Administração Pública Estadual, há que se fazer referência ao Decreto nº 442¹, de 10 de julho de 2003, o qual disciplina a instauração e organização dos processos de TCE dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. O mérito desse decreto foi a desconcentração do desenvolvimento da TCE, em sua fase interna, da Diretoria de Auditoria Geral da Secretaria de Estado da Fazenda.

Esse é o motivo que provoca a incursão nesse importante instrumento de controle posto

à disposição, tanto da Administração, no exercício da autotutela, quanto do Tribunal de Contas, no exercício do controle externo.

O enfoque lançado neste artigo não minudencia o procedimento a cargo da Administração, onde se realiza a fase interna, nem o trâmite processual na fase externa, que ocorre na Corte de Contas, órgão detentor de competência exclusiva para julgar a TCE.

O seu propósito, portanto, não é outro senão o de iniciar e instigar o leitor na compreensão e nos meandros que marcam esse procedimento singular que, como se verá, é imperioso para a busca de contas não prestadas e para a elucidação de fatos dos quais decorram lesão ao erário, objetivando revelar a autoria e quantificar o dano sofrido pela Fazenda Pública.

* Advogado. Auditor Fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

¹ O já revogado Decreto nº 3.307, de 09 de novembro de 1998, atribuía à autoridade administrativa a competência exclusiva para a instauração da TCE, o seu impulso inicial, destinando as demais atividades à Diretoria Geral de Controle, que atua como órgão central de controle interno, agregando assim atividades que devem ser desenvolvidas por órgãos distintos.

Previsão legal

O procedimento de tomada de contas não é novo em nosso país e ganhou o delineamento atual a partir da disposição contida no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, o qual determinava a sua adoção quando da ocorrência de determinados fatos, sobretudo a não-prestação de contas ou a lesão ao erário, *in verbis*:

Art. 84. Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas.

A adjetivação Tomada de Contas “Especial” se deu na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, dela propagando-se para os ordenamentos dos demais tribunais de contas pátrios, estando inserta no artigo 10 da Lei Complementar Estadual nº 202, de 15 de dezembro de 2000, Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, nestes termos:

Art. 10. A autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências administrativas com vistas à instauração de tomada de contas especial para apuração de fatos, identificação dos

responsáveis e quantificação do dano, quando não forem prestadas as contas ou quando ocorrer desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, ou ainda se caracterizada a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário.

A razão de ser desse procedimento reside no fato de que dentre as atribuições constitucionalmente atribuídas às cortes de contas está a de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário.”²

Note-se que a atuação como órgão julgador se restringe a contas, o que determina que atos e fatos praticados e ocorridos no âmbito da Administração Pública ou envolvendo dinheiros públicos sejam convertidos em contas para então se processar o julgamento. É o caso dos atos submetidos à fiscalização do Tribunal de Contas e das denúncias e representações.³

Como se vê, tal medida se faz imperiosa para possibilitar a função judicante do Tribunal, a qual torna preclusa a matéria perante o Poder Judiciário, que sobre ela só se manifestará quanto aos aspectos extrínsecos do ato, ou seja, se houve a observância do devido processo legal e se foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa.

² Art. 71, II, da CF, redação equivalente àquela do inciso II do art. 59 da CE, que alcança o Estado, aplicando-se aos municípios por força do disposto no § 1º do art. 113, também da CE.

³ Arts. 32 e 65, § 4º, da LC 202/00.

Nesse sentido o escólio do Ministro Victor Nunes Leal ao afirmar que:

A disposição constitucional de que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual não é obstáculo a esse entendimento – de que a competência das Cortes de Contas torna prejudicial e definitivo o pronunciamento sobre o

fato material – porque, no caso, a redução de competência do Judiciário resulta da Constituição e não da lei.⁴

Em síntese, nas palavras de José Cretella Jr., ao Poder Judiciário, quando chamado a examinar o ato administrativo “cumpre tão-somente o patrulhamento da legalidade ou da legitimidade do ato.”⁵

Conceito

Luciano Wagner Firme⁶, Analista de Finanças e Controle do Distrito Federal, assim define a tomada de contas especial:

TCE é um instrumento de rito singular utilizado pela Administração Pública para verificar, à luz dos princípios pertinentes, a correta aplicação dos recursos públicos, bem como apurar a responsabilidade civil de todos aqueles que, quer pelo exercício de funções ou cargos, quer em razão da gestão de recursos do erário, tem o dever de prestar contas.

A definição em realce, ainda que jungida à legislação pertinente do Tribunal de Contas do Distrito Federal, sintetiza a essência da Tomada de Contas Especial, já que indica seus espe-

cíficos fins, refere aos que a ela se submetem e alude aos princípios basilares da Administração Pública e também aos regentes do procedimento e do processo administrativo.

O escopo da TCE é bem preciso: almeja a reparação de dano lesivo ao erário, bem como a efetividade do dever de prestar contas, dever este que encontra assento constitucional, mais precisamente no parágrafo único do artigo 70 da Lei Maior, que obriga a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assum a obrigações de natureza pecuniária.⁷

A TCE como o devido processo legal

Pelo comando legislativo, portanto, nos casos em que se der a omissão no dever de prestar contas, ou a prática de ato do qual

resulte dano ao erário, insere-se a TCE como o devido processo legal.

⁴ *Apud.* Fernandes p. 415.

⁵ *Apud.* Fernandes p. 417.

⁶ FIRME, Luciano Wagner. O Procedimento de tomada de contas especial na administração do Distrito Federal. *Jus Navegandi*, Teresina, 2002.

⁷ O dever de prestar contas também se encontra inscrito no parágrafo único do art. 58 da CE, sendo extensivo aos municípios por força do § 1º do art. 113 da CE.

Cabe alertar que, não havendo a observância do devido processo legal, mesmo que restem assegurados a ampla defesa e o contraditório, a decisão que dele advier é passível de nulidade. Afinal, esse princípio goza de *status* constitucional e por isso ninguém será priva-

do de seus bens sem o devido processo legal⁸, o qual, aliado ao direito de acesso à justiça, e o direito ao contraditório e à plenitude de defesa, completa o ciclo das garantias processuais, conforme o ensinamento de José Afonso da Silva⁹.

Distinção entre sindicância, processo administrativo disciplinar e TCE

É importante realçar a confusão que comumente se instala na Administração quando ocorre um fato motivador de instauração de TCE. Como se trata de uma espécie de procedimento administrativo, considerando exclusivamente a fase interna desenvolvida pela Administração, é frequente aqueles que não são afeitos à TCE darem início à sindicância ou processo administrativo disciplinar.

Para bem distingui-los basta atentar para os fins a que se destinam. A sindicância e o processo administrativo disciplinar se voltam para a apuração e posterior punição de servidor público por falta disciplinar, regulando-se invariavelmente pelo Estatuto dos Servidores. Já a TCE tem por objetivo apurar a ocorrência de dano ao erário, expressar o valor desse dano e o responsável pela ação ou omissão danosa.

A diferença entre esses procedimentos possibilita a sua concorrência, podendo, portanto, ser instaurados concomitantemente, porque, além de lesiva ao erário, a ação também poderá implicar falta funcional, passível de punição ao servidor que não cumpriu seus deveres.

Como exemplo dessa simbiose de procedimentos pode-se conjecturar o caso em que um servidor, sentindo-se ofendido por alguém em seu ambiente de trabalho, com a intenção de agredi-lo fisicamente lhe arremessa um bem público. Em uma só ação deflui: a ocorrência de dano que deve ser reparado - responsabilidade civil; comportamento incompatível com o exercício de cargo público - falta funcional; e ainda a ação dolosa da qual resultara lesão corporal - crime.

Cada fato tipificado deve ser tratado no foro apropriado. A sindicância e o processo disciplinar administrativo se desenvolvem e se encerram na própria Administração; o juízo formado e a punição ficam restritos àquele âmbito. A TCE tem seu desenvolvimento na própria Administração, fase interna. O julgamento, porém, dar-se-á no Tribunal de Contas, na denominada fase externa da TCE. O crime, por sua vez, será processado no juizado criminal.

O professor e atual conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Jorge Ulysses Jacoby Fernandes, ao comentar sobre a distinção desses procedimentos, esclarece

⁸Art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

⁹Curso de Direito Constitucional Positivo, 1999.

que em relação àqueles que se desenvolvem na Administração, há pontos de contato, asseverando que:

- pode existir apenas um, dois ou até três, em decorrência de um mesmo fato;
- pode haver troca de elementos - documentos - entre processos;
- podem ser conduzidos pelos mesmos servidores ou não; e
- em tese, em relação à observância dos procedimentos legais, todos podem ser revisados pelo Judiciário, mas o mérito da TCE e a graduação da penalidade do processo administrativo disciplinar ou sindicância, não¹⁰.

A iniciativa de instauração de TCE

Em conformidade com o disposto no art. 10 da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, a instauração de TCE cabe a “autoridade administrativa competente”. Será que essa competência se encontra estabelecida em norma legal específica, conferindo capacidade para a instauração de TCE, ou provém de um dever?

A resposta, em apertada síntese: a iniciativa de instaurar o procedimento de TCE é corolário do dever de prestar contas. Aquele ao qual se destina um patrimônio público, bens, dinheiro, recursos humanos, em razão da investidura em cargo ou função pública, obriga-se a empregá-los regularmente na produção de bens e serviços públicos, inscrevendo-se no rol dos obrigados a prestar contas.

Nesse desiderato, contudo, pode ocorrer a prática de ato lesivo ao erário, que não de-

corra de sua ação ou omissão, mas que envolva o patrimônio ou valores sob sua responsabilidade, impondo, assim, o dever de instaurar TCE, o qual deriva do dever de prestar contas.

Apesar de no âmbito do Direito Civil a responsabilidade solidária não caracterizar uma punição, mas uma obrigação que decorre de um contrato ou de uma condição, ou vínculo estabelecido entre pessoas, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas lhe imprime esse caráter quando adota a expressão “sob pena de responsabilidade solidária”. Por conseguinte, responderá a autoridade administrativa que se omitir nesse dever em igualdade de condições pelo valor do dano apurado, ainda que não tenha contribuído para a sua ocorrência.

Responsabilizados em processo de TCE

Voltando-se para o pólo passivo da TCE, ou seja, visando identificar os que podem ser responsabilizados por meio desse procedimento, têm-se os agentes públicos, assim compreendendo os que se vinculam com a Adminis-

tração Pública em razão de cargo, emprego ou função, cujos atos redundem em dano ao erário, e aqueles que sem vínculo com a Administração se obrigam à prestação de contas por receberem e gerenciarem recursos públicos.

¹⁰ Obra citada, p. 43.

Se no desenvolvimento de uma TCE se verificar que a responsabilidade recai exclusivamente sobre particulares sem vínculo com a Administração, ou, se o vínculo estabelecido não lhes imponha o dever de prestar contas, como no caso dos que celebram contratos com a Administração, é obrigatório o encerramento da TCE.

Motivos determinantes da TCE

Os motivos que devem mover a autoridade administrativa à instauração de uma TCE são: a omissão no dever de prestar contas e a ocorrência de dano ao erário. De forma abreviada, tocando somente nos pontos que se entende mais problemáticos, torna-se necessário realçar alguns aspectos que invariavelmente orbitam esses motivos determinantes, comumente chamados de fatos ensejadores da Tomada de Contas Especial.

Omissão no dever de prestar contas

A prestação de contas se constitui em um dever, uma obrigação e como tal pode ser assim analisada para que se possa traçar suas características, as quais auxiliam o cumprimento desse dever, bem como a atuação dos órgãos de controle.

Sem descer às minúcias do Direito das Obrigações, mas seguindo a tradicional classificação civilista, que divide as obrigações em dar, fazer e não fazer, o Professor Jorge Ulisses Jacoby Fernandes aduz que: “pode-se, numa singela síntese, assinalar que o dever de pres-

A exceção se dá quando é verificado conluio entre o particular e o agente público, conforme dispõe o artigo 18, § 2º, “b”, da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, que prevê a fixação da responsabilidade solidária do “terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo, haja concorrido para a ocorrência do dano apurado”.

tar contas é uma obrigação de fazer, simples, indivisível, não personalíssima e instantânea ou periódica, conforme o caso.¹¹”

A obrigação é simples porque envolve um único ato, que se renova a cada repasse de verbas ou a cada exercício financeiro.

É indivisível porque ela deve abranger a totalidade das contas do respectivo ato jurídico, não podendo se dar de forma fracionada, tanto em relação a recursos repassados, quanto no que respeita às contas anuais. Ambas devem ser encaminhadas ao órgão de controle de forma íntegra.

A subclassificação em instantâneas e periódicas liga-se ao tempo em que a obrigação deve ser satisfeita. A instantaneidade é característica da prestação de contas relativa a recursos repassados para fins específicos e em tempo pré-definido, como no caso dos convênios. Encerrado o prazo para a aplicação dos recursos, é devida a prestação de contas na data fixada em regulamento ou no próprio termo do convênio. Já as periódicas são aquelas prestações de contas ordinárias, que devem ser

¹¹ Obra citada, p. 81.

encaminhadas regularmente ao órgão de controle em razão do fim do exercício financeiro. São as chamadas contas anuais.

Quanto à subclassificação que confere ao dever de prestar contas o caráter de obrigação de fazer não-personalíssima, dá-se esse enquadramento porque as contas podem ser prestadas por outrem que não o próprio responsável, ao contrário das obrigações personalíssimas, que devem ser satisfeitas exclusivamente pelo devedor.

O Regimento Interno do Tribunal de Contas considera prestação de contas o procedimento pelo qual o responsável, dentro dos prazos fixados em lei ou regulamento, por iniciativa própria, apresenta a documentação destinada a comprovar, perante o Tribunal, a regularidade do uso, emprego ou movimentação dos bens, numerário ou valores que lhes forem entregues ou confiados.¹² O dispositivo atribui ao responsável a iniciativa da apresentação da prestação de contas.

É sabido que o administrador público, na qualidade de ordenador de despesa, assume a condição de responsável. Os atos de gestão por ele praticados são de sua responsabilidade, e se derem causa a dano ao erário, obrigam-no ao ressarcimento, obrigação esta personalíssima.

Mas, no caso em que ocorra a sucessão do administrador, ainda que não responda o sucessor pelos atos de gestão do antecessor, obrigá-lo-ia o administrador atual a encaminhar a prestação de contas relativa àqueles atos, considerando, sobretudo, que o dever de prestar contas se constitui em uma obrigação de fazer não-personalíssima?

A questão apresentada é freqüente no ano de encerramento de mandato, em que o prazo para a prestação de contas ultrapassa a gestão de um administrador.

A leitura isolada do artigo 9º, I, “a”, do Regimento Interno, pode conduzir ao entendimento de que o administrador, investido no cargo dentro do prazo para a remessa da prestação de contas do seu antecessor, não se obriga a prestá-las. Contudo, o próprio *caput* do artigo 9º remete ao artigo anterior, que por sua vez não esgota em sua dicção “o responsável”, aludindo também ao administrador. Veja-se que aquele que se investe em cargo público, assumindo um *munus* público, deve observância às normas que regem a Administração.

Na condição de administrador, de titular de um órgão ou ente público, mister se faz o cumprimento das obrigações inerentes ao cargo, e dentre elas se encontra a de encaminhar a prestação das contas do órgão ou ente que representa, ainda que os atos de gestão tenham sido efetuados pelo antecessor.

A Resolução nº TC-16/94, que regula a remessa de informações e demonstrativos contábeis, por meio informatizado e documental, atribui essa tarefa aos gestores das unidades da Administração Pública e aos demais responsáveis por bens e valores públicos no âmbito estadual e municipal.

Em seu art. 17, dentre outros, a mencionada resolução reclama dos titulares das unidades gestoras da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Justiça, do Ministério Público, do Tribunal de Contas, das secretarias de Estado, das

¹² Art. 9º, I, a, da Resolução nº TC-06/2001.

autarquias e as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público a remessa do Balanço Geral em até sessenta dias subseqüentes ao encerramento do exercício. Redação semelhante impõe a mesma obrigação para os gestores de órgãos e entes municipais - art. 25.

Destarte, no último ano de um mandato há uma desconexão entre a figura do responsável e a figura do administrador, o que não isenta o administrador, ou seja, o novo titular do órgão ou ente público, do dever de encaminhar os informes e documentos necessários ao Tribunal de Contas na data regulamentar.

A regra se prende ao fato de que o administrador, após ser afastado do cargo, não goza mais da condição de autoridade, sucumbindo com essa situação a competência para ordenar providências voltadas à elaboração da prestação de contas e o seu encaminhamento ao órgão de controle. Ademais, seria ingenuidade pensar que a elaboração da prestação de contas é atribuição pessoal do administrador, ou que os setores que tratam da contabilidade, finanças e patrimônio não se responsabilizam por essa tarefa.

Dano ao erário

A ocorrência de dano ao erário deve desencadear a instauração de TCE, com o fim de elucidar os fatos, identificar os responsáveis e quantificar o dano.

Em consonância com o artigo 10, da Lei Complementar Estadual nº 202/00, o dano ao erário pode ser proveniente de desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, ou pela prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico.

Desfalque, segundo De Plácido e Silva¹³, é sinônimo de alcance. A definição de alcance pode ser encontrada na Instrução Normativa nº 01/2001 do Tribunal de Contas, no parágrafo único do artigo 11, *in verbis*:

Parágrafo único. Considera-se alcance:
I - as despesas impugnadas pelo Tribunal;
II - as diferenças verificadas para menos na receita e para mais na despesa;
III - os desfalques verificados em dinheiro, bens, ou valores públicos;
IV - o adiantamento e demais antecipações de recursos cuja aplicação não tenha sido devidamente comprovada no prazo fixado;
V - os saldos em poder dos responsáveis, após esgotado o prazo de prestação de contas;
VI - os saldos não escriturados devidamente.

O desvio de dinheiro, bens e valores ocorrem quando a finalidade que grava esses recursos públicos não é observada. Tratando de atos da administração pública, o seu fim não pode ser outro além do interesse público.

Há, porém, a possibilidade de concorrer o desvio de finalidade e a prestação de serviço público, caso em que a aplicação dos recursos satisfaz o interesse público, já que traz benefício à coletividade, mas descumpre o fim legalmente previsto. Nesse caso a Tomada de Contas Especial apurará as causas que levaram o administrador a afastar-se da finalidade definida em lei, e analisadas as circunstâncias, definirá a responsabilidade.

A Administração Pública, por força do princípio da legalidade, tem por amarras os termos da lei; o seu campo de ação se limita ao espaço posto pelo legislador. Concebida a lei

¹³ Vocabulário jurídico, p. 259.

como verdadeira baliza da atuação do administrador público, a ação praticada sem suporte legal é passível de anulação.

O ato ilegítimo é comumente adotado como sinônimo de ato ilegal. O ministro Marcos Vilaça, em matéria veiculada em 30.05.88 no *Jornal do Brasil*, sob o título “Contas Públicas e Descentralização” assere que: “a legitimidade formal das ações do governo é sua conformidade à lei. A legitimidade substantiva envolve o bom uso dos recursos públicos, significando, ao mesmo tempo, seu emprego socialmente desejado, tecnicamente factível e economicamente eficiente. A legitimidade substantiva, em suma, mede-se na escala dos resultados¹⁴.”

Como se vê, é mais amplo o exame da legitimidade, não se ajustando plenamente à legalidade, pois a legitimidade, em seu aspecto substancial, guarda consonância com a justiça, e no caso de envolvimento de recursos públicos, será justo se satisfizer o interesse público.

No que concerne ao ato antieconômico, este se revelará quando se mostrar uma desvantagem para a Administração na relação custo/benefício.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes o ato antieconômico se revela pouco inteligente, ain-

da que seja praticado com base na lei e vise ao interesse público.

Assim, tanto o exame da ilegitimidade quanto o da economicidade se prendem ao mérito do ato, o qual pode ser considerado no julgamento das contas com apoio em comando constitucional¹⁵, pois na fiscalização a cargo do controle externo há que se atentar para a legalidade, a legitimidade e a economicidade, dispondo ainda a Lei Complementar nº 202/00:

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição do Estado e na forma estabelecida nesta Lei:

(. . .)

§ 2º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, a legitimidade, a eficiência e a economicidade dos atos de gestão e das despesas dele decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Maior efetividade do controle da legitimidade e da economicidade pode ser atingida pelo controle interno, que à vista de tais constatações pode, de forma mais célere, impugnar tais atos e encaminhar meios aos agentes administrativos para o seu expurgo, assegurando economia e eficiência na gestão pública.

Fases da Tomada de Contas Especial

Pré-fase da TCE

A adoção de providências para a instauração de TCE, segundo a dicção do artigo 10 da Lei Complementar Estadual nº 202/2000, deve

ser imediata. Porém, considerando a Instrução Normativa nº 01/2001, da Corte de Contas de Santa Catarina, sobressai um lapso temporal que antecede a TCE.

¹⁴ Citado Jacoby Fernandes, p. 181.

¹⁵ Art. 70 da CF.

Consoante o § 3º do artigo 1º da sobredita Instrução Normativa, a TCE é medida de exceção, devendo ser instaurada somente após esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do erário.

Instala-se aí o que o professor Léo da Silva Alves¹⁶ denomina “pré-fase”, porque ocorre antes da fase interna da TCE, a qual é sucedida pela fase externa que se processa no Tribunal de Contas, findando com o julgamento.

A pré-fase se caracteriza por procedimentos mais singelos e céleres, não desprezando as formalidades que são inerentes aos procedimentos administrativos, e o seu emprego se dirige mais às situações em que ocorre dano ao erário.

Conforme estipulado no parágrafo único do artigo 2º da Instrução Normativa nº 01/2001, a adoção dessas medidas administrativas deve ocorrer no prazo máximo de trinta dias.

Como não se trata ainda de uma TCE, pode ser iniciada pelo chefe imediato do setor onde ocorreu o fato gerador do dano, procedendo à notificação do servidor ou servidores responsáveis para que seja examinada a forma de recomposição do prejuízo.

Na hipótese de acerto, é devida a formalização de Termo de Responsabilidade e de Composição, assegurando à Administração o compromisso por parte do responsável e garantindo a este a extinção da responsabilidade civil.

A reparação do dano se efetivará com a reposição do bem ou pela indenização, podendo, neste caso, mediante autorização do funcionário, efetuar-se desconto em folha de pagamento.

Visando regularizar as contas cujo reparo se deu por meio das providências administrativas, faz-se necessário o registro contábil do Termo de Responsabilidade e Composição. Esse registro deve preferencialmente ser efetivado de forma impessoal referindo ao número do Termo de Responsabilidade e Composição.

Caso não haja solução para a recomposição do dano, quer pelo não-atendimento à notificação, ou comparecendo o funcionário e não assumindo a reparação do dano, o chefe encaminha ao ordenador de despesa o comprovante da Notificação, cientificando-o do resultado infrutífero e recomendando a instauração de Tomada de Contas Especial.

Há que se reconhecer uma falha na Instrução Normativa nº 01/2001, que não fixou um prazo para a conclusão das providências administrativas que antecedem a instauração da TCE pela autoridade administrativa. Todavia, não se pode admitir que tais providências superem o prazo fixado para a conclusão da TCE na fase interna, considerando que aqueles procedimentos são mais singelos. O Tribunal de Contas da União¹⁷ estabeleceu o prazo de cento e oitenta dias para a adoção das providências administrativas.

Segundo o professor Léo, a autoridade administrativa, considerando o valor do dano, poderá determinar ao setor jurídico que tente novo contato e acerto, e persistindo o resultado, deverá instaurar a TCE para resguardar a própria responsabilidade.

¹⁶ Curso: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL, promovido pelo Centro Ibero-Americano de Administração e Direito CEBRAD, ministrado pelo Professor Léo da Silva Alves, em Brasília, em dezembro de 2002.

¹⁷ Instrução Normativa nº 13, de 04 de dezembro de 1996, art. 1º, § 1º.

A flexibilização da expressão “imediatamente” guarda consonância com o princípio da razão suficiente ab-rogável, como afirma o professor Jacoby:

O princípio em tela ganhou grande impulso em 1996, pelo advento, na esfera federal, da Instrução Normativa nº 13, que, disciplinando o art. 8º da Lei Orgânica do TCU, concedeu o prazo de 180 dias para que a Administração adotasse as providências necessárias à recomposição do erário, findo o qual seria obrigatória a instauração da TCE.

Tanto ganha a Administração, que tem prazo mais do que razoável para implementar medidas, visando extinguir a razão suficiente para a instauração de TCE, quanto o controle, que poderá dedicar-se a tarefas de maior relevo, em que a recomposição do erário é mais dificultada.

No prazo da norma, se as providências adotadas forem suficientes para compor o prejuízo ou fazer cessar a causa da instauração, não haverá a TCE.

Para que os procedimentos inerentes à pré-fase se constituam em prática rotineira e eficiente é necessária a sua regulamentação pelo administrador.

Fase interna da TCE

A fase interna tem por marco a instauração da TCE pela autoridade administrativa, e o primeiro passo nessa direção é a designação da Comissão de Tomada de Contas Especial.

A designação, preferencialmente de comissão, há que se dar por meio de portaria, que delega a um colegiado a execução de um encargo definido, transferindo-lhe autoridade e dever.

O professor Léo assevera que a designação de uma comissão em vez de um único servidor congrega as seguintes vantagens:

inibe atitudes intimidativas e robustece o ônus da prova nos depoimentos; facilita as apurações à medida que permite a divisão de tarefas; reduz o tempo dos trabalhos, pelo mesmo motivo; divide a responsabilidade das funções e facilita o treinamento prático dos servidores.

A comissão de TCE, em síntese, deve empenhar-se na fase instrutória, coligindo provas que possam esclarecer e elucidar os fatos e a responsabilidade, apurando então o valor do dano, podendo, para tanto, encaminhar os autos à área específica capaz de proceder a quantificação do prejuízo, zelando sempre pela organização necessária à formalização dos autos.

De posse dos elementos essenciais, a comissão procederá a notificação do responsável, informando-lhe: da instrução preliminar do processo de tomada de contas, da apuração do valor cuja responsabilidade lhe é atribuída, da forma de recolhimento no prazo de cinco dias, da possibilidade de em não recolhendo oferecer as suas alegações.

Por constituir-se a Tomada de Contas na fase interna em mero procedimento, a não-concessão do direito de defesa não implicará nulidade; mas, considerando a possibilidade de melhor esclarecer os fatos, atento ao princípio da verdade material, e ainda a hipótese de o responsável consentir na reparação do dano nesse novo chamamento, é de bom alvitre que pelo menos se instale, nessa fase, o contraditório. Considerando a Comissão de TCE que as alegações do notificado são plausíveis, poderá, ainda, permitir-lhe a produção de provas.

Cabe insistir que o atingimento da verdade material deve ser uma constante nesse procedimento, pois a indicação incorreta de res-

ponsável, se verificada em fase posterior denotará a ineficiência da comissão e o desperdício de tempo e de recursos públicos na execução do procedimento.

O ato derradeiro da comissão de TCE é o relatório, que, em cumprimento à Instrução Normativa nº 01/2001, indicará de forma circunstanciada o motivo determinante da instauração da TCE, os fatos apurados, as normas legais e regulamentares desrespeitadas, os respectivos responsáveis e as providências que devem ser adotadas pela autoridade competente para resguardar o erário¹⁸.

Ultimado o relatório, dá-se ciência dele à autoridade administrativa responsável, a qual poderá determinar novas diligências, discordar das conclusões sob fundamentações, devendo ao final encaminhar o processo para a manifestação do controle interno.

Arelado à Instrução Normativa nº 01/2001, o órgão de Controle Interno emitirá Certificado de Auditoria, acompanhado do respectivo relatório, manifestando-se quanto à adequação da apuração dos fatos, indicando: as normas ou regulamentos eventualmente infringidos; correta identificação do responsável; precisa quantificação do dano e das parcelas eventualmente recolhidas.

Aqui pode surgir uma dúvida: se o relatório em questão se trata do Relatório da Comissão ou de outro Relatório produzido pelo órgão de Controle Interno. Para dirimi-la basta atentar para o que se encontra estabelecido no artigo 11, inciso III, da Lei Complementar Estadual nº 202/2001:

Art. 11. Integrarão a prestação de contas e a tomada de contas, inclusive a especial, dentre outros elementos estabelecidos no Regimento Interno do Tribunal, os seguintes:

- I- relatório de gestão;
- II- relatório do tomador de contas, quando couber;
- III- relatório e certificado de auditoria, com o parecer do dirigente do órgão do controle interno que consignará qualquer irregularidade ou ilegitimidade constatada, indicando as medidas adotadas para corrigi-las; e
- IV- pronunciamento do Secretário de Estado ou de Município, supervisor da área, conforme o caso, ou da autoridade de nível hierárquico equivalente.

Com isso se afasta qualquer dúvida quanto ao responsável pela autoria do Relatório exigido no inciso IV do artigo 5º da Instrução Normativa nº 01/2001 - trata-se de atribuição do órgão do Controle Interno.

No que concerne ao relatório de gestão, previsto no inciso I do artigo 11 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas de Santa Catarina, não deve ele ser exigido no caso de TCE, mas sim em relação às contas gerais, anuais.

Por força do disposto no art. 11, IV, da Lei Complementar nº 202/2000, repisado na Instrução Normativa nº 01/2001, em seu art. 5º, VI, o dirigente máximo do órgão gestor dos recursos ou de autoridade por ele delegada deverá pronunciar-se declarando qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada e as medidas adotadas para corrigi-las ou para ressarcir o erário.

Impõe-se também o registro contábil da Tomada de Contas Especial o qual permitirá o

¹⁸ Art. 5º, IV, da L.N. nº 01/2001.

fechamento das contas; como já apontado quanto ao registro contábil do Termo de Responsabilidade e Composição, o registro deve ser efetuado de forma impessoal, indicando o número da TCE correspondente.

Vencidas essas etapas, a Tomada de Contas Especial será encaminhada ao Tribunal de Contas para julgamento.

A fase externa da TCE

Chegada à fase externa, a Tomada de Contas Especial passa a constituir um processo, pois até então tratava-se de procedimento de caráter excepcional, não envolvendo partes, nem redundando em julgamento, mas sim de mera atividade verificadora e investigatória, cujo escopo era desvendar a ocorrência de dano, clareando os fatos e circunstâncias que o motivaram e, em decorrência, identificar a autoria.

Como processo, na fase externa a Tomada de Contas Especial se desenvolverá com a observância do contraditório e da ampla defesa, respeitando direito fundamental inscrito no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A ocasião da remessa da Tomada de Contas Especial ao Tribunal dependerá do valor de alçada, excepcionadas aquelas que tenham como fato ensejador a omissão no dever de prestar contas por responsáveis não vinculados à Administração Pública. Nesse caso, e tomando, por exemplo, os recursos transferidos a entidades privadas por meio de convênios, o encaminhamento independe do valor.

A razão dessa distinção sustenta-se no fato de que se trata de obrigação original, afeta ao

gestor da entidade beneficiada, e como gestão específica deve submeter-se ao julgamento do Tribunal de Contas, que se incumbe da atividade de controle externo.

A regulação referente ao envio de Tomada de Contas Especial traça uma diferenciação em razão do valor de alçada, atualmente fixado em R\$ 10.000,00. Em decorrência dessa distinção pode o Tribunal de Contas dedicar-se mais detidamente às ocorrências que envolvam maiores danos, possibilitando, destarte, pela força executiva de sua decisão, melhor resultado na recomposição do erário.

Segundo as disposições da Lei Orgânica do Tribunal de Contas e a Instrução Normativa nº 01/2001, as tomadas de contas especiais concluídas serão encaminhadas ao Tribunal para julgamento se o valor do dano, atualizado monetariamente e acrescido dos encargos legais, for superior ao valor de alçada fixado anualmente pelo Tribunal, mediante Decisão Normativa, para vigor no ano civil seguinte¹⁹.

O exercício do contraditório e da ampla defesa se torna efetivo com a citação do responsável. A citação pode ser ordenada pelo relator ou pelo Tribunal, em processo de contas em que se verifique débito ou irregularidade passível de aplicação de multa.

Citado o responsável, no prazo estabelecido poderá este apresentar defesa ou recolher a quantia devida. Havendo o recolhimento, e não havendo outras irregularidades, dá-se o saneamento do processo²⁰, sendo suas contas julgadas regulares com ressalva, dando quita-

¹⁹ Art. 10, § 2º da LC 202/00 e art. 6º da IN nº 01/2001.

²⁰ Art. 15 da LC 202/00.

ção ao responsável, conforme o preconizado no § 5º do art. 17 do Regimento Interno do Tribunal de Contas.

Se o dano for de valor inferior ao valor de alçada, a TCE será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do ordenador da despesa ou do administrador, para julgamento em conjunto²¹.

Como destaca Wagner Luciano Firme, já referenciado, a Conselheira do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Dra. Marli Vinhandeli, acompanhando manifestação do Ministério Público em voto por ela proposto no Processo nº 2587/99-A, asseverou:

(...) ao apreciar conjuntamente tais TCEs com as contas anuais (art. 9º, § 3º, da LC n.º 01/94), esta Casa está imprimindo ao julgamento, que não deixa de existir, um tratamento mais consentâneo com o ordenamento jurídico constitucional, na medida em que a análise das contas especiais, *in casu*, passa a ser de modo genérico e com enfoque voltado para as contas anuais, (...)

Aduziu ainda a Exma. Conselheira:

(...) De acordo com o disposto nos arts. 71, II, da Constituição Federal, 78, II, da Lei Orgânica do DF, o julgamento das contas, em qualquer situação, cabe a este Tribunal, porém esta Corte, aten-

ta aos princípios da economicidade e razoabilidade (arts. 70 da CF e 19 da LODF), não se imiscui em TCE envolvendo valor inferior ao de alçada. (...)

Conforme o desenho processual do Tribunal de Contas do Distrito Federal -TCDF, nas tomadas de contas especiais que se situam abaixo do valor de alçada, a busca pela reparação do dano fica sob a responsabilidade da Administração, que deverá manter a inscrição do débito do responsável.

No caso da Corte de Contas Catarinense a vinculação traçada foi outra: a sua referência se dá em relação ao valor adotado pela Fazenda Pública Estadual para dispensa do ajuizamento da dívida ativa.

Assim, por força do disposto no art. 24 da LC 202/00²², as tomadas de contas especiais que se situarem abaixo do valor de alçada, mas acima do valor fixado pela Fazenda Pública Estadual para dispensa do ajuizamento da dívida ativa, mereceram o julgamento do Tribunal de Contas. Aquelas que representarem valor abaixo do adotado pela Fazenda Pública Estadual para dispensa do ajuizamento da dívida ativa serão arquivadas, e o débito imputado será inscrito em cadastro específico de devedores.

No julgamento das contas o Tribunal poderá decidir que são regulares, dando quita-

²¹ Art. 10, § 3º da LC nº 202/00 e art. 7º da IN nº 01/2001.

²² Art. 24. A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal, em decisão definitiva, poderá determinar o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para lhe ser dada quitação.

§ 1º O valor do débito imputado na forma do *caput* deste artigo, para fins de arquivamento de processo sem cancelamento do débito, será o mesmo adotado pela Fazenda Pública Estadual para dispensa do ajuizamento de dívida ativa.

§ 2º O débito imputado na forma do *caput*, este artigo será inscrito em cadastro específico de devedores, mantido pelo Tribunal de Contas.

ção plena ao responsável²³, regulares com ressalvas, dando quitação ao responsável e recomendando à unidade gestora que adote medidas necessárias à correção das faltas identificadas e previna a ocorrência de outras semelhantes²⁴; ou julgá-las irregulares.

Cabe alertar que o julgamento das Contas Anuais, as quais abrangem atos de gestão de um exercício, deve aguardar o julgamento de Tomada de Contas Especial que envolva o mesmo responsável. Isso porque a irregularidade apurada em Tomada de Contas Especial pode macular as Contas Anuais.

Se as Contas Anuais já foram submetidas a julgamento e consideradas regulares, dando-se assim a quitação plena ao responsável, a apreciação posterior de irregularidades em outros processos envolvendo o mesmo responsável só deverá ocorrer com a reabertura das contas com a interposição de recurso de Revisão, para o qual tem legitimidade o Ministério Público²⁵.

Julgando irregulares e havendo débito, fica o responsável condenado a pagá-lo atualizado monetariamente, acrescido dos juros de mora devidos, sendo ainda passível de multa²⁶.

A Constituição Federal de 1988 conferiu eficácia à decisão do Tribunal de Contas que re-

sulte em imputação de débito²⁷. Imprescinde, portanto, de lançamento em dívida ativa para que se promova a cobrança do débito.

Entretanto, é devida a inscrição de débitos e multas imputadas pelo Tribunal de Contas em dívida ativa; primeiro, porque tal procedimento é posto pela Lei Federal nº 4.320/64²⁸; segundo, porque somente com o pagamento será possível ao responsável inscrito em dívida ativa fazer prova da sua regularidade fiscal, necessária, por exemplo, para a contratação com a Administração²⁹, sendo um motivo a mais para a quitação do débito.

Existem, ainda, duas outras modalidades de decisão. Uma é a consideração das contas iliquidáveis, quando caso fortuito ou força maior, comprovadamente alheios à vontade do responsável, tornar materialmente impossível o julgamento do mérito³⁰.

Para bem garantir o direito à ampla defesa no âmbito da Corte de Contas é assegurado ao responsável o manejo dos recursos previstos na Lei Orgânica do Tribunal de Contas.

Ante as decisões do Tribunal proferidas em julgamento de contas é facultado ao responsável a interposição de recurso nas seguintes modalidades: Reconsideração, Embargos Declaratórios e Revisão.

²³ Art. 19 da LC nº 202/00.

²⁴ Art. 20 da LC nº 202/00.

²⁵ A regra, apesar de não expressa na legislação do Tribunal, guarda consonância com a lógica processual da Lei Orgânica, haja vista que o julgamento pela regularidade dá quitação plena ao responsável. Para recurso à analogia é possível valer-se esta Corte de Contas do artigo 206 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002.

²⁶ Art. 21 da LC nº 202/00.

²⁷ Art. 71, § 3º da CF.

²⁸ Art. 39, § 2º.

²⁹ Art. 29, III, da Lei Federal nº 8.666/93.

³⁰ Arts. 22 da LC nº 202/00.

Conclusão

Há que se reconhecer que as formalidades postas visando ao ideal do controle da Administração Pública passam inegavelmente pela capacitação de seus agentes, incluindo os responsáveis pelo controle interno, mais próximos da “linha de produção” dos atos de gestão e responsáveis pelo apoio ao controle externo no exercício de sua missão institucional.

Os procedimentos de controle que se extraem do arcabouço constitucional e legal são de observância obrigatória, pois o atingimento do fim colimado por essa atividade depende da sua consonância com a legislação, o que é imprescindível para preservar a segurança jurídica do fiscalizado e também para que se possa atingir a efetividade do controle, sob pena de ver todo o esforço empregado frustrar-se pela ilegitimidade do procedimento. Considerando que o regular emprego dos bens

e valores públicos é um dever para com a sociedade, o controle da gestão desses recursos se impõe como compromisso social dos órgãos por ele responsáveis.

Por inserir-se a Tomada de Contas Especial como ferramenta essencial ao exercício do controle, é imperativo situar os que com ela devem lidar, sobre as suas possibilidades na busca da regularidade da aplicação dos recursos públicos e da reparação de dano ao erário.

Enfim, constitui-se a Tomada de Contas Especial em importante passo no caminho da eficiência do controle. Imprescindível, portanto, é reconhecê-la como o devido processo legal no âmbito do Tribunal de Contas e difundi-la como o procedimento a ser adotado pelas autoridades administrativas na resolução de casos que gerem lesão ao erário ou em que não haja a prestação de contas.

Referências

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial**. 2. ed. Brasília Jurídica: Brasília, 1998.

FIRME, Luciano Wagner. **O Procedimento de tomada de contas especial na administração do Distrito Federal**. Jus Navegandi, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2618>>. Acesso em: 11 abr. 2003.

SILVA, DE PLÁCIDO E. **Vocabulário jurídico**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. Malheiros: São Paulo, 1999.

A instauração de Tomada de Contas Especial: a experiência do TCU

João Manoel da Silva Dionísio*

Definição

A Tomada de Contas Especial (TCE) é um procedimento administrativo que visa apurar responsabilidade daquele que der causa a per-

da, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário ou que não cumpra o dever de prestar contas.

Por que especial?

A prestação de contas é obrigação decorrente de Artigo 70, parágrafo único da Constituição e abrange qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, guarde, gere ou administre recursos públicos. Assim, os administradores públicos costumam prestar suas contas anualmente, e todo aquele que receber recursos públicos, tais como convênios e subvenções sociais, por exemplo, devem prestar contas à autoridade

competente. No entanto, quando ocorrer omissão na prestação de contas, dano ao erário, decorrente de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, deve a autoridade tomar as contas do responsável imediatamente a fim de resguardar o erário. Dessa forma, a Tomada de Contas Especial, que doravante chamaremos pela sigla TCE, é procedimento excepcional que só ocorre quando verificadas as condições já mencionadas.

Normas aplicáveis

Lei Orgânica do TCU

8.443/92 (arts. 8º, 9º, 47 e 50)

“Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplica-

ção dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ile-

* Diretor Técnico do TCU.

gítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

§ 2º *A tomada de contas especial prevista no caput deste artigo e em seu § 1º será, desde logo, encaminhada ao Tribunal de Contas da União para julgamento, se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno.*

§ 3º Se o dano for de valor inferior à quantia referida no parágrafo anterior, a tomada de contas especial será anexada ao processo da respectiva tomada ou prestação de contas anual do administrador ou ordenador de despesa, para julgamento em conjunto.

Art. 9º Integrarão a tomada ou prestação de contas, inclusive a tomada de contas especial, dentre outros elementos estabelecidos no Regimento Interno, os seguintes:

I - relatório de gestão;

II - relatório do tomador de contas, quando couber;

III - relatório e certificado de auditoria, com o parecer do dirigente do órgão de controle interno, que consignará qualquer irregularidade ou ilegalidade constatada, indicando as medidas adotadas para corrigir as faltas encontradas;

IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, na forma do art. 52 desta Lei."

Lei 8.666/93 (art. 116)

"Art. 116. Aplicam-se as disposições desta lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração. (...)

§ 6º *Quando da conclusão, denúncia, rescisão ou extinção do convênio, acordo ou ajuste, os saldos financeiros remanescentes, inclusive os provenientes das receitas obtidas das aplicações financeiras realizadas, serão devolvidos à entidade ou órgão repassador dos recursos, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias do evento, **sob pena da imediata instauração de tomada de contas especial do responsável, providenciada pela autoridade competente do órgão ou entidade titular dos recursos.***"(Grifo nosso)

Decreto-Lei 200/67 (art. 84)

"Art. 84 - Quando se verificar que determinada conta não foi prestada, ou que ocorreu desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte prejuízo para a Fazenda Pública, as autoridades administrativas, sob pena de co-responsabilidade e sem embargo dos procedimentos disciplinares, deverão tomar imediatas providências para assegurar o respectivo ressarcimento e instaurar a tomada de contas, fazendo-se as comunicações a respeito ao Tribunal de Contas."

Regimento Interno/TCU

(arts. 19, 101, 148, 149, 151, 189, 197, 199);

Resolução TCU 36/95;

Resolução TCU 64/96;

IN 12 – TCU, de 24/04/1996

Omissão do dever de prestar contas e notícia sobre TCE instauradas pelo gestor;

IN 13 - TCU, de 04/12/1996

Dispõe sobre a instauração e organização de processos de tomada de contas especial e dá outras providências;

IN 01 – STN , de 15/01/97

Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências - Capítulo X;

A IN nº 04/96 - STN foi elaborada em consonância com as INs nº 12 e 13/96 - TCU. Po-

rem, diferentemente da IN nº 08/90 - DTN, não possui capítulo específico abordando o tema Tomada de Contas Especial. Em função disso, para o esclarecimento de alguns pontos, poderá ser consultado o capítulo X da IN nº 01/97 - STN, relativa a convênios.

Decisão Normativa TCU 35/2000**Decisão Normativa TCU 55/2003**

Estabelece limite para envio de TCEs, atualmente em R\$ 20.000,00.

O processo de TCE no TCU

A norma reguladora do processo de TCE no TCU é a Instrução Normativa nº 13, de 04/12/1996, que estabelece como objetivo do processo de TCE:

- a) apurar os fatos (o que aconteceu);
- b) identificar os responsáveis (quem participou e como);
- c) quantificar os danos (quanto foi o prejuízo ao Erário).

Para tal, o processo de TCE deve trazer elementos de prova/convicção suficientes para definir qual foi a conduta dos agentes públicos e demais responsáveis envolvidos (agentes solidários ou não), qual/quanto foi o dano e, principalmente, o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o dano.

Conforme estabelece o art. 1º da IN 13/96 c/c o art. 8º da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), são determinantes para a instauração de TCE a ocorrência de pelo menos um dos seguintes fatos:

- a) omissão no dever de prestar contas;

- b) não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou instrumento congênere (IN STN 01/97);
- c) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos; e
- d) prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano aos cofres públicos.

A responsabilidade pela instauração da TCE é, via de regra, da autoridade competente no âmbito do órgão ou entidade responsável pela gestão dos recursos. Todavia, o TCU poderá, conforme faculta o art. 47 da Lei 8.443/92, instaurar ou converter processo de fiscalização em TCE, desde que configurada a ocorrência de desfalque, desvio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário.

Aos órgãos de controle interno caberá alertar formalmente os gestores, sempre que tomarem conhecimento de qualquer das ocorrências referidas no art. 8º da Lei 8.443/92, para a necessidade de instaurar a devida to-

mada de contas especial (art. 50, III, da Lei 8.443/92). Cabe, ainda, emitir relatório e certificado de auditoria que consignará as irregularidades constatadas e as medidas adotadas pelo gestor para corrigir as falhas encontradas (art. 9º, III, da Lei 8.443/92).

Os processos de TCE no TCU poderão ser julgados como irregulares, regulares com ressalva, regulares (dando quitação plena aos res-

ponsáveis), ilíquidáveis (trancamento das contas por impossibilidade de julgamento) ou arquivadas sem apreciação do mérito e sem cancelamento do débito (quando o custo da cobrança for superior ao ressarcimento do dano – economia processual – baseado em valor limite estabelecido anualmente pelo Tribunal) (vide arts. 197 a 213 do Regimento Interno do TCU – aprovado pela Resolução 155/2002).

Dispensa da instauração

O Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, tendo em vista o princípio da economia processual, também inseriu dispositivo, constante do § 5º do art. 148, quanto à possível dispensa de se elaborar o processo de TCE quando de ocorrências em que ficar comprovada a ausência de má-fé e o dano for prontamente ressarcido:

“Na ocorrência de perda, extravio ou outra irregularidade sem que se caracterize má-fé de quem lhe deu causa, se o dano for imediatamente ressarcido, a autoridade administrativa competente deverá, em sua tomada ou prestação de contas anual, comunicar o fato ao Tribunal, que deliberará acerca da dispensa de instauração da tomada de contas especial.”

Pressupostos de constituição de uma Tomada de Contas Especial

- a) Competência do TCU – Pode ocorrer que a despesa não tenha sido efetuada com recursos da União, que exista obrigação contratual de natureza privada como nas franquias dos Correios ou que o suposto prejuízo seja decorrente do risco do negócio (caso do Banco do Brasil e da Caixa Econômica).
- b) Existência de dano quantificado ou quantificável
- c) Responsável identificado ou identificável
- d) Possibilidade de apuração dos fatos
- e) Elementos essenciais do Artigo 9º da Lei 8.443/92
- f) Interesse Público – De acordo com o Artigo 1º, parágrafo único, da IN/TCU nº 13/96 “A Tomada de Contas Especial é medida de exceção, somente devendo ser instaurada após esgotadas as providências administrativas internas com vistas à recomposição do erário”. A TCE deve ser avaliada com base no custo-benefício/princípio da economicidade, valor do suposto débito, tempo transcorrido desde a data do fato e análise de sua conveniência, quando existir processo judicial em que se discute a mesma matéria.

Instauração de Tomada de Contas Especial pela autoridade administrativa

O procedimento da TCE subdivide-se em duas fases:

- a) interna – que se desenvolve no âmbito do próprio órgão ou entidade jurisdicionados;
- b) externa – que se desenvolve no âmbito do Tribunal de Contas.

Em regra, a TCE deve ser instaurada pela autoridade competente do próprio órgão ou entidade jurisdicionados (ou delegado), sob pena de responsabilidade solidária (art. 8º da Lei 8.443/92). Pode ser, entretanto, que a TCE seja instaurada por determinação do próprio Tribunal de Contas (v.g., nos casos de omissão na prestação ou inércia na instauração da TCE), ou por recomendação dos órgãos de controle interno.

A TCE inicia-se com a expedição de ato (Portaria), explicitando os fatos a serem objeto de apuração e designando a comissão responsável.

Em princípio, essa fase se destina, a exemplo do inquérito policial e da sindicância, a responder a duas perguntas fundamentais: se o fato é irregular ou não e se há presunção de autoria. Se inexistir indicação da autoria, essa fase é mero procedimento, dispensando a obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O procedimento da fase interna pode ser interrompido se não ficar caracterizada a irregularidade, se houver o ressarcimento ou a devolução do bem (salvo se comprovada grave violação a norma de caráter financeiro ou má-fé, o que poderá dar ensejo à aplicação de multa na fase externa). Mesmo assim, deverá a TCE ficar registrada no órgão ou entidade, a

fim de servir de esteio às inspeções e auditorias do Tribunal de Contas. Nesses casos, a TCE terá natureza jurídica de procedimento expressivo de manifestação simples, eis que conta com a participação de um único órgão.

Ao final da fase interna da TCE, a Comissão elabora um relatório conclusivo (semelhante ao do inquérito policial e da sindicância), que é encaminhado ao órgão de controle interno para manifestação. Ao depois, é remetido à autoridade superior do órgão ou entidade, que a encaminhará ao Tribunal de Contas.

A fase externa se desenrola, como visto, no âmbito do Tribunal de Contas. A necessidade da abertura dessa fase enquadrará a TCE na espécie “procedimento expressivo de manifestação complexa”, entendido como tal a sucessão de atos distintos provenientes de diferentes órgãos para chegar-se ao ato final. Em razão da necessária presença do contraditório e da ampla defesa, tratar-se-á, mais propriamente, de processo expressivo de manifestação complexa.

O processo no seio da Corte de Contas é processo administrativo típico. O ato final é a decisão pela regularidade (contas fidedignas), regularidade com ressalva (contas com falhas formais) ou irregularidade das contas (contas com infrações a normas legais de caráter financeiro, podendo ou não haver imputação de débito). À semelhança dos processos administrativos em geral, existem etapas instrutivas e decisórias, e há a previsão legal de recursos. Aliás, a falta de possibilidade recursal afigura-se inconstitucional (art. 5º, LV).

Quando as contas são julgadas irregulares há a imputação de débito ou multa que tem eficácia de título executivo (art. 71, § 3º, da CF/88). A natureza desse título é extrajudicial (art. 585, VII, do CPC), idêntico em tudo e por tudo à certidão de dívida ativa da Fazenda

Pública (art. 585, VI do CPC), o que demonstra a desnecessidade de inscrição (em dívida ativa) do débito.

A forma de cobrança poderá ser administrativa (junto ao TC) ou judicial (via executivo fiscal).

Conversão de processo de fiscalização em TCE

Poderá o TCU, a qualquer tempo, determinar a instauração de TCE, independentemente das medidas administrativas internas e judiciais adotadas, se entender que o fato motivador possui relevância suficiente para ensejar a apreciação por seus órgãos colegiados (art. 9º da IN/TCU nº 13/96).

O artigo 47 da lei Orgânica do TCU prevê a possibilidade da conversão de processo de fiscalização em TCE:

“ Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei.

Parágrafo único. O processo de tomada de contas especial a que se refere este artigo tramitará em separado das respectivas contas anuais.”

O artigo 93 mencionado estabelece a possibilidade do arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação, a título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento.

Ao final da fiscalização, desde que presentes os seus requisitos, a unidade responsável deve propor a conversão em TCE ao Tribunal, e após a Decisão do TCU os responsáveis apontados serão ouvidos em citação, obedecendo aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Exemplos de conversão em TCE em processos de fiscalização no Estado de Santa Catarina:

Obras de Pavimentação da BR-282 Lages - Campos Novos

Foram constatadas diversas irregularidades na execução das obras de construção de trechos da BR-282, trecho Vargem-São José do Cerrito, as quais resultaram em condenação dos dirigentes do DNIT e DER ao pagamento de multa individual de R\$ 5 mil, multa no valor de R\$ 100 mil à empresa ARG Ltda, além de débito solidário no valor de R\$ 5,4 milhões, em valores históricos, a serem ressarcidos aos cofres do DNIT. A empresa propôs realizar os serviços complementares e ajustar os preços à tabela SICRO.

Obras de Construção da Via Expressa Sul (Florianópolis)

A fiscalização das obras de construção da Via Expressa Sul, em Florianópolis, apurou sobrepreço em alguns itens, razão pela qual foi instaurado processo de tomada de contas especial para que os responsáveis pelo DER/SC e empre-

sa CBPO restituam cerca de R\$ 2,6 milhões aos cofres do Tesouro Nacional. Em uma outra licitação, complementar às obras da Via Expressa - elevados do Rio Tavares - o Tribunal determinou a suspensão do repasse de recursos da União - R\$ 50 milhões - tendo em vista as irregularidades graves detectadas na licitação realizada pelo DER/SC. A licitação acabou sendo cancelada.

Obras no Porto de Itajaí

A instalação de 63 defensas no cais do porto de Itajaí, custeada com recursos da União no valor de R\$ 3,4 milhões, foi objeto de auditoria, sendo constatado o sobrepreço e determinada a devolução de mais de R\$ 2 milhões.

Obras de Contorno do Ramal Ferroviário de Jaraguá do Sul

A fiscalização nas obras de construção do contorno ferroviário de Jaraguá do Sul demonstrou irregularidades na licitação e na execução do contrato. O contrato da obra, orçada em cerca de R\$ 100 milhões, em preços atualizados, possui diversos itens com preços superfaturados, projetando-se um prejuízo de cerca de R\$ 33 milhões aos cofres públicos. O Tribunal determinou a suspensão de repasse de recursos federais à obra, bem como a citação dos responsáveis.

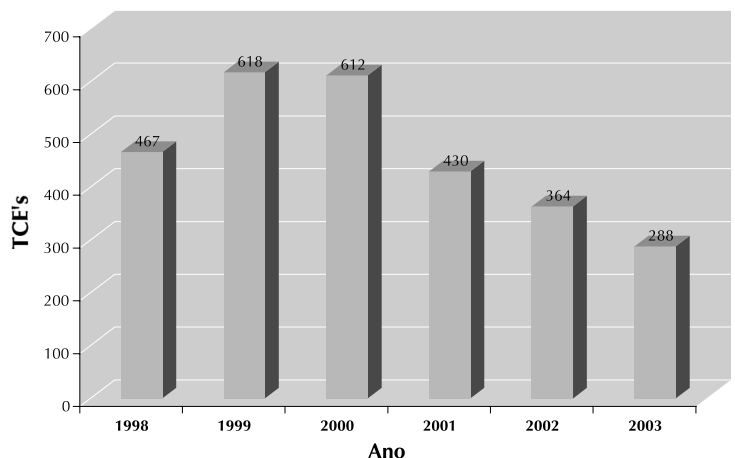
Obras de Construção do Canal Extravisor do Rio Itajaí-Mirim (Brusque)

A fiscalização das obras de construção do canal extravisor do rio Itajaí-Mirim, em Brusque, detectou diversas irregularidades na licitação e na contratação. O contrato da obra é de cerca de R\$ 64 milhões, havendo indícios de superfaturamento de mais de R\$ 20 milhões. Até o momento, a União repassou R\$ 2,7 milhões, tendo os responsáveis sido condenados a débito de R\$ 1,3 milhão, além de multa de R\$ 30 mil reais ao prefeito. Adicionalmente, foi determinada a suspensão de repasse de recursos federais para a obra.

Caracterização do Estoque

O gráfico 1 mostra que o estoque de TCEs no TCU vem, ao longo dos anos, sofrendo reduções significativas. No ano 2000, as TCEs representavam 48% do estoque (excetuados os referentes a pessoal). Hoje, no entanto, as tomadas de contas especiais constituem aproximadamente 29% dos processos autuados. Como resultado, verifica-se que o estoque atual é cerca de 50% menor que o existente em 1999.

Estoque de TCE's ao final de cada ano



Fonte: indicadores institucionais do TCU.

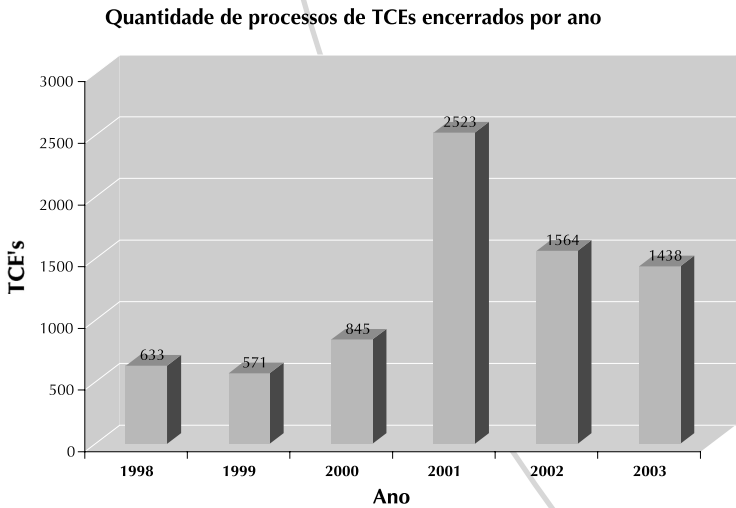
Tal fenômeno decorre, provavelmente, da conjugação de dois fatores: o aumento do limite a partir do qual as TCEs devem ser encaminhadas ao Tribunal para julgamento, e o aumento da quantidade de processos dessa natureza encerrados.

O gráfico 2 e o quadro 1, a seguir, mostram, respectivamente, o número de processos desse tipo encerrados nos respectivos períodos e a quantidade de TCEs autuadas em relação ao limite fixado para remessa ao TCU.

Dados mais recentes, coletados a partir do Relatório de Atividades do 1º e 2º trimestres de 2002, mostram que, das 824 TCEs apreciadas no 1º semestre, apenas 59% foram julgadas irregulares, com a respectiva condenação dos responsáveis.

O fato de cerca de 40% das TCEs terem sido julgadas, pelo Tribunal, regulares, regulares com ressalva ou terem sido arquivadas sem cancelamento do débito pode ser causado pelas seguintes situações:

- a) falhas e/ou omissões na instauração da TCE, que poderão refletir-se no mérito das contas, após análise das alegações de defesa dos responsáveis;
- b) processos mal apurados, em que não estão devidamente caracterizadas as práticas que deram causa a prejuízo ao erário ou em que não se verifica a identificação inequívoca do agente responsável pela ocorrência;



Fonte: indicadores institucionais do TCU

Exercício	Limite fixado (ufir até 2000; R\$ a partir de 2001)	Nº de TCEs autuadas
1995	500	3334
1996	500	2415
1997	1500	2797
1998	3000	1157
1999	3000	1168
2000	6300	757
2001	6300	646
2002	15000	784
2003	15000	1546
2004	20000	180*

Quadro 1 - Limite fixado para envio da TCE ao Tribunal x nº de TCEs autuadas
Fonte: indicadores institucionais do TCU

- c) grande quantidade de TCEs instauradas por omissão na prestação de contas, as quais são apresentadas intempestivamente e como matéria de defesa quando do exame do processo nesta Casa;
- d) processos de pequena monta, nos quais o custo da cobrança supera o valor a ser ressarcido.

O motivo ensejador do julgamento pela irregularidade da maior parte das TCEs neste Tribunal é a omissão na prestação de contas.

Ineficácia dos mecanismos de fiscalização por parte de unidades repassadoras de recursos

De acordo com informações obtidas neste Tribunal e na SFCL, a principal origem dos processos de TCE relaciona-se à operacionalização da descentralização de recursos via convênio ou outros instrumentos congêneres. Em recente trabalho realizado pela Diretoria de Levantamento de contas da SFCL, foi constatada, em

junho de 2002, a existência de 17.262 convênios com prazo de vigência expirado, na situação “a comprovar”, ou seja, convênios com prestações de contas vencidas e ainda não apresentadas. Desses, 90,24%, ou 15.578 convênios, eram relativos a apenas 10 unidades gestoras, distribuídos como se demonstra no quadro a seguir:

Resultado	2002	2003	Variação %
Cumpriu	242	209	-13,63
Descumpriu	17	49	188,23
Limite prudencial	23	28	21,37
Não remeteu	11	7	-36,36
Total	293	293	

Na mesma Nota Técnica, levantou-se a existência de 33.250 convênios com prestações de contas na situação “a aprovar”, ou seja, convênios cujas prestações de contas foram enviadas

e aguardam análise do órgão repassador. Mais uma vez, 10 unidades gestoras concentravam 30.507 desses convênios (91,75% do total existente), conforme exposto no quadro seguinte.

Resultado	2002	2003	Variação %
Cumpriu	252	261	3,57
Descumpriu	8	4	-50,00
Limite prudencial	1	3	200,00
Não remeteu	32	25	-21,87
Total	293	293	

Breve comparação mostra que, dos dez repassadores de recursos com contas “a comprovar”, seis encontram-se no quadro dos concedentes com contas “a aprovar”. Tal fato demonstra a baixa capacidade das entidades de realizarem de forma adequada o controle e a fiscalização da aplicação dos recursos por elas descentralizados.

Natureza da Despesa (Exemplos)	Inclui no Limite de Pessoal
Salário dos servidores ativos	Sim
Salário dos servidores inativos	Sim
Pensões	Sim
Contribuição previdenciária - patronal	Sim
Gratificações	Sim
Sessões extraordinárias	Não
Subsídios dos agentes políticos	Sim
Horas extras	Sim
Contratação temporária para atender o excepcional interesse público e exercer funções não próprias do poder ou órgão	Não
Contratação temporária para atender o excepcional interesse público e substituir servidores	Sim
Salário-família - estatutário	Sim
Salário-família - CLT	Não
Diárias	Não
Licença-prêmio	Sim
Férias	Sim
Terceirização de mão-de-obra para exercer funções integrantes do quadro de pessoal	Sim
Terceirização de mão de obra para exercer funções não integrantes do quadro de pessoal, porém próprias do poder ou órgão	Sim
Terceirização de mão de obra para exercer funções eventuais não integrantes do quadro de pessoal	Não
Inativos pagos com recursos da alienação de ativos	Não
Saldo de salário pago na rescisão	Sim
Pagamento de incentivo por demissão	Não
Auxílios : natalidade, creche e funeral	Não
Contribuição ao Pasep	Não
Pagamento do Pasep aos servidores	Não
Despesas de exercícios anteriores de caráter remuneratório	Sim
Ressarcimento de despesas com servidores à disposição	Sim

Resultados da ação fiscalizatória que evitou a ocorrência de prejuízo ao erário e a instauração de TCE

A atuação tempestiva do TCU no curso de suas fiscalizações tem evitado a ocorrência de prejuízos ao erário e a instauração de Tomadas de Contas Especiais. O artigo 45 da Lei nº 8.443/92 e artigo 276 do Regimento Interno/TCU dispõem sobre a edição de medidas cautelares:

“Art. 45. Verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados.

§ 1º No caso de ato administrativo, o Tribunal, se não atendido:

I - sustará a execução do ato impugnado;

II - comunicará a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

III - aplicará ao responsável a multa prevista no inciso II do art. 58 desta Lei.

§ 2º No caso de contrato, o Tribunal, se não atendido, comunicará o fato ao Congresso Nacional, a quem compete adotar o ato de sustação e solicitar, de imediato, ao Poder Executivo, as medidas cabíveis

§ 3º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no

parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito da sustação do contrato.”

A utilização desta e de outras medidas, tais como a indisponibilidade de bens, o arresto de bens, a suspensão de atos e contratos, a comunicação ao Congresso Nacional de obras irregulares para subsidiar o orçamento da União e a declaração de inidoneidade constituem mecanismos eficazes para a prevenção de dano ao erário e a instauração de tomadas de contas especiais.

O TCU anualmente realiza trabalho de fiscalização de obras para subsidiar a elaboração do Orçamento da União. Ao encontrar indícios de irregularidades graves pode ser proposta a sua paralisação e sua inclusão em quadro do orçamento com suspensão de recursos até a sua regularização.

Quando há evidências de iminente prejuízo ao erário, com base nesses dispositivos, o TCU tem sustado a liberação de recursos, a assinatura de contratos, as licitações em curso, antes mesmo da materialização desses prejuízos.

Como exemplos citamos os seguintes:

Obra	Resultado
Recuperação, retificação e prolongamento do Molhe Sul da Barra do Porto de Laguna/SC	Redução de R\$ 1.017.636,00 no valor total do contrato - de R\$ 19.316.724,24 para R\$ 18.299.088,24 (todos em valores originais)
ELETROSUL - Concorrência n.º 81210156, cujo objeto era a “Ampliação ‘F’ da Subestação Campos Novos	Redução de um milhão no valor contratado após audiência do responsável no valor total de R\$ 62.128.369,11.
Elaboração de Projeto Executivo e Execução das Obras dos Elevados do Rio Tavares - VIA EXPRESSA SUL	Ação que evitou prejuízo de R\$ 14.119.667,64 devido à suspensão do envio de recursos da União para a obra.

Considerações finais

A partir da situação analisada, constatou-se que:

- a) o número de TCEs em estoque no Tribunal vem sofrendo reduções significativas desde 1999, o que provavelmente provém da elevação do limite para encaminhamento imediato desse tipo de processo ao TCU para julgamento e do aumento da quantidade de processos encerrados;
- b) cerca de 40% das TCEs apreciadas no 1º e 2º trimestres de 2003 foram julgadas regulares, regulares com ressalvas ou foram arquivadas sem cancelamento do débito;
- c) o motivo do julgamento pela irregularidade da maior parte das tomadas de contas especiais é a omissão no dever de prestar contas;
- d) os principais problemas identificados na fase de análise das TCEs pelo Tribunal referem-se à intempestividade, à baixa materialidade de alguns processos, à falta de critérios de priorização do exame de processos dessa espécie e à ineficácia dos mecanismos de fiscalização por parte dos concedentes de recursos mediante convênios e instrumentos congêneres;
- e) a utilização de medidas tais como a indisponibilidade e o arresto de bens, a suspensão de atos e contratos, a comunicação ao Congresso Nacional de obras irregulares para subsidiar o orçamento da União e a declaração de inidoneidade constituem mecanismos eficazes para a prevenção de dano ao erário e a instauração de tomadas de contas especiais.

A aplicação da Tomada de Contas Especial na esfera estadual

Valdor Ângelo Montagna*

Introdução

Pretende-se com este opúsculo relatar, de uma maneira muito sintética, algo a respeito do procedimento da tomada de contas especial na esfera de atuação do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina. Essa limitação ao Poder Executivo se explica pelo fato de a atuação do subscritor a ele se restringir, em face de cada uma das funções do Estado, açambarcadas em seus poderes, possuírem controles internos próprios, à luz do que estabelece o art. 74 da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/1988, do qual é

seu consectário o art. 62 da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Para tanto, dentro do próprio tema e sem divisões outras, não será ladeada uma curta revisão histórica, a fim de registrar os passos que se seguiram para pôr em operação o procedimento com o apoio da legislação que dispõe sobre o tema.

Feitas essas considerações, tidas como suficientes para introduzir a matéria, passa-se a discorrer sobre a legislação e outros entendimentos acerca do procedimento em questão.

A aplicação da Tomada de Contas Especial na esfera estadual

A experiência com o procedimento da tomada de contas especial no âmbito do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina é extremamente recente. Tem seu marco inicial, em procedimento formalmente previsto, com a edição do Decreto nº 3.307, de 09 de novembro de 1998. A edição desse Decreto, baseada

na proposta apresentada à época pela Diretoria de Auditoria Geral, inspira-se na Instrução Normativa nº 013, de 04 de dezembro de 1996, do Tribunal de Contas da União, que *dispõe sobre a instauração e organização de processos de tomada de contas especial e dá outras providências*.

* Economista. Contador. Professor da Faculdades Barddal Ltda. Auditor Interno da Secretaria da Fazenda/SC.

Com a edição do Decreto nº 3.307/98, o ordenamento jurídico do Estado de Santa Catarina restou significativamente aperfeiçoado, preenchendo uma lacuna que grassava desde a publicação da Lei Complementar nº 31, de 27 de setembro de 1990, que dispunha *sobre a organização e o funcionamento do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina*, no claro propósito de fazer prevalecer o princípio basilar de Direito Administrativo, de todos conhecido, que orienta que ao administrador público somente é permitido fazer o que a lei autoriza. Lei, aqui, entendida na acepção ampla do termo, podendo ser a Constituição da República ou outra de escalão inferior, dependendo do tema que esteja sendo objeto de análise ou questionamento.

Importa registrar que as leis de organização do Poder Executivo não previam expressamente o procedimento da tomada de contas especial. Previam, sim, a tomada de contas, mas não a especial, e são procedimentos distintos, segundo o entendimento de FERNANDES (1998, p. 107)¹, para quem, com os necessários ajustes para o Estado, aquela é *o instrumento utilizado pela administração direta dos poderes da União para demonstrar a regularidade na recepção de recursos e aplicação de receitas, segundo as normas baixadas pelo TCU*. Por isso que um dos fundamentos em que se escorou a edição do Decreto nº 3.307/98 foi a Lei Complementar nº 31/90, que restou revogada pela Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000, e aquele pelo De-

creto nº 442, de 10 de julho de 2003.

A deficiência ficou quase sanada, conquanto com a previsão do procedimento incompleta e envolta em falhas de técnica legislativa, com a edição da Lei Complementar nº 243, de 30 de janeiro de 2003, que *estabelece a nova Estrutura Administrativa do Poder Executivo*.

A tomada de contas especial deve ser tida como medida excepcional, somente adotada após frustradas, no prazo legal, outras providências tendentes a comprovar a regular prestação de contas e a correta aplicação dos recursos públicos ou a restabelecer o Erário ao *status quo ante* em termos patrimoniais. A falta da instauração da tomada de contas especial gera responsabilidade solidária à autoridade omissa.

Mas existem outros procedimentos em sede de administração pública que podem gerar dúvidas em relação a o quê, como, quando e em que casos devem ser aplicados. Trata-se da sindicância e do procedimento administrativo disciplinar.

A esse respeito, esclarece FERNANDES (1998, p. 43) que *a tomada de contas especial dirige-se ao resguardo da integridade dos recursos públicos; o processo administrativo disciplinar e a sindicância, ao fiel acatamento da disciplina, isto é, das normas administrativas de conduta dos servidores públicos*².

E isso é consentâneo com o que estabelece, por exemplo, a Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985, que *dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Es-*

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. Processo e Procedimento nos Tribunais de Contas e na Administração Pública*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

² *Op. cit.*

tado de Santa Catarina, na medida em que a sindicância e o processo administrativo visam a apurar irregularidades atribuídas a servidor para impor-lhe sanções como repreensão verbal, repreensão escrita, suspensão e demissão, entre outras.

Não se confundem, portanto, os referidos procedimentos, mas um pode valer-se do outro, visando à cabal apuração dos fatos de modo imparcial, com supedâneo, entre outros, nos princípios da economia processual, da indisponibilidade do patrimônio público e da verdade material, eis que os bens, direitos, interesses e serviços não estão à livre disposição dos órgãos públicos e a imputação de determinada irregularidade deve cercar-se de provas robustas decorrentes de ampla persecução.

Ao agente público cabe zelar pela *res* do Estado, em relação à qual é mero gestor, motivo pelo qual a ele descabe transigir acerca de valores sobre os quais o Estado seja credor em razão de atos ilícitos praticados. Nessa linha de entendimento, o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina já decidiu, em caráter normativo, como segue:

Processo nº CON – 03/06649853, Decisão: 10.11.03:

[...]

2. O servidor ativo ou inativo que já tenha tomado posse como membro do conselho tutelar, e esteja acumulando as duas remunerações (remuneração do cargo, ou da aposentadoria, com de conselheiro tutelar), deverá ser exonerado do cargo de conselheiro tutelar ou ter a remuneração do cargo de servidor ativo ou proventos de aposentadoria suspensos, até adequar-se às determinações legais, devendo, ainda, devolver ao erário os valores que tiver recebido a

maior de forma irregular, que devem ser apurados em competente procedimento de Tomada de Contas Especial a ser instaurado pelo município.
[...]

No Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, portanto, o procedimento é regido pelo Decreto nº 442/03, que o define nos seguintes termos:

Art. 2º A tomada de contas especial, para efeitos deste Decreto, é o processo devidamente formalizado pelo órgão competente, que visa à apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano, diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pelo Estado mediante convênio ou instrumentos congêneres, bem como a título de subvenção, auxílio ou contribuição, da ocorrência de desfalque, desvio de dinheiro, bens ou valores públicos, ou ainda se caracterizada a prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte prejuízo ao Erário.

Por esse decreto, cada órgão ou entidade instaura a tomada de contas especial por meio da constituição de uma comissão ou da designação de um servidor para efetuar os atos inerentes ao procedimento. Importante mencionar que quem deve efetuar a instauração da tomada de contas especial é o ordenador da despesa que, em conformidade com o disposto no § 1º do art. 105 da Lei Complementar nº 243/03, *é todo e qualquer agente público de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos do Estado ou pelos quais este responda.*

No âmbito do Poder Executivo do Estado de Santa Catarina as tomadas de contas especiais têm recaído fundamentalmente sobre os recursos financeiros públicos antecipados a título de convênios, subvenções sociais, auxílios e contribuições. Essas antecipações se destinam a organizações de direito privado sem fins lucrativos ou a organizações de direito público para desenvolver um *múnus público*³.

Entre os casos mais corriqueiros se encontra a ausência da prestação de contas, a aplicação dos recursos em desacordo com os fins para os quais foram concedidos (desvio de finalidade) e a comprovação da aplicação dos recursos públicos com documentos inidôneos.

Segundo o que decidiu o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em caráter normativo em 22 de julho de 2002 nos autos nº CON – 01/02046794, concluída a tomada de contas especial, serão os autos a ele remetidos quando se referir a desfalque, desvio de dinheiro, bens e valores públicos ou de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico de valor igual ou superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)⁴, permanecendo na prestação de contas anual do ordenador da despesa do órgão ou entidade de origem se de valor inferior a esse, para julgamento em conjunto. Colhe-se da mesma decisão que as tomadas de contas especiais referentes a recursos antecipados a título de convênios, subvenções sociais, auxílios e contribuições serão encaminhadas ao Tribunal de Contas para

julgamento tão logo concluídas, independentemente do valor do dano, devendo tramitar em separado das contas anuais do ordenador de despesa, o que restou incorporado no § 1º do art. 12 do Decreto nº 442/03.

A atualização monetária sobre o valor do débito imputado em processo de tomada de contas especial será com base nos índices de atualização das obrigações tributárias da Fazenda Pública Estadual a contar da data do recebimento, nos casos de recursos financeiros antecipados, ou da prática do ato impugnado nos demais casos.

O Tribunal de Contas do Estado tem afastado a responsabilidade do ordenador primário da despesa quando há instauração da tomada de contas especial, recaindo sobre o ordenador secundário a responsabilidade pela devolução dos recursos malbaratados e ou a imputação de sanções.

Assim ocorreu, por exemplo, o que convergiu com os termos do Relatório nº 068/2001 da Diretoria de Auditoria Geral, no Acórdão nº 0339/2003, exarado nos autos nº TCE 01/01197608, por meio do qual o Tribunal de Contas do Estado condenou os membros da comissão permanente da licitação em face da *aceitação/recebimento de 1.933 (um mil novecentas e trinta e três) jaquetas de gabardine confeccionadas fora das exigências contidas no Edital de Concorrência nº 057/96, contrariando o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, disposto no art. 3º da Lei Federal nº 8.666/93.*

³ O que procede de autoridade pública ou da lei e obriga o indivíduo a certos encargos em benefício da coletividade ou da ordem social.

⁴ Valor estabelecido pela Instrução Normativa nº TC 01, de 16 de fevereiro de 2004.

Considerações finais

Com a edição do Decreto nº 442/03, a Diretoria de Auditoria Geral, órgão central do sistema de administração contábil e auditoria, passou a efetuar a supervisão e a orientação ao desenvolvimento dos procedimentos de

tomada de contas especial. Além disso, sob sua incumbência ficou a emissão do certificado de auditoria, que é uma das exigências relacionadas com esse tema constante da Lei Complementar nº 202/00.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 013, de 04 de dezembro de 1996**. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de Contas Especial: processo e procedimento nos tribunais de contas e na administração pública**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989**. Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Decreto nº 3.307, de 09 de novembro de 1998**. Disponível em: <<http://www.sef.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Decreto nº 442, de 10 de julho de 2003**. Disponível em: <<http://www.sef.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Lei Complementar nº 31, de 27 de setembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Lei Complementar nº 202, de 15 de dezembro de 2000**. Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Lei Complementar nº 243, de 30 de janeiro de 2003**. Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

_____. **Lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985**. Disponível em: <<http://www.pge.sc.gov.br>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

SANTA CATARINA. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. **Instrução Normativa nº TC 01, de 16 de fevereiro de 2004**. Disponível em: <<http://www.tce.sc.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2004.

